

# ÜCRETLİ KEFALET SÖZLEŞMESİ

---

Doç. Dr. Ali BAKKAL  
Harran Üniv. İlahiyat Fak.  
İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğr. Üyesi

## I. KEFALET KAVRAMI

### 1. Genel Olarak

İnsanlar, başkasının karşı karşıya bulunduğu tehlikeleri, bazan hayır ve iyilik maksadıyla, bazan da kâr amacıyla kendi üzerlerine almaktadırlar. Bu maksatla yapılan sözleşmelere genel olarak “teminat sözleşmeleri” denilmektedir. Teminat sözleşmelerinin birçok türü vardır. Kefalet, bu sözleşmelerin en çok bilinen ve uygulanan türlerindedir.

Kefalet günlük hayatta sıkça karşılanan şahsî bir teminat sözleşmesidir. “Kefilin ya saçı, ya sakalı!” deyimini, bu sözleşmenin kefil açısından ne kadar riskli bir işlem olduğunu anlatmak için yeterlidir. Bunun için kefalet sözleşmesinin çok iyi düşünülerek yapılması gerekir.

*Kefalet sözleşmesinin meşrûiyeti, Kitap, Sünnet ve icmâ ile sabittir.*

## 2. Kefalet sözleşmesinin tanımı ve unsurları

**a-Tarifi:** Kefalet, lügatta zammetmek (eklemek) manasına gelir. Hanefiler kefaleti bu manada ele alırken, Şâfiiler, kefaleti “iltizam etmek” manasında kullanmışlardır. Hanefiler’e göre kefalet, mutlak olarak zimmetin zimmete zammedilmesi demektir. Yani can, mal, veya gasbedilmiş veya buna benzer ayn’ın istenmesinde, kefilin zimmetinin medînin (borçlunun) zimmetine zammedilmesidir. Bu durumda borç, kefilin zimmetinde sabit olmaz, asilin üzerinden de düşmez.<sup>1</sup>

Malikîler, Şâfiiler ve Hanbelîler’e göre kefalet, tazminat altına alanın (kefilin) zimmetinin , kendisi adına tazmin edilenin (asilin, borçlunun) zimmetine, herhangi bir hakkı veya bir borcu yerine getirmek üzere zammedilmesidir. Bu durumda borç her ikisinin de zimmetinde sabit olur.<sup>2</sup>

**b-Unsurları:** Kefalet sözleşmesinin dört unsuru vardır; alacaklı, borçlu, kefil ve borç.

Alacaklı belli olmalıdır.<sup>3</sup> Ancak Malikîler ve Hanbelîler’e göre, alacaklı bilinmese dahi kefalet caiz olur.<sup>4</sup>

Borçlunun bilinmesinin şart olup olmaması hususunda, İslâm hukukçuları farklı görüşler serdetmişlerdir.<sup>5</sup>

Kefil, âkıl ve bâliğ olmalıdır.

Borçla ilgili olarak başlıca şu şartlar ileri sürülmüştür:

a-Borç teberruya uygun olmalıdır. Bu yüzden kısas gibi şeylerde kefalet sahih olmaz.<sup>6</sup>

b-Borç, asıl üzerine maznun olmalıdır. Yani gasbedilmiş mal, fasit alışveriş sebebiyle veya satın almak maksadı ile kabzedilmiş mal gibi, borçlu adına borcun gerçekleşmiş olması ve asilin bu borcu ödemekle yükümlü bulunması.<sup>7</sup> gerekmektedir.

c-Borcun sahih ve lazım olması gerekir. Şâfiiler, borcun kefalet zamanında zimmette sabit bulunması şart koştukları halde,<sup>8</sup> Hanefiler,

1 Vehbe Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, VI, 264; Mecelle, Md.612.

2 Zühaylî, *İslâm Fıkhu*, VI,264.

3 Kasanî, *Bedâi’*, VI, 14-15; Remlî, *Nihâyetü'l- muhtâc*, IV, 437; Şirbînî, II, *Mugni'l- muhtâc*, 200.

4 Bkz: İbn Kudâme, *el-Mugni*, V 80; Zühaylî, *İslâm Fıkhu*, VI,273.

5 İbn Kudâme, *el-Mugni*, V,71; Şirbînî, *Mugni'l-muhtâc*, .II, 200; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslamiye ve Itilâhatı Fıkhiyye Kamusu*, VI, 273.

6 Bilmen, *Kamus*, VI, 259.

7 Zühaylî, *İslam Fıkhu*, VI, 274.

8 Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 438.

Mâlikiler ve Hanbefiler, ileride gerekli olacak bir borca kefil olmayı sahih kabul etmişlerdir.<sup>9</sup>

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre mal ile kefalette, borcun aynının, miktarının ve vasfının bilinmesi şart değildir.<sup>10</sup> Çünkü kefalette aslolan kolaylaştırmaktır. Bu bakımdan borçlu ilgili bu tür bilinmezlikler (cehalet), kefaletin sıhhatine zarar vermez. Ancak nizaya (anlaşmazlığa) götüren cehalet kefalete manidir.<sup>11</sup>

### 3. Kefaletin şarta bağlanması

Kefalet, mutlak olarak yapılabilir, bir vakitle kayıtlı olabilir veya bir şarta bağlanabilir.

a-Kefalet mutlak olduğu zaman, borcun niteliği neyi gerektiriyorsa, kefalet de onu gerektirir. Yani kefalet borcun niteliği ile kayıtlıdır. Borç, hemen ödenmesi gereken bir borç ise, kefalet de bunu gerektirir. Eğer borç müeccel ise, kefalet de müeccel olur.<sup>12</sup>

b-Kefalet mukayyet olduğu zaman, ya tecil niteliği ile veya hulûl (vadenin gelmesi) ile kayıtlı olur. Bir sene veya bir ay gibi, bilinen bir süre ile kayıtlı olan kefalet caizdir. Eğer borcun vadesi gelmişse, kefalette tecil yine caiz olur. Hanefiler'e göre borçlunun kendisi de bu tecilden istifade eder.<sup>13</sup>

c-Kefaletin şarta bağlanması konusunda muhtelif görüşler vardır:

Hanefiler'e göre kefaletin, akdin gereğine uygun düşen şartlara bağlanması caizdir. Mesela "mebî istihkak edilirse, borçlu gelirse, borçlu başka bir şehre giderse...ben kefilim" diyerek yapılan şartlı kefaletler caizdir. Kefalet "rüzgârın esmesi", "yağmurun yağması" gibi meçhul bir zamana bağlanırsa, kefalet derhal sabit olup, tayin edilen süre batıl olur.<sup>14</sup>

İbn Ebî Leylâ, İmam Muhammed ve Şafîler'e göre, kefaletin şarta bağlanması caiz görülmemiştir.<sup>15</sup>

9 Serahsî, *el-Mebsut*, XIX,176; İbn Teymiye, *Fetâvâ*, V, 194, İbn Kudâme, *el-Mugni*, V,73.

10 Serahsî, *el-Mebsut*, XIX,177, İbn Kudâme, *el-Mugni*, V,72.

11 Remlî, *Nihâyetü'l-muhtac*, IV, 442.

12 Zuhaylî, *İslâm Fıkhu*, VI,268.

13 Zuhaylî, *İslâm Fıkhu*, VI, 268.

14 Zuhaylî, *İslâm Fıkhu*, VI, 270.

15 Şirbinî, *Mugni'l-muhtâc*, II,207; Zuhaylî, *İslâm Fıkhu*, VI, 270.

## II. YOL TEHLİKESİ KEFALETİ

Yukarıda beyan edildiği gibi kefalet, halen borçlu veya ileride borçlu olacak olan bir kişinin borcunu ödemeyi taahhüt etmekten ibarettir ve bu sözleşmenin alacaklı, borçlu, kefil ve borç olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır. İslâm hukukunda bir de borçluyu ortadan çıkaran ve meydana gelecek olan zarara kefil olmak şeklinde ortaya çıkan değişik bir kefalet şekli vardır ki buna “Yol Tehlikesi Kefaleti” denilmektedir. İstisnâî olarak Hanefiler’in kabul ettiği bu kefalet şöyle cereyan eder: Bir kişi diğerine “bu yoldan git; eğer bir tehlikeye maruz kalırsan ben malına kefilim” dese ve bu söz üzerine malı yol tehlikesi karşısında taahhüt edilen adam o yoldan gitse ve malı yağma edilse, kefil olan kişi bu malı tazmin eder.<sup>16</sup> Hanefiler bu konuda iki görüş ileri sürmüşlerdir:

a-Yol tehlikesi kefaleti caiz değildir. Çünkü bir şahsın zann-ı galibi veya ichtihadına göre vermiş olduğu haber, kendisini tazminle yükümlü kılmaz. Eğer bir kişi tecrübesine dayanarak diğer bir kişiye “bu yoldan git, çünkü bu yol emindir” dese ve bu söz üzerine o yoldan giden adamın malı yolda hırsızlar tarafından çalınsa, yolun emin olduğunu söyleyen kişinin çalınan malı tazmin etmesi gerekmez. Zira haberi veren zann-ı galibine dayanarak bu sözü söylemiştir. Bu tür haberlerde kişi hatalı olup, sonradan ortaya çıkan ve yol emniyetini ortadan kaldıran durumdan haberdar olmayabilir. Ayrıca “bu yoldan git, eğer tehlikeli olur ve malını yağma ederlerse ben ödeyeceğim” diyerek te’kilî bir şekilde söylerse, yine zararı tazmin etmesi gerekmez. Çünkü kefaletin sahih olması için, kefil olunan şeyin malum olması şarttır. Yolun emniyeti konusu ise meçhul bir şeydir.<sup>17</sup>

b-Bazı Hanefiler’e göre, kefalette aslolan kefil olunan şeyin malum olması ise de, istisnâî olarak meçhul bir şeye kefil olmak da caizdir. Yol tehlikesi kefaletinde bu hususu şöyle açıklamaktadırlar: İnsanlar yol tehlikesi taahhüdü gibi bazı sözleri söylediklerinde, bunun neticesine katlanmayacaklarını ve cezalandırılmayacaklarını bilseler, bu tür sözleri, neticesine aldırış etmeden söyler ve birçok insanın zarara girmesine sebebiyet verirler.<sup>18</sup> Zarara sebep olmak, zararın tazminini gerektirir. Bazılarına göre ise bu harekette aldatma vardır. Aldatma şart neticesinde meydana gelirse, aldatan kişinin zararı tazmin etmesi gerekir.<sup>19</sup>

Yol tehlikesi kefaleti, normal kefalet şartlarına uymalakra beraber, bir

16 Cezîrî, *Mezâhibu'l-erbaa*, IV, 277.

17 İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, II,284.

18 İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, II,284.

19 el-Cezîrî, *Mezâhibu'l-erbaa*, II,277.

nevi zarara kefil olan, borca kefil olana kıyas edilmiş ve bazı Hanefiler tarafından caiz görülmüştür.

### III. MODERN HUKUKTA KEFALET SÖZLEŞMESİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT

#### A. Modern Hukukta Kefalet Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Çeşitleri

##### 1. Tanımı ve Unsurları

Her ne kadar, BK. 483 hükmünde kefalet sözleşmesi tanımlanmışsa da, bu tanım hukukçular tarafından kefaleti gereği gibi anlatan bir tanım olarak kabul edilmemiş ve kefaleti şöyle tarif etmişlerdir: “Kefalet bir sözleşmedir ki, onunla bir kimse borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya karşı taahhüt eder.”<sup>20</sup> Bu tanımdan hareketle kefaletin unsurlarını kısaca şu şekilde ifade etmek mümkündür:

**Borç:** Ortada bir borç bulunmalıdır. Bu borcun hukukî sebebi önemli olmayıp, hukuken “geçerli” bir borç olması yeterlidir. “Gelecekteki borç” ve “şarta bağlı borç” için de, bazı şartlarla, kefalet sözleşmesi yapılabilir.

**Kefil:** Kefil bir kimsenin borcundan “şahsen” sorumlu olmayı istemelidir. Kefil, asıl borçlunun, borcunu ödememesi halinde bu borçtan dolayı “şahsen” sorumlu olduğu için, sorumluluğun sınırı, “belirli bir mal ile” değil, “bütün malvarlığı ile”dir.

**Sözleşmenin yazılı biçimde yapılması:** Kefil ile alacaklının kefalet konusunda anlaşmış olmaları ve bu anlaşmanın yazılı biçimde yapılması şarttır.<sup>21</sup>

##### 2. Çeşitleri

**Âdî kefalet:** Kefalet hukukunda aslanan âdî kefalettir. Kefaletin müteselsil olduğu belirtilmemişse, ortada âdî kefaletin varlığı kabul edilir.

**Müteselsil kefalet:** Bu tür kefalet, zincirleme kefalet de denmektedir. Müteselsil kefalette, alacaklı, asıl borçluya gitmeden doğrudan doğruya kefile

20 Hatemi/Serozan/Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 520-521.

21 Hatemi/Serozan/ Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 521.

başvurabilir.

**Birlikte kefalet:** Birden ziyade kişiler bölünebilen bir borca birlikte kefil olurlarsa, bunlardan herbiri, kendi payları tutarında âdî kefil gibi, diğerlerinin payları için de kefile kefil sıfatıyla sorumlu olurlar.

**Kefile kefalet:** Kefile kefil, asıl kefilin alacaklıya karşı taahhüdünü kefaletle temin eden kimsedir.

**Rücu kefalet:** Rücu kefil olan kimse, borçludan alacağını alamayan kefile kefildir. Rücu kefalet âdî kefaletin bir türüdür. Bu sözleşme, ilk kefil ile rücu kefil arasında yapılır.

**Zarara (açığa) kefalet:** Asıl borcun tamamı için olmayıp, kefilin, sadece alacaklının asıl borcundan elde edemediği kısım için kefil olmasıdır. Mesela borçlu iflas etmişse, zarara kefilden, ancak iflasın tasfiyesi sonunda tahsil edilemeyen miktar istenebilir.<sup>22</sup>

## B. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, bir akittir. Bu sözleşmeyle taraf olan kimse, diğer tarafa üçüncü bir kişinin bir edimini taahhüt etmektedir.

Üçüncü kişi taraflar arasındaki bu sözleşmeden etkilenmez; dolayısıyla edimi taahhüt edildi diye, kimseye karşı borç altına girmez. Borç altına giren, üçüncü kişinin edimini taahhüt edendir.<sup>23</sup>

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukukî niteliği hakkında ihtilaf edilmiştir. Bu sözleşmenin garanti sözleşmesinden farklı bir akit olup olmadığı, BK.m.110'un garanti sözleşmelerine ilişkin genel bir hüküm veya garanti sözleşmesinin özel bir tipini düzenleyen bir hüküm olup olmadığı çok tartışmalıdır.<sup>24</sup>

Garanti sözleşmesi ile bir taraf diğerine onun için gerçekleşebilecek, kendisinin sorumlu olmadığı bir riskten doğacak zararın tamamını veya bir kısmını gidermeyi taahhüt eder.<sup>25</sup>

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte de bir garanti etme söz konusudur. Fakat ancak üçüncü kişinin garanti verilene bir edimi yerine getirmesinin söz konusu olduğu hallerle sınırlıdır.<sup>26</sup>

Aydın Aybay'a göre, böyle bir taahhüdü içeren sözleşmeye, daha geniş

22 Hatemi/Serozan/Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 525-532.

23 Aybay, Aydın., *Borçlar Hukuku Dersleri*, 141.

24 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 762.

25 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 762.

26 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 762.

anlamda, *garanti akdi* denir<sup>27</sup> Ancak hukukçular arasında hakim olan görüşe göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt garanti sözleşmesinin özel bir türüdür. Gerçekten üçüncü kişinin bir edimi söz konusu olmayan garanti sözleşmeleri yapılabilir.<sup>28</sup>

### C. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ile Kefalet Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

1. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile kefalet arasındaki benzerlikler:

a- Hem kefalet, hem de üçüncü kişinin fiilini taahhüt, birer teminet sözleşmesidir!

b- Her ikisi de şahsî teminat sözleşmesidir.

c- Her ikisinde de kişi, kendisinin sorumlu olmadığı bir borçtan veya bir riskten doğacak zararın tamamını veya bir kısmını ödemeyi taahhüt eder.

2. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kefaletten farklı oluşu konusunda ileri sürülen kriterler:

a-Aslîlik-fer'îlik kriteri:

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, müstakil (aslî) bir sözleşmedir; kefalet ise fer'î bir sözleşmedir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden, kendisini borç altına soktuğu için, fiili taahhüt edilen üçüncü kişinin temsilcisi olmadığı gibi, üçüncü kişinin borcundan bağımsız bir borç altına girdiği için de durumu kefilin durumundan farklıdır. Çünkü kefilin borcu fer'î bir boçtur.<sup>29</sup>

b-Şekil serbestisi-şeklîlik kriteri:

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt şekle tabi değilken, kefalet kanunda yazılı şekle tabi bir akittir.<sup>30</sup>

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kefaletten farklı oluşu hususunda ileri sürülen ve hemen hemen ittifak edilen iki kriter bunlardır. Aşağıda gelecek olan kriterler konusunda bu denli bir ittifak olmadığı gibi, aynı ölçüyü birbirin zıddı için kullanan hukukçular da mevcuttur.

c-İvazlı-ivazsızlık kriteri:

Şayet garanti ivazsız ise, yapılan sözleşme üçüncü kişinin fiilini taahhüttür; ivaz karşılığı verilmişse kefalettir.<sup>31</sup>

d-Menfaat kriteri:

27 Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 141.

28 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 762-763.

29 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 763; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 141.

30 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 763; Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 141.

31 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 764 (Di pnot 18).

Garanti verenin bunda bir çıkarı varsa, sözleşme üçüncü kişinin fiilini taahhüttür; garanti verenin asıl borca ilişkin sözleşmenin yapılmasında bir çıkarı ve menfaati yoksa, kefalettir.<sup>32</sup> Özellikle tarafları yapmaya yönelttiği bir sözleşmeden veya teşebbüsten çıkar sağlamak , mesela bir adamının hissedarı olduğu şirkete bankanın kredi vermesini sağlamak için şahsen garanti vermesi gibi maksatlarla icra edilen sözleşmeler üçüncü şahsın fiilini taahhüt sayılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, tereddüt halinde bankalarca verilen teminatların garanti (üçüncü kişinin fiilini taahhüt), fertler tarafından verilen teminatların kefalet olarak yorumlamıştır.<sup>33</sup> Ancak garanti karşılığında karşılık almak en önemli menfaattir. Bu bakımdan ivaz kriteri ile menfaat kriterini kullananlar arasında önemli bir tezat vardır.

e-Kişiyeye yönelik ilgi-yakınlık duygusu kriteri:

Tarafları bir sözleşme yapmaya yönelten amacın kişisel yakınlıklarla ilgisi az ise sözleşme üçüncü kişinin fiilini taahhüttür; garanti verenin asıl borçlunun kişiliğini dikkate alarak, ona yakınlık duyduğu için sözleşmeyi icra etmesi halinde, kefalettir.<sup>34</sup>

Görüldüğü üzere modern hukukta kefaletten başka, birçok hususta ona benzeyen ama bazı hususlarda farklılık arzeden üçüncü kişinin fiilinden bahsetmişler ve bu iki akdi birbirinden ayırmak için de bir hayli zorlanmışlardır. İslâm Hukukundaki kefalet akdi, modern hukuktaki kefalet akdinin büyük ölçüde -özellikle şekil ve ücret bakımından bazı farklılıklar vardır- yerine geçmekle beraber, üçüncü kişinin fiilini kefalete dahil etmek mümkün gözükmemektedir. Yol kefaleti taahhüdü tamamen üçüncü kişinin fiilini taahhüt kabilinden bir sözleşmedir. Ancak bu akit şekli pek geliştirilmemiş, sadece istisnaî olarak ihtiyaç anında kendisinden istifade edileceği vurgulanmıştır. Halbuki konunun bir de üçüncü şahsın fiili boyutunda ele alınıp incelenmesi gerekmektedir. O zaman görülecektir ki, kefalet meselesinde tek problem, karşılığında ücret alınıp alınmayacağı meselesi değil, iki akit arasında ne kadar farklılık varsa<sup>35</sup> bu farklılıkların hepsidir.

32 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 764.(Dipnot 18)

33 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 764 (Dipnot 25)

34 Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 764 (Dipnot 18).

35 Sözleşmenin kefalet veya üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak nitelendirilmesi halinde ortaya çıkacak farklı sonuçlar için bkz. Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku*, 764-765.



#### IV. İSLAM HUKUKUNDA KEFALET KARŞILIĞINDA ÜCRET ALMANIN HÜKMÜ

Klasik İslam Hukuku kaynaklarında genel olarak kefaletin bir teberru akdi olduğu ve dolayısıyla kefalet karşılığında ücret almanın caiz olmadığı yazılmıştır. Ancak zamanımızda özellikle büyük finans kurumları kefalet karşılığında ücret almanın bir zaruret olduğunu ifade etmekte ve bazı İslam hukukçuları da eskiden ücret alınmayan kefalet karşılığında ücret alınabileceğini savunmaktadırlar. Doğrusu zamanımızda bu konuda üç ayrı görüş ortaya çıkmıştır. Şimdi bu görüşleri eleştirel bir yaklaşımla ele alacağız:

##### A. Kefalet Karşılığında Ücret Almanın Caiz Olmadığı Savunanların Delilleri

1. 22-28 Aralık 1995 tarihlerinde Cidde’de toplanan İslam Fıkıh Akademisi’nin 12 no’lu kararında şöyle denilmiştir:

*“Kefalet, iyilik ve yardım gayeli bir teberru akdidir. İslam hukukçuları, kefaletten dolayı bir bedel almanın caiz olmadığını belirtmişlerdir. Zirâ kefalet bedelini ödemesi halinde, bu akid, ödünç verenin menfaat etde ettiği bir ödünç sözleşmesine benzer ki bu, İslâm hukukunda yasaklanmıştır.”*<sup>36</sup> İslam Fıkıh Akademisi üyelerinden başka, Vehbe ez-Zuhayli, Ali Muhyiddin el-Karadağî, Halil Güneç, Ali Salus birçok araştırmacı da aynı görüşü paylaşmaktadır.<sup>37</sup> İslam Fıkıh Akademisi üyelerinden Sudanlı hukukçu Sıddık Muhammed ed-Darîr, “İstisnasız bütün eski fakihlerin görüşü, ücretli kefaletin caiz olmadığı yönündedir”.<sup>38</sup> diyerek bu konuda icma meydana geldiğini ifade ederken, A.M.Karadağî konuyla ilgili olarak “icma edilen konularda değişim olmaz”<sup>39</sup> ifadesini kullanarak bu icman değiştirilemeyen bir icma olduğuna dikkat çekmektedir.

**Tenkidi:**

*a-Her iki kefalet birbirinin manii değildir.*

Ücretli kefaletin caiz olması, hayır ve iyilik maksadıyla icra edilen

36 Zuhayli, Vehbe., *Finans ve Borsa (I.Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi)* s.295.

37 Zuhayli, *İslâm Fıkıhı*, VI, 289; Halil Güneç, *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, II,131 : Ali Muhyiddin el-Karadağî, *Finans ve Borsa Oturumuna İlişkin Değerlendirme (İslâm Ticaret Kongresi)*,s.432.

38 Sıddık Muhammed Emin ed-Darîr, *Faiz Oturumuyla İlgili Müzakere Raporu, (İslâm Ticaret Kongresi)* s.818

39 A. M. el-Karadağî, *agm, (İslâm Ticaret Kongresi)* 432.

kefalet akdini ortadan kaldırmaz. Başkalarına bu şekilde yardım etmek isteyenler için, bu yol her zaman açıktır.

Ücretsiz kefaletin caiz olması da, ücretli kefalete mani değildir. İhtiyaç hasıl olduğu zaman ücretli kefalet, ücretli olarak da icra edilebilmelidir. Kanaatimizce bu iki kefalet cinsi arasında birçok farklar vardır. Günümüzde karşılığında ücret alınan kefaleti hiç kimse ücretsiz olarak yüklenmeyeceği gibi, geleneksel olarak icra edilen kefalet için de hiç kimse kolay kolay ücret talep etmez.

Müesseseler bir cihette insanlara benzerler. Bir insan, bazı insanlara hep karşılıksız yardım yapıyorsa, bir gün de onlara bir bedel karşılığında bir şey verecek olsa, bu husus yadırganacak bir şey değildir. Kefalet ücretsiz olarak icra edilirse, iyilik ve yardımlaşma maksadıyla yapıldığı kabul edilir; ücret mukabilinde icra edilirse, o zaman burada iyilik ve yardımlaşma düşüncesi aranmaz; ama hemen harama girildiği de düşünülemez. İyiliğin tam karşısı kötülüktür ama, iyiliğin yapılmaması her zaman kötülük sayılmaz.

***B- Ücretli kefalet, hukukî özellikleri itibariyle ücretsiz kefaletten farklı bir müessesedir***

Kefalet karşılığında ücret alınmanın caiz olduğu kabul edilince, bu durum kefalet akdinin şartlarında ve hükmünde önemli değişikliklerin meydana gelmesine sebep olur. Adetâ kefalet akdi, herkesin bildiği kefalet olmaktan çıkar, başka bir müesseseye dönüşür. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, malî kefalette borcun miktarının, niteliğinin ve aynının bilinmesi şart değildir.<sup>40</sup> Ücretli kefalette elbette böyle bir durum söz konusu olamayacak; borç miktarının bilinmesi gerekecektir. Konuya en yakın akit, hibedir. Hibe aslen bir teberru akididir. Ancak genel olarak ivaz şartıyla yapılabileceği de kabul edilmiştir.<sup>41</sup> Böyle bir akit, hibeden ziyade satım akdi olarak mütalaa edilmiştir.<sup>42</sup> Nitekim modern hukukta bazı hukukçular “kefaletle” “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” arasındaki farkın ücretten kaynaklandığı görüşündedirler. İslâm Hukukunda da ücretle kefalete başka bir ad verilebilir. Ama isimlerin değişmesi hükümleri değiştirmez.

***c- Günümüzde ücret karşılığı icra edilen kefalet akitlerinin hayır ve yardımlaşma ile bir ilgisi yoktur.***

Miktarı milyarları, hatta trilyonları aşan borçlara kefil olmanın hayırla izahı mümkün olamaz. Hayır ve yardımlaşmanın sınırını, sevap beklentisi, ferdi ve ailevî çaptaki ihtiyaçların karşılanması veya kamu yararı gibi hususlar teşkil eder. Milyarları borçlanarak, zenginlik üstüne zenginlik katmak isteyen kişilerin önünü açmanın hayırla ilgisi yoktur. İnsan hayır ve

40 Serahsî, el-Mebsût, XIX, 177; İbn Kudâme, el-Mugnî, V, 72.

41 Zühayli, İslâm Fıkhı, VI, 174.

42 Bilmen, Kamus, IV, 243.

iyilik yaptığı zaman, buna daha layık olanları tercih eder. Ücretli kefalet, ciroları trilyonları bulan sınaî ve ticârî işletmelerin ihtiyaçlarından doğmuştur. Bu ihtiyaçlar hayır ve iyilik düşüncesiyle karşılanacak gibi değildir. Esas itibariyle kişilerin bireysel olarak bu ihtiyaçları tekeffül etmesi de düşünülemez. Hayır esprisi ancak adi kefalet ilişkilerinde söz konusu olabilir. Mahiyet itibariyle adi kefaletle ücretli kefalet gerek şekil, gerek konu ve gerekse maksat ve gaye itibariyle birbirlerinden farklıdır.

Rasûlüllah (s.a.) zamanında kefaletle vücut veren hadiseler ödeme gücü olmayan, genelde kendisinin ve ailesinin ihtiyacı için borçlanan kişilerle ilgilidir. Kefaletle teminat altına alınmış borç miktarları da genelde aile ihtiyaçları boyutundadır. Mesela Rasûlüllah (s.a.) on dinar borcu olan ve alacaklısı tarafından sıkıştırılan bir kimseye kefil olmuş, borçlu adına borcu ödedikten sonra “kefil borçludur”<sup>43</sup> buyurmuştur. Diğer taraftan Ebû Ümâme (r.a.) den gelen bir diğer rivayette de Rasûlüllah (s.a.) “kefil borçludur”<sup>44</sup> buyurmuştur. Görüldüğü üzere bu hadislerde vurgulanan husus, tekeffül edilen borcun nizâ çıkarmadan zamanında ödenmesi gerektiğidir.

Amr b. Şuayb'dan gelen rivayete göre Rasûlüllah (s.a.) yetim malına vesayeti velayet olarak isimlendirmiş, vasînin yetim malını nemalandırmasını, zekâtın malı yiyip bitirmesini önmelemlerini emir buyurmuştur.<sup>45</sup> Bir başka hadiste de yetim malına vesayeti, kefalet olarak isimlendirmiştir.<sup>46</sup>

“Kefâletle ilgili olarak tesbit edilen hadislerden çıkan sonuç şudur: Kişi bazan zatî veya ailevî ihtiyacını gidermek ihtiyacından dolayı borca girebilir. Malî gücü zayıf olduğu için, borcunu ödemede aceze düşebilir. Borçlunun ödemediği âciz kalması ihtimaline binaen alacağını garanti altına almak isteyen kişi, borçlunun bir kefil göstermesini isteyebilir. Bu durumda ihtiyaç halinde bulunan kişi kefil bulamadığı takdirde ihtiyacı olan şeyi temin edemeyecektir. Bu nedenle kefil arayan kişinin borcuna kefil olmak ve onun ihtiyacını karşılamasına vesile olmak bir fazilet sayılmıştır. Kefâletle teminat altına alınan borç için kefâlet ücreti talep edilmemesi, yukarıda beyan edildiği üzere işin yapısındaki hayır, iyilik ve yardımlaşma niteliğinden kaynaklanmaktadır.”<sup>47</sup> Günümüzde ticarî ve sınaî ihtiyaçlardan doğan kefaleti, İslâm'ın ilk dönemlerinde vaki olan ve tamamen zarurî ihtiyaçların giderilmesinden kaynaklanan, temelinde yardımlaşma esprisi bulunan ve bireysel planda cereyan eden kefalet müessesine kıyas etmek yanlış olur. Zira

43 Ebu Davud, *Büyü* ' 2; İbn Mâce, *Sadakât* 9.

44 Tirmizî, *Büyü* ' 39, *Vesâyâ* 5; Ebu Davud, *Büyü* ' 90.

45 Tirmizî, *Zekât* 15.

46 Buharî, *Talak* 25; Müslim, *Zühd* 42; Ebu Davud, *Edeb* 23; Tirmizî, *Birr* 14; Muvatta', *Şiir* 5.

47 Hamza Aktan, *Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Bir Değerlendirme, (İslam Ticaret Kongresi)* s.220.

iki kefalet arasında şekil, miktar ve gaye itibarıyla dağlar kadar fark vardır.

*d- Ücretli kefalette, ücret alınmanın caiz olmadığı şeklindeki icma iddiası doğru olamaz.*

aa-Kefalet karşılığında ücret alınmanın caiz olmadığı şeklindeki ittifakî görüş, âdî kefalet için geçerlidir. Tabii olarak teberru akdi sayılan bir sözleşme karşılığında ücret alınmaz. Onu teberru akdi yapan husus, zaten bu özelliğidir. Ücretli kefalet bazı şartları ve neticeleri itibarıyla âdî kefaletten farklıdır. Dolayısı İslam hukukçularının adi kefalet hakkında ileri sürdükleri bu görüşü, ücretli kefalet hakkında da ileri sürmek mümkün değildir.

bb-Kefalet karşılığında ücret alınmaması görüşü, onun teberru akdi oluşundan çıkarılmaktadır. Fakat bu akdi bir teberru akdi olarak değil de, ivazlı bir akit olarak icra ettiğimiz zaman, böyle bir görüşten bahsedilemez. O zaman da kefalet karşılığında ücret almak akdin tabiatından ve muktezasından olacaktır.

cc-İslam hukukunda icma edilen konuları toplayan İbnü'l- Münzir, Kitâbü'l- İcmâ'ında kefaletle ilgili olarak sadece şu kayda yer vermiştir:

“Bir kimse, bir şahsa, onun emriyle birine karşı herhangi bir mal için kefil olsa, kefil olan bu kimsenin o malı ödemesi gerekir ve kendisi de kefil olduğu şahsa rucû eder.”<sup>48</sup> Bu cümle, mal ile kefaletin caiz olduğunu, kefil olan kişinin borcu ödemekle yükümlü bulunduğunu ve kefil bu borcu ödediği zaman kefil olduğu şahsa rucû etme hakkı bulunduğunu ifade eder. Burada kefil olan şahsın kefalet karşılığı olarak ayrıca bir ücret alamıyacağına dair herhangi bir kayıt yoktur. Ancak olsa olsa sadece ödediği miktardan daha fazlasıyla rucû etme hakkının bulunmadığı ileri sürülmek suretiyle kıyas veya mefhûm-u muhalefet yoluyla böyle bir hükümden bahsedilebilir. O zaman da açık bir icmadan söz edilemez.

dd-Kefalet karşılığında ücret alınmayacağı hakkında nasslarda açık bir kayıt bulunmadığı için, böyle bir hüküm nasslara dayandırılmıyacağı gibi, icmaa da dayandırılmaz. Çünkü icmanın sahîh bir icma olabilmesi için, onun nasslardan bir senedi bulunması lazımdır. Halbuki böyle bir senet yoktur. Bu icmanın dayanağı, kefaletin bir teberru akdi olarak ele alınmasıdır. Nasslarda ise kefalet karşılığında ücret alınmaması ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca ücretli kefalet bir teberru akdi değildir ki, âdî kefalet hakkında ileri sürülen icmâ, ücretli kefalet hakkında geçerli olsun.

*e- Ücretli kefaletin menfaat celbeden karz akdine kıyas edilmesi doğru değildir.*

aa-Karz akdinin unsurları esas alındığı zaman, ücretli kefaleti menfaat sağlayan ödünç akdine kıyas etmek mümkün değildir. Kefalet akdinde çoğu

48 Bkz. İbnü'l- Münzir, *K. el- İcmâ'*, 70.

kez, ödenmesi taahhüt edilen borç fiilen kefil tarafından ödenmemektedir. Eğer borç kefil tarafından ödenmişse, bu takdirde ücret, menfaat sağlayan karz akdine kıyas edilebilir. Çünkü her ikisinde de menfaat (kefalet akdinde ücret), tazmin edilen para karşılığı olmaktadır. Borcun kefil tarafından ödenmemesi halinde yine de kefalet karşılığında ücret alınmıyorsa, burada tazminata bağlı olmayan bir menfaat var demektir. İşte alınan ücret bu menfaatin karşılığıdır. O zanam bunu menfaat temin eden karz akdine kıyas etmek mümkün değildir.

bb- Karz, bir teberru akdidir; kefalet de bir teberru akdidir. Karz akdinde menfaat temini caiz değilse, kefalet akdinde de caiz değildir. “Dolayısıyla kefalet karşılığında ücret almak caiz olmaz” şeklindeki bir kıyas da doğru değildir. Karz akdinde menfaatin caiz görülmesi faiz şüphesine dayanmaktadır. Çünkü ortada ödünç olarak verilen bir para vardır ve neticede bu paranın yansira bir de menfaat istenilmektedir. Fakat ödenmesi taahhüt edilen borcu kefilin ödememesi halinde, kefilin aldığı ücretin tazminat fazlası bir meblâğ olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. O zaman da buna faiz denilemez. Kefilin borcu tazmin etmesi halinde, aldığı ücreti tazminat fazlası olarak görmek mümkündür. Ancak bu ücretin başka bir karşılığının bulunduğu hukukî olarak kabul edilirse, o zaman bu da bir fazlalık olarak değil, bir bedel olarak görülmelidir.

Aslen teberru akdi sayılan bir sözleşme, ivazlı olarak icra edilirse, hemen hemen faiz ihtimali dışında bir sakıncası bulunmamaktadır. Mesela hibe bir teberru akdidir. Ama hibe edilen şeyi para mukabilinde satmakta da bir beis yoktur. Ariyet bir teberru akdidir. Fakat bir akar veya eşyanın kullanılması karşılığında ücret almakta da bir beis bulunmamaktadır. Bu durumda akdin adı ariyet değil, icâre olur.

cc-Karz akdinde menfaatin faiz olarak nitelendirilmesi, Hz. Peygamber (s.a.)e atfedilen “Menfaat celbeden her ödünç (karz) ribadır”<sup>49</sup> sözüne dayandırılmaktadır. Dört Mezhep de bu söze dayanarak menfaat sağlayan karzın caiz olmadığını ifade etmiştir.<sup>50</sup> Bu söz, özellikle isnadı bakımından sahih bir hadis olarak kabul edilmemiştir.<sup>51</sup> Ancak mana itibariyle riba, sarf ve karz kurallarına uyduğu için, umumiyetle delil olarak kullanılmıştır. Hanbelilerden İbn Teymiyye, İbnü'l-Kayyim ve İbn Kudâme süftece<sup>52</sup>’yi,

49 Bkz: Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, IV, 60.

50 Bkz: Zuhaylî, *İslâm Fıkhı*, VI, 14-17.

51 Bkz: Suyûtî, *el-Câmiu's-Sagîr*, V, 28; Aclûnî, *Keşfu'l-hafâ*, II, 125, No: 1991; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, V, 132; San'ânî, *Sübûlü's-Selâm*, III, 53; Hindî, *Kenzu'l-Ummâl* VI, 238, No: 15516; İbn Kudâme, *el-Mugnî*, IV, 354.

52 Süftece, bir kimsenin bir beldede bir kişiye ödünç verip, bunun bir başka beldede, kendisine, vekiline veya alacaklısına ödenmesini şart koştuğu bir muameledir. Bu muamele ile ödünç veren parasının yol emniyetini borçluya yüklemiş, soyulma, kaybetme ve taşına külfeti gibi risklerden kurtulmuş olmaktadır.

“menfaat sadece ödünç verene mahsus olmayıp, iki taraf da bundan faydalandıkları için” caiz görmüşlerdir.<sup>53</sup> Yani bu bilginlere göre menfaat çift taraflı olduğu zaman, bunda bir beis bulunmamaktadır. Bu esasa göre kefalet sözleşmesi, asile borcun tazmin yükümlülüğünden başka, ekstra bir menfaat temin ediyorsa, kefil asil için temin ettiği bu menfaat karşılığında, ücret gibi bir menfaat temin edebilir.

dd-Kur'an'da kefaletin meşrûiyet delili olarak gösterilen âyetlerde kefaletin bin menfaat temini için kullanıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Bir mizansenle kaybolmuş olan Mısır hükümdarının su kabını bulana bir deve yükü bahşiş verileceği vadedilmişti. Bir görevli de, buna kefil olduğunu belirtmişti. Burada kefalet garantisi, su kabının bulunmasını temin içindir. Yoksa vadedilen bahşişin verilmemesi halinde, bunun mutlaka su kabını bulana ulaştırmasını sağlamak için değildir. Hükümdarın su kabının bulunması, görevliler açısından birinci derecede önemli bir hadise olduğu için, bu meselede kefalet sebebiyle daha çok menfaat temin eden taraf, kefilidir. Ücretli kefalette de her iki taraf bu akitten menfaat temin edebilmektedir. Menfaat, menfaat mukabilidir.

## 2. Kefâlet karşılığında ücret almak faizdir.

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre kefalet karşılığında ücret almanın caiz olmamasının *illeti* faizdir. Çünkü kefil, borç veren kişi hükümdedir. Zira kefil, asilin borcunu ödemeyi taahhüt etmektedir, eğer borcu öder, sonra asile rücu ederse, sanki asile borç vermiş, sonra da ondan borcunu almış gibi olur. Bu durumda ondan ücret alırsa, *faiz* almış sayılır.<sup>54</sup>

### Tenkidi:

*a-Birçok konuda karz akdi ile ücretli kefalet arasında farklılıklar vardır. Bu farklılıklar, ücretli kefaleti, karz akdine kıyasa manidir. Dolayısıyla karz akdi için geçerli olan fazlalığın faiz sayılması, ücretli kefalet için geçerli değildir:*

aa-Karz, teberru akdidir; ücretli kefalet ise bedelli bir akittir.

bb-Karzda hayır, iyilik ve yardımlaşma maksadı hakimdir; ücretli kefalette kâr ve menfaat düşüncesi hakimdir.

cc-Karzda ihtiyaç sahibine para cinsinden bir şey verilir; ücretli kefalette ise güvence verilir.

dd-Adî kefalet akdi, asil borçlunun borç yükü altına girmesinden önce de, sonrada icra olunur; ücretli kefalet ise asil borçlu borç yükü altına girmeden önce yapılır. Pratik olarak ücretli kefalet bu şekilde uygulanmaktadır.

53 İbn Kudâme, el-Mugnî, IV, 321; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı*, VI, 18.

54 S.M.E.. Darîr, *Faiz Oturumuyla İlgili Müzakere Raporu, (İslâm Ticaret Kongresi)* s. 818.

ee-Karzda, verilen paranın dışında fazladan bir şey alınırsa bunun karşılığı yoktur. Ücretli kefalette, kefil, asilin borcunu ödese ve ayrıca ücret alsın, bu ücret, verilen güvence ve menfaat karşılığıdır.

ff-Adi kefaleti, ücretli kefalet gibi mütalaa edip bu şekilde karza kıyas edilmesi de yanlış olur; zira kefalet karşılığında ücret alındığı zaman, bu bir teberru akdi olmaktan çıkar, temel özelliği bedelli olan başka bir akde dönüşür. Ücretli kefaletin âdi kefalet gibi olduğu düşünülse dahi, **karz akdinde ödünç olarak verilen paradan fazlasını almak faiz olur.** Ücretli kefalette borcun asil tarafından ödenmesi halinde, kefilin asile borç olarak bir şey vermemiş olduğu için, aldığı ücret herhangi bir malın ve paranın fazlalığı olarak düşünülemez. Olsa olsa tazminatı kefil öderse ücretin bir fazlalık gibi görünmesinden bahsedilebilir. Eğer bunun da başka bir şeyin karşılığı olduğu ortaya çıkarsa, ortada karşılıksız bir fazlalıktan bahsedilemez. Ücretli kefalette borç, çoğu kez kefil tarafından değil, asil tarafından ödenir. Kefaletin ücretle yapıldığını kabul edip de, borcun asil borçlu tarafından ödendiğini farzettığımız zaman, ücret olarak verilen bedel, hangi şey üzerine bir fazlalık olarak mütalaa edilecektir? Burada kefil, hiçbir şey vermediği halde, aldığı ücret ne ile açıklanabilir? Bu ücret ya şer'an satımı caiz olan bir mal, bir menfaat veya bir hakkın bedelidir, yada faizdir.

**b- Ücretli kefalettteki ücret İslam Hukukunda kuralları bilinen faize girmemektedir:**

Kur'an ve sünnette *ribâ* kelimesiyle ifade edilen faiz kısaca "İvazlı akitlerde karşılığı olmayan fazlalıktır"<sup>55</sup> şeklinde tarif edilmiştir. Bu fazlalık para, mal, menfaat cinsinden bir bir fazlalık olabilir. Bu fazlalığın faiz sayılması için, zamanla irtibatlı olması ve taraflardan biri için şart koşulması gerekmektedir.<sup>56</sup> Bu yüzden bazı kaynaklarda faiz "bedelli bir akitte karşılıksız olarak şart koşulan fazlalıktır"<sup>57</sup> şeklinde tarif edilmiştir.

Faizin başlıca kaynağı satım akdi ile karz akdidir. Temelde gecikme faizi (*ribâ'n-nesie*) ve fazlalık faizi (*ribâl'l-fadl*) olmak üzere iki kısma ayrılır. Doğrusu şu ki, hem satım akdinden, hem de karzdan kaynaklanan faiz ile, hem gecikme faizi ile hem de fazlalık faizini topyekün içine alan bir faiz tarifi yapmak gerçekten çok zordur. Kaynaklardaki faiz tarifleri esas alındığı zaman ya kaynak ya da çeşit itibariyle bazı faizler tarifi dışında kalmaktadır. Faiz konusuna ayrıntılı olarak girmeksizin, sadece içinde para olan *faiz kurallarını* şu şekilde özetleyebiliriz:

**Cinsi aynı olan iki parayı peşin ve fazlalıklı olarak satmak faizdir.** Meselâ 100 milyon lirayı peşin olarak 110 milyon lira karşılığında satmak,

55 İbn Abidin, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 176.

56 İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V,135.

57 Halebî, *Mültekâ*, II, 37; Şirbîni, *Mugni'l-muhtâc*, II,21.

faizli bir attır; çünkü 100 milyon liranın karşılığı ancak 100 milyon olabilir, geri kalan 10 milyon fazlalıktır ve faizdir. Ancak uygulamada bu tür faiz kolay kolay gerçekleşmez.

**Cinsi aynı olan iki parayı gerek satım, gerekse karz akdi şeklinde olsun, vadeli ve fazlalıklı olarak değiştirmek, hem vade hem fazlalık itibariyle faizdir.** Mesela 100 milyon lirayı, altı ay sonra verilecek olan 150 milyon lira karşılığında değiştirmek faizdir. Burada 50 milyon liranın karşılığı yoktur. Faiz akdi olarak pratikte en çok uygulanan şekil budur. Cahiliye devrinde bilinen faiz şekli de bu idi.

**Cinsi aynı olan iki parayı eşit, fakat vadeli olarak satmak faizdir.** Meselâ, 100 milyon lirayı, altı ay sonra verilecek olan 100 milyon lira karşılığında satmak faiz sayılmıştır. Burada miktar olarak fazlalık bulunmamaklar beraber, zaman itibariyle bir fazlalık vardır. Nazari olarak 100 milyon, peşin olan diğer bir 100 milyona denktir. Eğer peşin olan bu 100 milyon, altı ay vadeli şu 100 milyona eşittir, deniyorsa, bunun mantiki bir izahı olamaz. Dolayısıyla bu sözleşme, satım akdi olarak icra edilirse bir taraf altı ay boyunca 100 milyonu karşılıksız olarak kullanma şartını ileri sürmüş olacaktır ki, bu da kişiye bazı mali imkanlar sağlayacak, diğer taraf ise bundan mahrum olacaktır. Ancak bu uygulama karz akdi olarak icra edildiği zaman caiz görülmüştür. Uygulamada da bu sözleşmenin satım akdi olarak icrası makul karşılanmamakta ve tamamıyla karz akdi olarak işlerliğini devam ettirmektedir. Buna göre karz akdi faz kurallarından bir istisna olarak caiz kılınmıştır.

**İki para arasında cins farkı varsa, para olmaları bakımından sınıfları aynı olduğu için, miktar itibariyle fazlalıklı olarak değiştirilebilirler, fakat vade şart koşulursa, bu vade faiz sayılmıştır.** Buna göre 100 milyon lirayı, 500 DM ile peşin olarak değiştirmek caiz, fakat altı ay sonra verilecek 500 DM ile değiştirilmesi faiz olarak kabul edilir.

Ücretli kefâletin faizli bir akit sayılıp sayılmaması konusunun daha iyi anlaşılması için *şekil itibariyle faiz gibi görünen, fakat gerçekte faiz sayılmayan* hususlarla mukayese edilmesi gerektirmektedir. Şöyle ki:

a-100 milyon lirayı altı ay sonra verilecek 100 milyon lira mukabilinde satmak faizdir; fakat aynı şeyi karz akdi olarak yapmak caizdir ve bir iyilik ve yardımlaşma akdi olarak sayılmaktadır. Burada satım akdinin şekli ile karz akdinin şekli aynıdır. Niyet meseleyi değiştirmektedir.

b-Emanet akdi, aslen bir teberru akdi olarak kabul edilmekle beraber, ücret alınması da caiz görülmüştür<sup>58</sup> Buna göre içinde 100 milyon lira olan bir

58 Bilmen, *Kamus*, IV,156, Zuhaylî, *İslâm Fıkhı*, VI,194.



cüzdani emanet olarak bırakan şahıs, emanetçiye ücret olarak o cüzdandan 1 milyon lira çıkarıp verse, bu ücret faiz olarak telakki edilmez. Bu para, emanetçiye koruma karşılığı olarak verilmiştir. Ama şekil olarak 100 milyon ile 99 milyon değiştirilmiştir.

c-İcare akdiyle, bir dükkân kiraya verilmiş olup da, kiracı dükkânı aynen kendisine verildiği şekliyle geri vermiş olsa, kira olarak alınan paralar faiz sayılmaz. Çünkü kira, bir malın ayından istifade etmenin karşılığıdır, yani *menfaat* karşılığıdır. Bu yüzden kira olarak alınan paralar, dükkâna nisbetle bir fazlalık gibi görülerek faiz olarak telakki edilmez.

d-Karz akdinde şart koşulmadan verilen hediye faiz değildir. “Bir kişi bir başka kimseye şartsız olarak mutlak bir şekilde karz verecek olursa, o da nitelik itibariyle ondan daha iyisini geri verse yahut daha fazla miktarda ödese veya evini ona satsa caizdir. Karz verenin onu alması mekruh değildir.”<sup>59</sup> Bu hükmün dayanağı Ebu Râfi’den rivayet edilen şu hadistir: Rasûlullah (s.a.) bir adamdan altı yaşında bir deve karz aldı. Zekat develeri geldiğinde, bana adama aynı şekilde altı yaşında bir deve ödememi emretti. Ben; “Develer arasında ondan daha iyi ve yedi yaşında bir deveden başka bulamıyorum.” dedim. Peygamber (s.a.) şöyle buyurdu: “Onu alacaklıya ver. Sizin en hayırlınız ödemesi daha iyi olanınızdır.” buyurdu.<sup>60</sup>

e-Borç bulma karşılığında ücret almak caizdir. Birisi, bir başkasına “Bana yüz milyon borç bul, bir milyonu senin olsun” dese ve bu kişi de sözkonusu parayı borç olarak bulup getirirse, bu kişiye verilen bir milyon faiz değil, borç bulma karşılığıdır.<sup>61</sup> Halbuki şekil itibariyle borç alan yüzmilyon almış, fakat yüzbir milyon vermiş olacaktır. Fakat bu fazlalık faiz değil, borç bulanın ücretidir.

Bütün bu örnekler topluca değerlendirildiğinde, sözleşmeler neticesinde bir tarafta görülen fazlalık mutlak olarak faiz değildir. *Eğer bu fazlalığın şer’î bir surette bir karşılığı varsa yada bu fazlalık şart koşulan bir fazlalık cinsinden olmayıp hediye ve hibe kabilinden ise*, bunun faiz sayılması mümkün değildir.

Şimdi ücretli kefâlette, *ücretin şer’î karşılığını* bulmaya çalışalım:

a-Günümüzde kefalet karşılığında ücret alınan uygulamalar daha çok bankacılık söktöründe teminat mektuplarında görülür. Muhammed Abdülhalim Ömer’in ifadesine göre bankalar, geçici teminat mektuplarının değeri üzerinden senelik %0,001 ve % 0,002 arasında, kesin teminat mektuplarının değeri üzerinden % 1 ve % 2 arasında komisyon almaktadır.

59 Zuhayfî, *İslâm Fıkhi*, VI,16.

60 Şevkânî, *Neyle’l-evtâr*, V,230. (Bu hadisi Müslim, dört Sünen sahibi ve İmam Ahmed rivayet etmişlerdir.)

61 İbn Kudame, *el-Kâfi*, II, 94.

Ayrıca banka teminat mektubunun değerini ödese, lehdar bu meblağı bankaya hemen ödemezse, banka carî fiyat üzerinden faizini de hesaplamaktadır.<sup>62</sup> Uygulamada kefalet ücreti ayrı, faiz ayrı mütalaa edilmektedir. Bugünkü bankacılık sektörü teminat mektubu gibi uygulamalarda almış olduğu ücreti tamamen vekalet karşılığında alınan komisyon ücreti gibi mütalaa etmektedir. Yani tatbikatta kefalet ücreti faiz olarak telakki edilmemektedir. Ancak bu, İslâm Hukuku açısından tamamiyle bağlayıcı bir durum değildir. Olabilir ki, başkalarının faiz olarak kabul etmediği bir şey İslâm Hukuku kurallarına göre faiz sayılabilir. Fakat uygulamada kefalet ücretinin faiz olarak nitelendirilmemesi, onun başka bir şey olarak değerlendirildiğini gösterir. Bu da kısaca *masraf* diye ifade ettiğimiz organizasyon karşılığı olmasıdır. Yani vekalet ücreti ne ise, kefalet ücreti de bankacılık sektöründe aynı şeydir. İkisi arasındaki fark, hukukî mahiyetleri ve neticeleri bakımındandır. İslâm hukukuna göre vekâlet karşılığında ücret alınabilir. Ücret açısından aynı mahiyetteki kefalet karşılığında da alınabilmelidir.

b-İslâm Fıkıh Akademisi, kefalet karşılığında ücret almayı, ödünç (karz) verenin menfaat temin etmesine benzetmektedir. Yani ödünç karşılığında menfaat temini faiz şüphesi sebebiyle caiz görülmediği için, kefalet karşılığında ücret almak da caiz görülmemiştir. Ancak burada kefil olmanın ödünç vermeye benzer bir menfaat temin ettiği de kabul edilmiş olmaktadır. İşte kefalette ücret almayı haklı kılan, bu menfaattir. Bu menfaat de **güvendir**.

c-Yukarıda da geçtiği üzere kefalet akdi bir teminat sözleşmesidir. Bütün teminat sözleşmelerinin gayesi garanti yani güven vermektir. Buna göre kefalet karşılığında ücret alındığı zaman, bu **ücret güven karşılığı** olmaktadır. Yani kefil, kefil olduğu şahsa güven satmakta, o da bu güvene dayanarak bazı mâli tasarruflarda bulunabilmektedir. Klâsik İslâm Hukukunda güven satışı konusu açıkça tartışılmamıştır. Ancak garanti, güven ve koruma karşılığında ücret alındığına dair birçok örnekle karşılaşmamız mümkündür:

aa-Ücretle bekçi ve çoban tutmak caizdir.<sup>63</sup> Bekçi sadece koruma karşılığında bu ücreti hak etmektedir. Hatta bekçi görevini usulüne uygun olarak yaparken hırsızlar bir yolunu bulup malı çalıp götürseler dahi, bekçi ücreti hak eder. Çünkü o, malın tazminatından değil, usulüne uygun korunmasından sorumludur.

ab-Vedâ (korunmak maksadıyla başkasının yanına bırakılan mal) sebebiyle de ücret almak caizdir. Burada da ücret malı koruma karşılığında

62 M.Abdülhalim Ömer, *Prof.Dr. Vehbe ez-Zuhaylî'nin "Finans ve Borsa" Konulu Tebliğiyle İlgili Müzakere Raporu (İslâm Ticaret Kongresi)* s.375.

63 İbn Abidin, *Reddî'l-muhtâr*, IV, 44.

almaktadır.

ac-İslâm Devletinin gayrı müslim tebeası (zimmîler) can ve malları üzerinde devletin himaye ve emniyetinden faydalanmakla birlikte mecbûrî askerlik mükellefiyeti demek olan cihattan muaf tutulmuşlardır. Sadece büyük miktarlar tutan **millî savunma masraflarına** belli bir nisbette iştiraklerini sağlamak üzere gayrimüslimler arasında elinden bir iş gelen, eli meslek tutan kimseler **baş vergisine (cizyeye)** tabi tutulmuşlardır. Bununla beraber onlar şayet belli bir yıl, savaş halindeki İslâm ordularına yardım etmişyelse o yıl ödemekle mükellef oldukları bu cizye vergisinden muaf tutulurlardı.<sup>64</sup> Hz. Ömer, hilafeti zamanında, kendilerini koruma durumu tehlikeye girince, bazı zimmilere kendilerinden aldığı cizyeyi iade etmiştir. Çünkü Hz. Ömer cizyenin, kendilerini koruma karşılığında alndağını bilmektedir.

ad-Askerlik yapma karşılığında ücret alınabilir ve bu ücret tamamen ülkeyi koruma karşılığında alınmaktadır.

Bu örneklerde güven genel olarak amele irca olunmuştur, fakat üçüncü örnekte güven, ihtiyaç hasıl olduğu zaman devletin yerine getireceği bir yükümlülük şeklinde ortaya çıkmaktadır. **Zamanla başka şekillerde güven oluşturmak mümkün ise, bu tür güven karşılığında da ücret alınabilir.**

Güven duygusunun subjektif bir şey olduğu söylenebilir. Ancak örf ve adet ile akdin kuruluşu esnasında karşılıklı olarak kabul edilen kayıtlar ve şartlar pekçok subjektif şeyi objektif hale getirebilir. Nitekim ücretli kefalette güven, bazı kayıtlarla objektif hale gelebilmektedir.. Güven bir duygudur. Fakat bu duygunun sınırlarını yaklaşık olarak ortaya koymak mümkündür. Bir defa herkesin kefaletine güvenmek mümkün değildir. Sınâî ve ticârî hayatta kimlerin kefil olduğu ve bu hususta kimlere güvenildiği bellidir. Kefil olan şahıslar genel olarak fertler değil, banka ve benzeri tüzel kişilerdir. Bunların da ne kadar güvenilir oldukları yaklaşık olarak bilinmektedir. Ne kadar güven? sorusunun cevabı da objektif olarak bellidir. Ne kadara kefil olunmuşsa, güven de o kadardır. Güven konusu özellikle bankacık sektöründe sonradan anlaşmazlığa meydan vermeyecek biçimde bir problem olmaktan çıkmıştır. **Güvenle ilgili bütün soruların cevabını objektif olarak almak mümkündür. Objektiflik açısından uygulamada herhangi bir problem yoktur.**

Güven unsuru amele irca edilemese de, objektif olarak tesbit edilebildiği zaman, alımı-satımı caiz olan bir **menfaat** olarak değerlendirilmelidir. İslam hukukçuları arasında mala bağlı menfaatin satışı konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. İhtilaf, mücerret menfaatlerle ilgilidir.

Hanefîler'in haricindeki İslâm hukukçularına göre mal, kıymeti olan ve

64 Muhammed Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II, 1026.

telef edene tazmini lazım gelen her şeydir. Hanefiler, “mal”ın manasını, eşyaya, elle tutulur, gözle görülür, cirmi ve maddesi olan aynı şeylere hasretmiştir. Haklar ve menfaatler onlara göre “mal” değil, “mülk”tür. Hanefilerin dışındaki mezhepler ise hak ve menfaatleri “mal” kabul etmişlerdir. Çünkü eşyadan maksat, onun menfaatleridir; zâtı ve kendisi değildir. Burada menfaatten maksat, aynı eşyadan doğan faydalardır; evde oturmak, arabaya binmek, elbiseyi giymek vb. şeyler. **Hak** ise, İslam hukukunun kişi için kabul ettiği bir aidiyettir ki, kişiyi belirli bir selahiyeti kullanmaya veya bir şeyle mükellef olmaya ehil kılar. Bunlar malla ilgili haklar olabileceği gibi sırf şahsî haklar da olabilir.<sup>65</sup> Sırf şahsî haklar alım-satım konusu olamazken, sırf malî haklar alım-satım konusu olabilirler.

Modern hukukta, işgücü gibi özel bir sözleşmeye (iş sözleşmesine) konu olmayan, uyuşturucu madde gibi tedavülü da yasaklanmamış, parayla ölçülebilir her değer satılabilir.<sup>66</sup>

Satımın konusu sadece maddi şeyler değildir. Mülkiyete konu olmaya elverişli her türlü menkul ve gayri menkuller, alacak ve haklar; su elektrik ve gaz gibi doğal kuvvetler, bir miras payı, v.s. dahi satım akdinin konusunu teşkil edebilirler.<sup>67</sup> Eşyadan başka satım konularından söz edince, akla en başta -kıymetli evrakta cisimleşmiş olsunlar veya olmasınlar- alacak hakları gelir. Ama yalnız alacaklar değil, fikrî ve snâî haklar (maddi olmayan mallar), hatta hak bile oluşturmeyen üretim teknikleri (know how), müştire çevresi (good will), belgeler ve bilgiler, hatta dedikodu bile satılabilir.<sup>68</sup>

Eşyadan başka değerlerin satımında, tüm öğeleri, gerekleri ve yaptırımları ile daha çok eşya satımı için oluşturulan sorumluluk kuralları, doğrudan doğruya değil de, ancak dolaylı olarak (kıyasen) uygulanabilir.<sup>69</sup>

İslam Hukuku’nda son zamanlarda konuyla ilgili olarak en çok tartışılan mecelelerden birisi, “mücerret haklar”dan olan telif haklarının satılmasının caiz olup olmamasıdır. Fethî ed-Düraynî, Ebu’n-Nassen en-Nedevî, İmâdüddîn Halil, Vehbi Süleyman Gavcî, Vehbe ez-Zuhaylî gibi birçok bilgin, telif haklarının satılabileceğine hükmetmişlerdir.<sup>70</sup> Asrımızın önde gelen hukuk bilginlerinden Ahmed Mustafa ez-Zerkâ “Mal olsun, hukuk-ı mücerrede olsun, örfe değeri olan her şey satılabilir” demekle, kişilere mali yönden menfaat sağlayan her şeyin satılabileceğini vurgulamaktadır.<sup>71</sup> Zuhaylî gibi bazı bilginler telif hakları konusunda bu kurala uygun olarak

65 Zuhaylî, *İslâm Fıkhi*, V, 39-40.

66 Hatemî/ Serozan/ Arpacı, *Borçlar Hukuku - Özel Bölüm*, 67.

67 F.N. Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku - Akdın Muhtelif Nevileri*, I, 70.

68 Hatemî/ Serozan/ Arpacı, *age.*, 69.

69 Hatemî/ Serozan/ Arpacı, *age.*, 69.

70 Ekz. Heyet, *Hakku'l-ibtikar fi'l-fikhi'l-İslamî*

71 Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhi'l-âmî*, III, 122.

müsbet beyanda buldukları halde, ücretli kefalet konusunda aynı şekilde düşünmemektedirler. Bunun da yegane sebebi, kefaletin zamanımıza kadar bir teberru akdi olarak icra edilerek gelmesi ve faiz şüphesinden kurtulamamasıdır. Eğer konuya ücretli kefaletin kişiye malî yönden bir menfaat temin edip etmediğine baksaydı, belki kanaati değişebilirdi. Zira ücretli kefalet, şirketlere ihalelere katılma ve ihaleleri alabilme imkanını vermektedir. Aslen bir ücretli kefalet örneği sayılan teminat mektuplarında olduğu gibi. Eğer böyle bir kefalet olmazsa, şirketler, ne ihalelere katılabilirler ve ne de ihaleleri alabilirler.

Diğer taraftan güven karşılığında ücret alınmayacağı görüşünü ileri sürmek hiçbir nassa dayanmamaktadır.

Ücretli kefalette kefil, kefil olduğu kişi veya şirkete güven sağlamak suretiyle birçok mali muamelelere girebilme menfaatinin temin etmektedir. Konu güvene dayanan bir **menfaat satışı** olarak değerlendirilmelidir.

**3. Kefalet karşılığında ücret alınmamasının bir illeti de garardır.** Kefil yüz liralık bir borca on lira karşılığında kefil olsa, kefil bu on liranın kendisinde kalacağını hesap etmektedir. Ancak kefilin doksan lira kaybetmesi de muhtemeldir. Çünkü kefil on lirayı peşinen almış olsa bile, asilin örneğin iflas gibi sebeplerden dolayı borcunu ödememesi halinde, aslen onun borcu olan yüz lirayı ödeyecek, böylece doksan lira zarara girmiş olacaktır. Bu da garardır.<sup>72</sup>

#### **Tenkidi:**

Gerçekten ücretle kefalet akdinde böyle bir garar vardır. Ancak bu garar üç yönden akdin meşruiyetini ortadan kaldıracak ölçüde tesirli değildir:

a-Aynı seviyedeki garar mebî veya semenin sonradan teslim edilmesini gerektiren bütün akitlerde söz konusudur. Ancak selem vb. akitlerde bu ölçüdeki bir garar akdin sıhhatine zarar vermemektedir. Buralarda akdi ifsad etmeyen bir garar, ücretli kefalette de müessir olmamalıdır.

b-Adî kefalet akdinde de bu garar aynı ölçüde vardır. Adî kefalet akdinde ücret alınmamakla beraber, asilin iflası durumunda, kefilin asil adına ödediği meblağı alamama ihtimali olabilir. Ancak bu ihtimale dayanarak adî kefaletin caiz olmadığını hiç kimse ileri sürmemiştir. Gerçekte ücretli kefalette asilin iflası gibi durumlar daha az muhtemeldir. Durum böyle iken, adî kefaleti ifsad etmeyen bir ihtimal, ücretli kefaleti de ifsad etmez.

c-Genel olarak akitlerde gararın bir fesad sebebi olması cehaletten kaynaklanmaktadır. Cehaletin bir fesad sebebi olması ise, sözleşmeyi yapanları anlaşmazlığa ve nizaâ sürüklemesinden dolayıdır. Buna göre kişileri

72 S.M.E., Darîr, *Fâiz Oturumuyla İlgili Müzâkere Raporu, (İslâm Ticaret Kongresi)*, s.818.

nizaa götürmeyen cehalet, hukuken cehalet sayılmaz, cehalet olmayınca da garardan bahsedilemez. Ücretli kefalette kimin ne ile mükellef olduğu önceden bellidir. Asilin iflası gibi durumlar ise istisnaî hallerdir. Bu ihtimale binaen vadeli hiçbir akid fasid sayılamaz. Asilin iflası halinde de, hukuken asil, kefilin kendi adına ödediği meblağı ödemekle yükümlüdür. İflas borcu sona erdiren hallerden değildir. Asilin borcunu ödeyememesi durumu, akitteki garardan değil, harici sebeplerden kaynaklanmıştır.

Adî kefâlette borç miktarının, niteliğinin ve aynının bilinmemesi dahi, İslâm hukukçularının çoğunluğna göre kefaleti ifsad eden bir garar olarak nitelendirilmezken,<sup>73</sup> ücretli kefâlette iflas ihtimali gibi hususların akdi ifsad etmesi ileri sürülemez.

**4-Kefâlet karşılığında ücret almak, malı batıl yolla yemek demektir.** Kefil, asilin yüz liralık borcuna on lira mukabilinde kefil olsa, sonra asil bu borcunu ödemiş bulursa, kefil on lirayı hangi hakla alacaktır? Kefilin on lirayı alabilmesi için şer’i bir sebep bulunmamaktadır. Bu da batıl yolla mal yemek demektir.<sup>74</sup>

#### Tenkidi:

“Batıl yol” kamulatif bir kelime olup, İslam’da haram yollarla mal yemenin bütün çeşitlerini içine alır. “Batıl yol” faiz, kumar, rüşvet, hile ve benzeri yasakların tümünü içine alır, fakat onlardan farklı ve ayrı bir usul değildir. Yani tek tek, bütün haram yollar “batıl yol”dur, fakat bu yolların dışında başka bir haram yol bulunmamaktadır. Eğer bir şeyin “batıl yol” sebebiyle haram olduğu iddia ediliyorsa, mutlaka onun faiz, rüşvet, kumar ve benzeri haramlardan birine girmesi gerekmektedir. Ücretli kefaletin şer’an haram sayılan yollara girdiği isbat edilemezse, “batıl yol” yolu kullanılamaz.

**5-Kefâlet karşılığında ücret almak rüşvettir.** Rüşvet ise haramdır. Hatta böyle bir ücretin verilmesi kefâlette şart koşulsa, kefalet batıl olur.<sup>75</sup>

#### Tenkidi:

a-Öncelikle ne kefalet ücreti alanın ve ne verenin aklından, kefalet ücretinin rüşvet olması geçmemektedir. Niyet ve fiiliyatta bu işi yapanların konuya rüşvet nazarıyla bakmamaları, kefalet ücretinin rüşvet olarak mütalaa edilmemesi için yeterli bir delildir.

b-Rüşvet kişinin şahsen haketmediği bir hakkı alabilmek için önceden o hakkı kendisine verene karşılıksız olarak bir mal vermesi demektir. Rüşvet

73 Serahsî, *el-Mebsut*, XIX, 177; İbn Kudâme, *el-Mugni*, V, 72.

74 S.M.E.. Darir, *Mütakere Raporu* (İ.T.K.), s. 818.

75 Halil Güneş, *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, I, 131; Orhan Çeker, *Fıkıh Dersleri I*, 270.

olayında, hakkı verenin bu hakkı para karşılığında verme hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca verilen hak, kendisine ait olan bir hak değil, kendi eliyle dağıtılan bir haktır. Ücretli kefalette güven ve menfaat sağlayan doğrudan doğruya ücret alandır. Yine başkasına ait olan bir hakkı değil, kendi uhdesinde olan bir menfaati vermektedir. Bu iki cihetle kefalet ücretiyle rüşvet arasında herhangi bir benzerlik bulunmadığı gibi, birbirine zıt neticeler de ortaya çıkmaktadır. Rüşvette hak, ya tamamen ehliyetsiz birisine, yada daha ehliyetlisi varken, ondan daha aşağı seviyede bulunan birisine verilir. Böylece ehliyetli kimseye veya asıl hak sahibine zulmedilmiş olur. Ücretli kefalette ise hiç kimsenin hakkı yenmediği için, ortada zulüm ve haksızlık yoktur. Ayrıca kefil asile bir menfaat temin etmektedir ki, bu menfaat de kimsenin mülkü olmayıp, kefil tarafından asile bir nevi satılmış bulunmaktadır.

c-Rüşvet vermek için, rüşveti bulmak yeterlidir. Ücretle kefil olmak ise, sadece “kefil oldum” demekle mümkün olmayıp, kefil olduğu meblağı her an ödeme gücüne sahip bir malî imkanı gerektirmektedir. Bu da ancak sermaye ve girişimcilik sayesinde mümkün olabilmektedir.

**6-Tazminat karşılığında ücret almak caiz değildir.** Kefalet karşılığında ücret almak, tazminat karşılığında ücret almak demektir.<sup>76</sup> Bazı araştırmacılar ücretli kefaletin bir örneği olan teminat mektubunun “semere hasar karşılığıdır” (Bir şeyin nef’i zamanı mukabelesinedir)<sup>77</sup> kaidesi ile izah edilebileceğini söylemiştir. Bu kaide, Sahîhayn’da olmasa da, Tirmizî, Hâkim gibi birçok alimin sahih gördüğü bir hadistir. Ancak teminat mektubunun bu kaide ile izahı uzaktır. Çünkü bu hadisın anlamı şudur: Bir insan ber şeyin tazmin sorumluluğunu tamamen yükleniyorsa, bunun karşılığında o şeyin semerelerinden faydalanabilir. Ücretli kefaletin belli başlı örneği olan teminan mektubu ise böyle değildir. “Menfaat tazmin karşılığıdır” kaidesini şöyle anlamak lazımdır: Meselâ biri bir saat alıp bir hafta kullandıktan sonra saatte bir kusur bulup da geri verdiği zaman, satıcının bu kişiden bir hafta kullanma ücreti istemeye hakkının bulunmaması demektir. Satıcının böyle bir ücreti istemesi caiz değildir. “Menfaat, tazmin karşılığıdır”. Çünkü saat bu süre içinde kaybolsaydı, müşterinin satıcıya rücu etme hakkı olmazdı. Bu durumda zararın tamamını müşteri üstlenmektedir. Bu taahhüt karşılığında da müşteri saatten ücretsiz olarak faydalanma hakkına sahiptir.<sup>78</sup>

### Tenkidi:

Kefalet karşılığında ücret almak, tazminat karşılığında ücret almak demek değildir. Kefalet ücreti, güven ve menfaat karşılığıdır. Bizim

<sup>76</sup> Karadağî, *Müzakere Raporu (İ.T.K.)*, 432.

<sup>77</sup> *Mecelle Md.85.*

<sup>78</sup> el-Karadağî, *Müzakere Raporu (İ.T.K.)*, 431.

kanaatimize göre tazmin taahhüdü olmakla beraber, asile ekstra bir menfaat temin etmeyen kefalet karşılığında ücret almak caiz olmaz.

*8-Ücretli kefâlette, ücretin şer'î karşılığı bulunmamaktadır.* Mal, menfaat ve emek gibi bir şeyi vermeden ücret almak haksız bir kazançtır. Kefâlet, çalışmadan ve emek harcamadan gerçekleşmektedir.<sup>79</sup>

Diğer taraftan kefil, asil adına tazminat ödeyecek olursa, yüklendiği bir sorumluluk karşılığında asile rücu hakkına sahiptir. Evlâ olan kefaletin karşılıksız gerçekleşmesidir. Böylesi şüpheden daha uzaktır.<sup>80</sup> Kefil, ödediği tazminatı aldıktan sonra, fazlasını ücret olarak almak istediğinde bunun şer'î bir karşılığı bulunmamaktadır.

#### **Tenkidi:**

a-Kefalet ücreti, güven karşılığıdır. Güven de şer'î bir menfaattir. Dolayısıyla kefalet ücreti karşılıksız değildir.

b-Bu ücretin çalışmadan ve emek harcamadan elde edildiği doğru değildir. Çünkü kefalet karşılığında ücret alanlar, genel olarak banka düzeyindeki kuruluşlardır. Ancak böylesi müesseselerin kefaletleri kabul edilmektedir. Böyle bir müesseseyi kurmak ise büyük sermaye ve büyük çaba ister. Küçük bir sermaye ve az bir çalışma ile bu tür müesseseleri kurmak mümkün değildir.

c-Ücretli kefâlette, kefil, tazminatı ödemiş ise, asilden bunun bedelini alma hakkı vardır. Bunun dışında kefalet sebebiyle kendisine kazandırdığı güven ve menfaat karşılığı olarak ücreti de hakeder.

### **B-ZARURET VE İHTİYAÇ SEBEBİYLE KEFALET KARŞILIĞINDA ÜCRET VERİLEBİLECEĞİNİ SAVUNANLARIN GÖRÜŞLERİ**

1. Kefâlette asılan, bir teberru akdi olması sebebiyle karşılığında ücret almamaktır. *Fakat borçlunun kefile ihtiyacı olduğu zaman, meccanen kefil olacak birisini bulamazsa, borçlunun (asilin) kefile ücret vermesi caiz olur.* Ancak kefil için böyle bir zaruret ve ihtiyac söz konusu olmadığı için, onun ücret alması caiz değildir. Halil Güneç ve Zuhaylî'nin konuyla ilgili sözleri şöyledir:

“Meccanen kefil olacak birisi bulunmazsa, ihtiyacına binâen kişi, kefile ücret verilebilir ve mesul de olmaz. Ama ücret alan kefil Allah'ın indinde mesul olacaktır.”<sup>81</sup> “Kefil, kefaletine karşılık olarak bir ücretin veya bir

79 H. Güneç, *Faiz, Finans ve Borsa ile İlgili Bazı Meseleler, (İslâm Ticaret Kongresi)*, 258.

80 Zuhaylî, *İslam Fıkhı*, VI, 289.

81 H. Güneç, *Faiz, agm. (İslâm Ticaret Kongresi)*, s.258.



karşılığın sunulmasını şart koşacak olursa ve mekfûlün anlı (asil, borçlu) için iyilik olsun diye teberruda bulunacak kimseler aracılığı ile maslahatını gerçekleştirmeye imkân bulunmazsa, zaruret sebebiyle veya umumî ihtiyaç sebebiyle ona ücret ödemesi caiz olur. Çünkü ödeme halinde, meselâ okumak yahut da çalışmak maksadı ile ülke dışına yolculuk yapmak, askerliği te'cil etmek ve buna benzer birtakım maslahatlar askıda kalır. Bunun caiz olduğunu söylemenin esası şudur: Fakihler Kur'an-ı Kerim öğretmek ve dini gerekleri yerine getirmek gibi Allah'a yaklaşımcı ve itaat olan bir takım işlerin edası için ihtiyaç sebebiyle ücret ödemeyi caiz kabul etmişlerdir. Aynı şekilde hakkını elde edebilmek veya zulmü defedebilmek maksadı ile rüşvet vermeyi de caiz görmüşlerdir. Adına kefalette bulunulan (mekfulün anlı, borçlu) da bu kefalet vasıtası ile artık ücretli kefaletin kaçınılmaz bir yol olarak taayyün ettiği bir menfaat sağlamaktadır. Şu kadar var ki, bu yolun kötüye kullanılmaması yahut da karşılığı şart koşmakta ileriye gidilmemesi gerekir. Bu, kefaletin meşruluğunda esas olan teberru yönü gözetilerek yapılmalıdır.<sup>82</sup>

#### Tenkidi:

a-Yukarıdaki ifadelere göre ticari ihtiyaç, zaruret seviyesine irca edilmiş bulunmaktadır. Hamza Aktan'ın bu görüşle ilgili tenkidi şöyledir: "Günümüzde bazı müellifler kefaletin bir bedel karşılığı yapılmasını genel kuraldan bir sapma olarak değerlendirmektedirler. Borcu için bedelsiz kefil olacak bir kimse bulamayan borçlunun zaruret nedeniyle kefalet için bir ücret ödeyebileceği görüşünü taşımaktadırlar. Bu değerlendirme ticarî olmayan ve zarurî ihtiyaçlardan doğan ferdî borçlanmalar için doğru olabilir."<sup>83</sup> Ancak ticari ihtiyaçlar bir zaruret olarak ileri sürülemez. Zaten ticari ihtiyaç sebebiyle gerekli olan kefil bulmak da fiilen mümkün değildir. Hiç kimse ve hiçbir müessese, bir şahsın veya şirketin milyarlarca liralık borç yükümlülüğünü bir menfaat söz konusu olmadan kabul etmez. Bunun bir hayır tarafı da yoktur. Eğer ticari ihtiyaçlar bir zaruret olarak kabul edilecekse, aynı seviyedeki ihtiyaç faizli kredilerde de söz konusudur. Ticarete paraya ihtiyacın sonu yoktur. Her ihtiyaç olan yerde genel hükümden sapılarak zaruret hükümlerine sığınmak doğru olmaz. Bunun da sonu yoktur ve böyle bir anlayışa göze zaruret olarak mütalaa edilmeyecek herhangi bir konu da bulunmaz. Bu yol açıldıktan sonra, "bu yolun kötüye kullanılmaması gerekir" gibi tavsiyeler de, bu yolu kapatmaya yetmez.

b-Kefalet ücretini, "umumi ihtiyaçlar" sebebiyle caiz kılınan meselelere kıyas ederek, caiz görmek de doğru bir yaklaşım değildir.

Kur'an-ı Kerim öğretmek, müezzinlik ve imamlik yapmak gibi dini

82 Zuhayli, *İslam Fıkhı*, VI,289.

83 H. Aktan, *Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslâm Hukuku Açısından Bir Değerlendirme (İslâm Ticaret Kongresi)*,221.

gereklere yerine getirmek aslen Allah'a itaat ve O'na yaklaştancı ibadet manasını ifade etmekle beraber, ücretsiz olarak bu işleri yerine getiren kişilere, -işverenin emrinde iş için hazır bulunan ve fakat iş yapmasa bu sebeple ücreti hak eden ecîr-i hâs gibi- zamanlarını bu işlere tahsis ettikleri için ücret verilir. Kendilerine verilen ücret, ibadet sayılan bir işi yaptıkları için değil, zamanlarını bu işe ayırıp bir nevi bu işi organize ettikleri için kendilerine ücret verilir. Konu bu açıdan ele alındığında, ibadet işlerinde çalışanlara verilen ücretin zaruret ve umumî ihtiyaçla dahi alakası bulunmamaktadır. İbadet işlerinin zaruret ve umumi ihtiyaca alakası, bu işleri meccanen yapacak birisi bulunmadığı zaman söz konusudur. Genel olarak zaman içinde bu işleri meccanen yapacak kişiler de bulunmadığı için, birinci izah tarzından sarf-ı nazar edilse bile zaruret yoluyla bu kişilere ücret verilmelidir. Umumî ihtiyaç bunu gerektirmektedir. Kefalet sözleşmesi, karşılığında sevap kazanılan bir teberru akdi olduğu için, bu cihetle ibadet işlerine kıyas edilebilir. Ancak aslı itibarıyla kefalet dini bir iş değildir. Bir işte sevap var diye, bütün işleri ibadet manasında ele almak doğru değildir. Dolayısıyla bu işe ihtiyaç olsa bile, bu, din gibi umumi ilgilendiren bir iş olmayıp, bazı şahısları ilgilendiren bir iştir. Şahıs işleriyle, umuma ait dini işleri aynı seviyede tutmak doğru değildir. Kaldı ki günümüz ticaret hayatında teminat mektubu örneğinde olduğu gibi pratikte uygulanan ücretli kefaletin sevap ve hayırla da bir alakası yoktur.

c-Özellikle Zuhaylî'nin ifadesine göre, ücretli kefaletin cevazı sadece zaruret ve umumi ihtiyaca değil, şahsi maslahata da dayandırılmıştır. Okumak veya çalışmak maksadıyla yurt dışına çıkmak, askerliği tecil ettirmek gibi maslahatlar tamamen şahsî menfaatlardan ibarettir. Eğer bir kişi şahsen sahip olmadığı hakları elde etmek için, birilerine para vererek bu haklara sahip olabilirse, herkes bir yolunu bulur, haram-helal demeden birtakım haklar elde edebilir. Para vererek faiz almak da buna benzer bir şeydir. M.Akif Aydın'ın dediği gibi: "Kefalet karşılığında zarurete ve ihtiyaca dayanmak çok isabetli olmasa gerek. Bir kısım şirketlerin daha çok satış yapması, daha çok kâr etmesi için zaruret veya hacet yolunu açarsak, günümüzde bu kapıdan geçmeyecek herhangi bir işlem kalmaz."<sup>84</sup> Tabii ki bu tenkidimiz, kefalet ücretini caiz görmeme şartına bağlıdır. Eğer kefalet ücreti caiz görülürse o zaman bu durum **caiz olmayan bir yolla hak elde etme değil, bir bedel karşılığında menfaat elde etme** manasında olur. Şahsî maslahatlar hiçbir zaman haram olan bir şeyi mübah kılmayı gerektirmez. Malını zayı etme ve birçok haklarını kaybetme gibi haller zaruret hali olarak mütalaa edilebilir. Fakat olmayan bir malı kazanmak arzusu veya olmayan bir hakkı elde etmek düşüncesi, kesinlikle zaruret sayılamaz.

84 M.Akif Aydın, *Müzakere Raporu (İslâm Ticaret Kongresi)*, s. 787.

d-Kefalet ücretini, zararı ve tehlikeyi defetmek maksadıyla verilen rüşvete kıyas etmek de doğru değildir. Zaruret sebebiyle mübah görülen rüşvet, kişinin önceden kazanmış olduğu bir malı veya hakkı, onu haksız yere elinde bulunduran kişilen geri almak veya bu malı veya hakkı korumak için verilen şeydir. Kazanılmamış mal ve hakkı elde etmek için rüşvet vermek caiz değildir. Eğer kefalet ücretinin caiz olmadığı kabul ediliyorsa, rüşvete kıyas edilerek kefalet ücretinin caiz olduğunu ileri sürmek tatmin edici bir görüş değildir.

e-Zuhaylî ve Güneç, bir nevi, ne kefalet ücretinin caiz olmadığını ve ne de caiz olduğunu göğüslerini gere gere söyleyememektedirler. "Caizdir" deseler, geçmiş fukahanın "kefalet bir teberru akdidir" sözüne muhalefet etmiş olacaklar; "caiz değildir" deseler, bu sefer de "ücretli kefaletin zamanımız ekonomisinin bir gereği" oluşu cihetiyle gönülleri mutmain olmayacaktır. Bu psikolojik tavırla, zaruret ve umumî ihtiyaç kavramlarına sığınmış bulunmaktadırlar. Ancak burada bulunmalarını da mantikî olarak izah edememişlerdir.

### C. KEFALET KARŞILIĞINDA ÜCRET ALMANIN CAİZ OLDUĞUNU SAVUNANLARIN GÖRÜŞLERİ

Geçmiş hukuk bilginlerinin rağmına olarak, zamanımız araştırmacılarından bazıları, kefalet karşılığında ücret almanın caiz olduğunu ileri sürerek görüşlerini şöyle temellendirmektedirler:

**1. Rasûlüllah (s.a.) zamanında kefaletle vücut veren hadiseler ödeme gücü olmayan, genelde kendinin ve ailesinin ihtiyacı için borçlanan kişilerle ilgilidir. Kefaletle teminat altına alınmış borç miktarları da genelde aile ihtiyacı boyutundadır.**

Kefaletle ilgili olarak tesbit edilen hadislerden çıkan sonuç şudur: Kişi bazan zatî ve ailevî ihtiyacını gidermek ihtiyacından dolayı borca girebilir. Malî gücü zayıf olduğu için borcunu ödemedi acze düşebilir. Borçlunun ödemedi aciz kalması ihtimaline binaen alacağını garanti altına almak isteyen kişi, borçlunun bir kefil göstermesini isteyebilir. Bu durumda ihtiyaç içinde bulunan kişi, kefil bulamadığı takdirde ihtiyacı olan şeyi temin edemeyecektir. Bu nedenle kefil arayan kişinin borcuna kefil olmak ve onun ihtiyacının karşılanmasına vesile olmak bir fazilet sayılmıştır. Kefaletle teminat altına alınan borç için kefalet ücreti talep edilmemesi, işin yapısındaki hayır, iyilik ve yardımlaşma niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Zarurî ihtiyaçlardan kaynaklanmayan, tamamen kâr amacı güden ve hacmi milyarları aşan ticârî borçlanmalara kefil olmada, sevap, hayır ve yardımlaşma esprisi ikinci planda kalmaktadır. Hayır esprisi ancak adî kefalet

ilişkilerinde söz konusudur. Esas itibariyle kişilerin bireysel olarak, ticârî amaçlı büyük hacimde borçları tekeffül etmeleri mümkündür de değildir.

Günümüzde sınıf ve ticârî ihtiyaçlardan doğan, hacmi milyarları aşan ve bu nedenle teminat altına alınması için özel kurum ve kuruluşların vücut bulduğu borç ilişkilerindeki ücretli kefaletin en belirgin bir örneği olan teminat mektubunu, İslam'ın ilk dönemlerinde vaki olan ve tamamen zarurî ihtiyaçların giderilmesi ihtiyacından kaynaklanan borç ilişkilerindeki, temelinde yardımlaşma esprisini bulanan ve bireysel planda cereyan eden kefalet müessesesine kıyas etmek yanlış olur.<sup>85</sup>

### Tenkidi:

a-Rasûlullah (s.a.) zamanındaki kefaletin zâtî ve ailevî, teminat mektubuyla kefalet altına alınan günümüz borçlarının ise sınıf ve ticârî ihtiyaçtan kaynaklanması, iki tür kefaletin kaynak itibariyle farklı şeyler olduklarını gösterir. Bu, yerinde bir tesbittir.

b-Rasûlullah (s.a.) zamanındaki kefalette hayır, iyilik ve yardımlaşma esprisinin bulunduğu, ticari maksatlı kefalette ise böyle bir esprinin bulunmadığı şeklindeki tesbit de doğrudur.

c-Netice itibariyle, kaynak ve maksad bakımından birbirinden farklı olan bu iki kefaletin hükümlerinin de farklı olması tabii bir neticedir.

**2. Akitlerin teberru ve ivazlı diye iki kısma ayrılması, fukahanın kendi zamanlarında hakim olan örfü göredir.** Örf değişince, buna bağlı olarak hükmün de değişmesi gerekir. Dolayısıyla kefalet gibi bir akitin teberru akitlerinden ivazlı akitlere dönüştürülmesi mümkündür.<sup>86</sup>

### Tenkidi:

Akitlerin, teberru ve ivazlı akitler olmak üzere ikiye ayrılmasının örfü bağı olduğu doğrudur. Nitekim nasslarda da kefalet sözleşmesinin, teberru veya ivazlı akit olarak icrası konusunda herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Buna göre örfün değişmesiyle hükümlerde değişiklik olacaktır. Ancak kefalet akitinin ivazlı olması halinde faiz hükümlerinin cereyan edip etmemesi ihtimali üzerinde durulması gerekirdi. Çünkü kefalet akdi bir teberru akdi olarak icra edildiği zaman böyle bir endişe bulunmamakla beraber, ivazlı akit olarak icra edilmesi halinde böyle bir ihtimal söz konusudur. Bazan bir örfü bağı olarak ortaya konulan hükümler, bu örfün değişmesiyle aynı hükmü taşıyarak devam etmezler. Değişen örfü göre yeni hüküm alırlar. Değişen durumda önceden mübah olan bir şeyi sonradan haram kılan bir unsur bulunabilir. Böyle bir unsur bulunmadığı zaman, örfü bağı hükümlerin bağlayıcı olmadıklarını kabul etmek gerekir.

85 H. Aktan, *agm. (İslâm Ticaret Kongresi)*, 220-221.

86 M Abdülhalim Ömer, *Müzakere Raporu (İslâm Ticaret Kongresi)*, 376.

3. *Kur’anda kefaletin meşru bir akit olduğuna delil olarak gösterilen âyetlerde kefalet, kefil olunan kişilerden çok, kefilin menfaat sağladığı bir akit olarak göze çarpmaktadır.* Kefalet garantisi, su kabının bulunmasına vesile olursa kefalet karşılıksız kalmamış, su kabının bulunmasını sağlamakla bir menfaat temin etmiş olacaktır. Kefaletin dünyevi bir menfaat sağlamaması şartının vazgeçilmez bir prensip olmadığını, bu âyetin delaletiyle söylemek mümkündür.<sup>87</sup>

#### Tenkidi:

Geçmiş fukaha bu ayeti genel olarak kefaletin meşruiyetin bir delil olarak kullanmıştır. Konuyla ilgili âyetlerde kefil lehine bazı menfaatlerin gözetilmiş olduğunun tesbit edilmesi oldukça dikkat çekicidir. O zaman bu âyetler ücretli kefalet için de delil olarak kullanılabilir. Ancak âyetlerin sarih olarak bunun cevazından bahsetmemesi kesin delil olarak kullanılmalarına engeldir. Fakat bir ufuk belirlemesi bakımından da önemlidir.

4- *“Eski fukaha itibar karşılığında ücret alınabileceğini söylemişlerdir.* Örf değişmiştir, eskiden insanlar karşılıksız kefil olma gibi iyilikleri kolayca yaparken bugün bu davranış biçimi azalmıştır. Ayrıca bu muamele, aralarında insani ilişkilerin gelişmesi arzulanan fertler arasında değil, her işi mali işlemlerle ilgili olan kuruluşlar arasında gerçekleşmektedir.”<sup>88</sup> İtibar karşılığında ücret almaya eski fukaha cevaz verdiğine göre, itibar sahibi olan zamanımız kefillerinin de, ücret almasında bir sakınca bulunmamalıdır.

#### Tenkidi:

Hayır, iyilik yada çıkar düşüncesi olmadan hiç kimse itibarlı bir kişiye para vermez. İyilik düşüncesiyle birisine bir şey verilirse bu bir teberru sayılır. Çıkar düşüncesiyle verilirse, bu da genel olarak rüşvet çerçevesi içinde değerlendirilir. İtibarın meşru olarak kullanıldığı yer şirket-i vücûhtur. Şirket-i vücûhta sermayesi bulunmayan kişiler, toplumdaki itiarlarını kullanarak veresiye mal alıp peşin satmak suretiyle sermaye elde ederler ve bu sermayelerini çalıştırarak kâr elde ederler. Hanefî ve Hanbelîler’e göre böyle bir ortaklık sahihtir. Çünkü herbir ortak diğerini satma ve satın alma hususunda vekil tayin etmiştir. Ortaklardan her birinin satın alınan şeyin aralarında ortak olmak üzere ötekine vekâlet etmesi de sahihtir. Malikiler, Şâfiiler, Zahirîler, Leys b. Sa’d, Ebu Süleyman ve Ebu Sevr’e göre bu şirket batıldır. Çünkü şirket ya mala ya işe taalluk eder. Burada ikisi de bulunmamaktadır.<sup>89</sup> İtibar bir ortaklık sebebi değildir. Hanefîlerle Hanbelîler

87 H. Aktan, *agm. (İslâm Ticaret Kongresi)*, 221.

88 M. Abdülhalim Ömer, *Müzakere Raporu, (İslâm Ticaret Kongresi)*, 376.

89 Zuhaylî, *İslam Fıkhı*, VI, 80-81.

ortakların itibarlarını kullansalar bile borçlarının borç olduğunu ve her ortağın ödemeyi taahhüt ettiği borç miktarınca şirkete ortak olduğunu ve kârlarını da taahhüt ettikleri bu oranda alacaklarını kabul etmektedirler. Doğrusu burada alınan ve satılan bir itibar yoktur. Şirket adına tahakkuk eden borçların da diğer borçlardan hiçbir farkı yoktur. Ancak sermaye bulma konusunda ortaklar mevcut itibarlarından yararlanmaktadırlar. Haksız kazanç temin etmemek kaydıyla, insanlar Allah'ın bahşettiği her imkanı kullanmakta hür ve serbesttirler. Her ne kadar şirket-i vücûhta direk olarak itibar karşılığında objektif bir menfaat temin edilmiyorsa da, bir şekilde maddi menfaat temini yolunda kullanılmaktadır. Ücretli kefalette kefil itibarını objektif bir şekilde kullanmakta ve bunun karşılığında miktarı belli bir ücret almaktadır. Kanaatimizce kefil asile bazı objektif haklar kazandırmamış olsaydı, bu ücreti alması caiz olmazdı. Tek başına itibar kullanımı, objektif ve belirli bir şekilde maddî menfaat temini için yeterli bir kaynak olamaz. Ancak bu itibar, karşı tarafa objektif bir menfaat temin ediyorsa, o zaman itibarın değil, fakat itibarın büyük rol oynadığı bu menfaatin karşılığını almak caiz olurdu. Bu durumda karşılıklı olarak birbirine denk sayılan iki menfaat vardır. Bunlar birbirinin karşılığıdır.

*5-İstihsan deliline göre kefalet karşılığında ücret almak caiz olmalıdır.* “Kur’ânî hükümlerden, birbirine benzer gibi görünen olaylarda bunları birbirinden ayırıcı özelliklerin bulunup bulunmadığına dikkat etmek, olaylara her zaman kategorik, genellemeci ve kuralcı yaklaşmamak, ayırıcı özellikler mevcutsa olayın taşıdığı özelliğe göre farklı hüküm vermek gerektiği anlaşılmaktadır. Başka türlü ifade edecek olursak sathî bir nazarla bakıldığında genel kuralın çerçevesine girer gibi görünmesine rağmen dikkatle incelendiğinde ayırıcı özellikleri bulunan olayları genel kural çerçevesine almaya çalışmanın, yani kıyas yapmanın hatalı olacağı anlaşılmaktadır. Bu gibi durumlarda doğru olan, özelliği bulunan olayları kendi özelliği içinde değerlendirmek, yani istihsan yapmaktır.”<sup>90</sup> “Kanaatimizce günümüz ticaret hayatında teminat mektubu adıyla uygulanmakta olan kefâlet müessesesinin bir bedel karşılığı yapılması ne zaruret ve ne de umumî ihtiyaç nedeniyle temel kuraldan bir sapmayı ifade eder. Başka bir deyişle kıyasa aykırılığı ifade ettiği halde şartların zorlamasıyla verilmiş bir zaruret hükmü değildir. Teminat mektubu kişinin zaruri ihtiyaçlarından doğan borçlarla ilgili olarak sevap, dayanışma ve hayır maksadı güden kefâlet müessesesinden farklı bir yapıya sahiptir. Zaruri ihtiyaçtan kaynaklanmayan, hacmi itibariyle fertlerin tekeffül gücünü aşan kâr hedefli sînâî ve ticarî borçlanmaları garantileyen niteliğiyle teminat mektubu klasik kefâlet müessesesinden farklıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse klasik kefâlet müessesesinden ayrılan özellikleriyle teminat mektubu için verilen cevaz hükmü bir zaruret hükmü olmayacak,

90 H. Aktan, *agm. (İslâm Ticaret Kongresi)*, s.211-212.

teminat mektubuna has bir hüküm, bir istihsan hükmü olacaktır.”<sup>91</sup>

### Tenkidi:

Kanaatimize göre ücretli kefaletin çağdaş bir örneği olan teminat mektubu karşılığında ücret alınmasını istihsana dayandırmak doğru değildir. İstihsan, her zaman zaruret ve umumî ihtiyaç sebebiyle olmasa bile, Hamza Aktan’ın ifade ettiği gibi en azından kendisinde mevcut olan ayırıcı özellikler sebebiyle benzerleri için uygulanan temel kuraldan sapma manasını ifade eder. Yani bu durumda ücretsiz kefalet asıl, ücretli kefalet ondan bir sapma manasını taşıyacaktır. Kanaatimizce ücretli kefalet, bey’ ile hibe, icâre ile âriyet birbirlerinden ne kadar farklı müesseseler ise, ücretsiz kefalet ile ücretli kefalet birbirlerinden bu kadar farklıdırlar. Bizi yanıltan tek husus, ücretli kefaletin zamanımıza kadar hiç uygulanmamış olması ve on dört asır sonra uygulanmaya kalkınca da onu ücretsiz kefalet tabi bir akit gibi mütalaa etme ihtiyacının hissedilmesidir. Modern hukukta kefaletle, üçüncü kişinin fiili birbirinden farklı müesseseler olarak ele alındıkları gibi, İslâm hukukunda da ücretsiz kefaletle ücretli kefalet birbirinden farklı müesseseler olarak ele alınmalıdır. Hatta gerekirse ücretli kefalet için kefalet dışında başka bir kelime kullanılmalıdır. Ta ki ücretli kefalet, ücretsiz kefaletten sapma manasını ifade etmesin. Bize göre ücretli kefalet kendine has özellikleriyle müstakil bir hukuk müessesesidir. Karşılığında ücret alınması istihsana değil, kıyasa daha uygundur. Çünkü ücret güven karşılığında alınmaktadır. Bu da menfaatin menfaat karşılığında satımı demektir. Ve bu bir istihsânî hüküm değildir.

## V. İVAZLI OLUP OLMAMASI BAKIMINDAN BİR BİRİNİN MUKABİLİ OLAN AKİTLER

Genel olarak ivazlı akitlerin karşısında, teberru akdi olarak kabul edilen ivazsız benzerleri bulunmaktadır. Ücretli kefaletin daha iyi anlaşılabilmesi için, böyle bir karşılaştırmanın yapılmasını zorunlu görüyoruz:

Bir malın para karşılığında satılmasına **bey’** (satım) , para istenmeksizin meccanen verilmesine **hibe** denir. Bunların her ikisi de caizdir.

Bir mal para karşılığında veresiye satılırsa, bu satışın ismi **vadeli satıştır**. Para şeyin, mal veresiye olursa (burada malın misli mallardan olması şarttır), bu satışın ismi **selemdir**. Vadeli satış da, seleme de caizdir. Eğer bunların vadeli olan bedelleri şart koşulmazsa bu akitler hibe hükmünü alırlar.

İki mal, peşin olarak değiştirilirse, bunun ismi **mukâyada satıştır**. Bu iki mal kıyemi mallar cinsinden ise fazlalıklı olarak değiştirilebilirler. Fakat

91 H. Aktan, *agm. (İ.T.K.)* s.222.

misli mallardan iseler, alış-verişin eşit ve peşin olarak yapılması gerekir. Eğer mallardan biri az diğeri çoksa, meselâ 100 kilo buğdayla, 150 kilo buğday değiştiriliyorsa, 50 fazlalık **faiz** sayılır. Yine 100 kilo buğday ile 100 kilo buğday , veresiye olarak değiştiriliyorsa, buradaki zaman farkı da **faiz** olarak nitelendirilmiştir. Eğer bu mallar karşılıksız olarak veriliyorsa, **hibe** sayılır.

Paranın para ile değiştirilmesine **sarf** denir. Bu akitte paralar aynı cins ise, para miktarlarının eşit ve peşin olması gerekir; bir taraftaki fazlalık **faiz** sayılır. Para cinsleri ayrı ise, akdin peşin olarak icra edilmesi gerekir. Eğer birisinin daha sonra teslim edilmesi şart koşulmuşsa bu da **faiz** olarak telakki edilmiştir. Paranın meccanen verimesi **hibe** sayılır.

Bir malın menfaati bedel karşılığında verilirse, bunun adı **kira** olur. Böyle bir malın menfaatinin bedelsiz verilmesine ise **âriyet** denir. Kira karşılığı ve âriyet olarak verilen malların, kendilerine bağlı menfaatleri vardır. Kira bu menfaatin karşılığıdır. Menfaat karşılığında bir şey istenmezse, o zaman bu, menfaatin hibesi şeklinde ortaya çıkar ki, bunun adına da âriyet denilmiştir. Bir mal âriyet olarak verilmişse, menfaatinden istifade edildikten sonra aynıyla geri verilir.

Bazı mallar tüketilmek suretiyle kendilerinden istifade edilir. Mesela para harcanır, ekmeğ yenir, buğday tüketilir. Bu malların ayınlarından başka, onlara bağlı olan ekstra bir menfaatleri yoktur. Tüketilmek suretiyle kendilerinden istifade edilen malların zatlarına bağlı ekstra bir menfaatleri olmadığı için, bu menfaatlerin bedel mukabilinde satılması uygun görülmemiştir. Fakat vade sebebiyle bu mallar karşılığında bir fazlalık istenirse, bunun adı **faiz** olur. Bu malların bir bedel istenmeksezin birisine verilmesi halinde, geri verilirken aynıyla değil, misliyle ödenmesine ise **karz** denir. Karz akdinde malın aynıyla ödenmesi mümkün değildir. Çünkü malın kendisi tüketilmeden ondan istifade etmeye imkan yoktur. Geri ödeme durumunda bir anlaşmazlık çıkmaması için, bunun sadece misli mallarla sınırlandırılması uygun görülmüştür. Sadece hayvanlar konusunda mezhepler arasında ihtilaf vardır.

İnsan yaptığı bir iş (amel) karşılığında ücret isteyebilir. Bu bedelin adı **ücret**dir. İş (amel) bedelsiz olarak da yapılabilir. O zaman bunun adı, iş **yardımı** veya **ücretsiz amel** olur.

Bir kişi başkasının yapması gereken bir işi, onun adına onun emir ve isteğiyle ücretli veya ücretsiz olarak yapabilir. Bu işi ücretle yaparsa **ücretli vekâlet**, karşılıksız ve bedelsiz olarak yaparsa **ücretsiz vekâlet** olur. Her ikisi de caizdir.

Bir kişi başkasının sermayesini ya ecîr, yada ortak sıfatıyla çalıştırabilir. Ecîr (işçi-memur) sıfatıyla birisinin sermayesini çalıştıran kişi bunun karşılığında **ücret**, ortak sıfatıyla çalıştırsa **kârdan muayyen** bir



**oranı** almayı hak eder. Bir kişi başkasının sermayesini, kârı sermaye sahibine ait olmak üzere meccanen de çalıştırabilir. Buna da **bidâa** denir. Bunların hepsi caizdir.

Vedîayı (korunması için başkasının yanına bırakılan şeyi) korumak ücretsiz olabileceği gibi, koruma karşılığında ücret de alınabilir. Ücret alınanan vedîada icare hükümleri caridir. Buna göre **ücretli vedîanın** hükümleri başka, **ücretsiz vedîanın** hükümleri başkadır. Ancak her ikisi de caizdir.

Mecelle'de **havale**; “Deyni (borcu), bir zimmetten diğer bir zimmete nakletmektir”<sup>92</sup> şeklinde tarif edilmiştir. Bu manada havale bir çeşit borç ödeme yoludur. Havale bir satım akdi olmamakla beraber, bir cihette borcun satışı manasını da ifade etmektedir. Fukaha borcun satışı manasında havale işlemi yapıldığı zaman, öncelikle **faizin gerçekleşmemesi** üzerinde durmuşlardır. Fukaha borcun hibesini de, hibe kuralları çerçevesinde caiz görülmüştür. Havale, aslen bir bey( satım) akdi olmamakla beraber, bey’ akdine benzediği hususlarda satım kurallarına uyulmasının gerekliliğinden bahsedilmiştir. Burada konumuz itibariyle havalenin önemi, hukukçular tarafından hem **ivazlı**, hem de **teberru** akitleri çerçevesinde çerçevesinde incelenip iki cihetle de caiz görülmesidir.

Prensip olarak İslâm Hukukunda mal, menfaat ve hakkın, hem bir bedel karşılığında satışı, hem de bedelsiz olarak devri caizdir. Akdin unsurlarından olan taraflar, îcab ve kabul, mevzûun mevcut veya mümkün olması, belirli olması ve hukukî tasarrufa elverişli olması gibi hususlarda bir eksiklik olmaması halinde, bedelli akitlerde üzerinde en çok durulan husus, faizin tahakkuk etmemesidir. Kefalet konusundan sarfı nazar edildiğinde, her çeşit muamelenin hem bedellisi, hem de bedelsizi bulunmaktadır. Bir akdin bedelsiz olarak icra edilmesi, onun bedelli olarak icra edilmesine mani değildir. Bir akdin teberru akdi sayılması da, onun bedelsiz olarak icra edilmesinden kaynaklanmaktadır. Hiç kimse kendisinin vereceği veya sağlayacağı mal, menfaat veya hakkı bedelsiz olarak vermek mecburiyetinde değildir. İslâm hukukçuları, ihtiyaca binaen yukarıda sözünü ettiğimiz mülkiyeti devir işlevini gören bütün bedelli ve bedelsiz akitlerden söz etmişler ve bu akitlerin bedelli olarak icra edilmesi halinde en çok **faizin tahakkuk etmemesi** gereği üzerinde durmuşlardır. Bedelsiz bir akit bedelli olarak icra edildiği zaman, akdin mahiyeti değiştirmekte, hakkında yeni şartların tahakkuku gerekli görülmekte, özellikle faizin tahakkuk etmemesi cihetine bakılmaktadır.

Mevzumuz itibariyle kefâlete en çok benzeyen akit, havaledir. En önemli özellikleri itibariyle kefâlet de, havale de borcu güven altına alan

<sup>92</sup> Mecelle, Md. 673.

akitlerdendir. Havale, bir bey' (satım) akdi değildir. Ancak havale, borcu veya hakkı satma manasını ifade etmesi bakımından satım akdine benzemektedir. Kefâlete benzer, fakat kefalet de değildir. Kabz vekâletine veya edâ vekâletine benzer, fakat bir vekâlet akdi de değildir. Teberrunun bazı niteliklerini taşıdığı gibi, karşılıklı muâvaza niteliklerini de taşımaktadır. Havale, bütün bu benzerliklere uygun hükümler taşımakla beraber, şartları ve sonuçları itibariyle benzediği akitlerden tamamen farklı özel bir akitir.

Kefalet de, en çok havaleye benzer; çünkü borç konusunda borçlunun zimmetinin dışında başkasının zimmetin de sorumluluğunu gerektirir ve borcu güven altına alır. Fakat havale değildir. Satım akdine benzer; çünkü menfaatin bir bedel karşılığında satımını ihtiva eder. Fakat satım akdi değildir. Karza benzer; çünkü kefil asilin borcunu öderse ona bu parayı borç vermiş gibidir. Fakat karz değildir. Edâ vekâletine benzer; çünkü kefil asilin borcunu ödeme konusunda onun vekili hükmündedir. Fakat vekâlet değildir. Rehine benzer; çünkü rehin de borcu güven altına alan bir akitir. Fakat rehin değildir. Havale gibi kefâlet de, benzediği akitlere uygun hükümler taşımakla beraber, şartları ve sonuçları itibariyle hepsinden farklı özel bir akitir. Bu akdi, benzediği akitlerden birisini esas alarak, tamamıyla o akde irca etmeye kalkışmak ve irca edilmek istenen akdin bütün şartlarına uymadığı için bu akdi (ücretli kefaleti) reddetmek doğru bir hareket değildir. Ücretli kefâlet, sadece diğer akitlere benzediği yerlerdeki benzerlikleri itibariyle onlara kıyas edilmeli, kendisine mahsus olan özelliklerinin tamamını bu kıyas işleminin dışında tutulmalıdır. Meselâ konuya karz akdi açısından yaklaşıldığında, sadece kefilin asil adına tazminat ödemiş olması halinde, bu işlem sebebiyle bir fazlalık talep edip etmediğine bakmak lazımdır. Bugün bankalar bu işlem sebebiyle faiz almaktadırlar ve İslâm Hukuku açısından buna cevaz vermek mümkün değildir. Eğer kefilin, kefil olurken talep ettiği ücret de asil adına tazmin ettiği para ile birlikte düşünülürse, bu yanlış olur. Çünkü bu ücret kefilin asile sağladığı güven karşılığıdır. Burada da satım hükümlerine bakılmalıdır.

Diğer bedelli akitlerde olduğu gibi, ücretli kefalet akdinde de en çok dikkat edilmesi gereken husus, faizin tahakkuk edip etmemesidir. Ancak bunu yaparken kefalet akdini sadece benzediği cihet itibariyle diğer akitlere kıyas etmek gerekir. Aksini yapmak yanlış olur.

Bedelli-bedelsiz olma bakımından birbirine benzer her konuda farklı akitler vardır. Ancak günümüze kadar ihtiyaç olmaması sebebiyle, kefâletin ücretli olanı üzerinde ciddi manada durulmayıp, biraz da hayır düşüncesine zıt olduğu için temelde böyle bir şeyin yanlış olduğu kanaatine varılmış; yanlışlık sebebi olarak da ilk hatıra gelen şey ileri sürülmüştür.

Bütün teberru akitlerinin ivazlı bir karşılığı bulunduğu gibi, aslen bir teberru akdi olan kefâletin de bedelli bir karşığı bulunmalı ve bunun bazı şartları ücretsiz kefaletten farklı olmalıdır.

## VI. ÜCRETSİZ KEFLALET İLE ÜCRETLİ KEFALET ARASINDAKİ FARKLAR

Yukarıda yer yer ücretli kefaletin caiz olması halinde mahiyet ve neticeleri itibariyle bu iki akdin birbirinden farklı şeyler olması gerektiğini vurgulamış, ayrıca ivazlı-ivazsız oluşu bakımından birçok akdin farklı isimle anılacak kadar farklılık arzettiğine dikkat çekmiştik. Ücretsiz kefaletle ücretli kefalet arasında da mahiyet itibariyle bu ölçüde bir fark bulunmaktadır. Bu farkları şu şekilde tesbit etmek mümkündür:

1-Ücretsiz kefaletin **kaynağı**, zafî ve ailevî ihtiyaçlardan doğan borçlardır. Ücretli kefaletin **kaynağı**, hacmi milyarları aşan sınaî ve ticari ihtiyaçlardan doğan borçlanma ve güven ihtiyacıdır. Ücretsiz kefalette asilin derdi geçim sıkıntısı, ücretli kefalette ise daha fazla kârdır.

2. Ücretsiz kefalette **hayır ve iyilik maksadıyla** geçim sıkıntısı içinde olan ihtiyaç sahibine yardım etmek düşüncesi hakimdir. Ücretli kefalette taraflarda, hayır ve iyilik düşüncesi yoktur; iki taraf da birbirinden maddi olarak  **faydalanmayı düşünmektedir.**

3-Ücretsiz kefalette **kefil olanlar**, hayır ve iyilik yapacak kadar, borçluya nisbetle malî durumu biraz daha iyi olan kimselerdir. Ücretli kefalette kefil olanlar, genel olarak şahıslar değil, banka ve benzeri finans kurumlarıdır. Ücretsiz kefil şahıslar; ücretli kefil kuruluşlardır.

4-**Kefil olunan miktarlar** bakımından iki kefalet arasında çok büyük farklar vardır. Ücretsiz kefalette kefil olunan borç, kısa bir müddet için bir ailenin ihtiyaçlarını karşılayacak ölçüde az bir miktardır. Ücretli kefalette ise bu miktar milyarları, hatta trilyonları bulur.

5-Ücretsiz kefalet bir **teberru** akdidir. Teberru akitlerindeki genel hükümler ne ise, ücretsiz kefalette de bu hükümler hakimdir. Ücretli kefalet **ivazlı** bir akittir. İvazlı akitlerdeki genel hükümler ne ise, ücretli kefalette de bu hükümler hakimdir.

6-Ücretsiz kefaletin **meşrûiyet delili**, Kur'an ve sünnettir. Ücretli kefaletin Kur'an ve sünnetten sarîh olarak bir delili bulunmamakla beraber, kefaletin meşrûiyetini gösteren ayetin delâletinden, kefalet akdinde kefil lehine menfaatin şart koşulabileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca ücretli kefaletin meşrû olmayacağına dair bir delil bulunmamaktadır. Bu durumda ücretli kefaletin en açık delilleri, farklı değerlendirmelere göre kıyas, istihsan ve "Eşyada aslanan ibahadır"<sup>93</sup> şeklinde ifade edilen kuraldır..

93 Zekiyüddin Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 218

7-Ücretsiz kefalette, kefil kefalet akdi sebebiyle **herhangi bir menfaat temin etmemekte**, ücretli kefalette ise kefil bu işi bir ücret karşılığında yapmakta, dolayısıyla kefil bir menfaat temin etmektedir.

8-Ücretsiz kefalette **asıl maksat**, asilin borcunun ödenmesini garanti altına almaktır. Borçlunun da alacaklının da istediği tek şey budur. Ücretsiz kefalette asıl maksat, borcun ödenmesini garanti altına almak değil, borçlu konumda olan şahsın ihalelere katılma veya ihaleyi alabilme hakkını elde etme imkanının sağlanması gibi bazı menfaatlerin temin edilmesidir.

9-Ücretsiz kefalet, sadece borcun ödenmesini garanti altına alır. Ücretli kefalet ise bu garantinin yanında, borçluya mali niticeleri olan bazı haklar sağlar. Ücretli kefalette ana maksat budur.

10-Ücretsiz kefalet, asıl maksadı, asilin borcunu garanti altına almak şeklinde ortaya çıkan bir **yardımlaşma** akdidir. Ücretli kefalet böyle bir garantinin yanı sıra, daha çok menfaat satışının gerçekleştiği bir akitir. Çünkü kefil, asile **güven satmak** suretiyle ona bazı mali haklar sağlar, asil de buna mukabil kefile ücret verir. Bu özelliği itibarıyla ücretli kefalet, bir teberru akdi olan ücretsiz kefaletten ziyade, satım akdine benzer. Kefalet ikinci derecede önemi olan bir unsurdur.

11-Ücretsiz kefalette, alacaklı kefil istediği için kefil göstermeye **ihtiyaç** duyulmuştur. Ücretli kefalette ise öncelikli olarak borçlunun kefile ihtiyacı vardır. Çünkü kefil bulamazsa birtakım haklardan yararlanamayacaktır. Alacaklının kefil istemesi ikinci derecede önem arzeder.

12-Ücretsiz kefalet, **pratik olarak** ya borç tahakkuk ettikten sonra, yada tahakkuk etme şartına bağlı olarak icra edilir. Borç doğmadan veya doğma şartları tam olarak tahakkuk etmeden ücretsiz kefalet pratik olarak tatbik edilmez. Ücretli kefalette durum bunun aksinedir; borçlu kefil bulamazsa bazı mali haklardan yararlanamayacağı için muhatabı meçhul olan alacaklı lehine kefil bulur, sonra buna bağlı olarak bazı haklar elde eder. Bir nevi ücretsiz kefalette “Borcun olsun ki sana kefil olayım” prensibi hakim iken, ücretli kefalette “Bana kefil ol ki borç alacağım birisini bulayım” prensibi hakimdir. Bu prensibin gereği olarak önceden tahakkuk eden borçlar için, sonradan kefil olma durumu pratikte söz konusu değildir.

13-**Şartları bakımından** ücretsiz kefalet ile ücretli kefalet arasında bazı farklar vardır. Bunlardan bir kısmını şöyle sıralayabiliriz:

a-Şafililer, borcun kefalet zamanında zimmette sabit olmasını şart koşarlar. Hanefiler, Malikiler ve Hanbeliler ileride sabit olacak bir borca kefil olmayı kabul ederler. Ücretsiz kefalette aslolan, borcun önceden zimmette sabit olmasıdır. Ücretli kefalette önceden zimmette sabit bir borca kefil olmak **sahih** olmamalıdır. Böyle bir durumda sadece borcu garanti altına almak söz konusudur, ücret karşılığında ekstra bir menfaat temini söz konusu olamaz.

Halbuki ücretli kefalette ücret, bir menfaat karşılığı olmalıdır.

b-Ücretli kefalet asile, askerliği te'cil etmek, bir okulda okumak, yurt dışına çıkmak, ihaleye katılmak, ihaleyi almak gibi objektif bir menfaat temin etmelidir. Çünkü ücret bu menfaatin karşılığıdır. Sadece borcu garanti altına alan kefalet sebebiyle ücret alınmaz. Alırsa karşılığı olmayan bir fazlalık olur. Karzda borcun geri ödenmesi konusunda bir risk vardır. Fakat bu risk sebebiyle ücret almak caiz görülmemiştir. Kefaletle de aynı ölçüde bir risk vardır. Sadece bu risk sebebiyle ücret alınmaz. Ücret menfaat karşılığıdır. Bunun da objektif olarak bilinmesi gerekir.

c-İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, malî kefalette borç miktarının, niteliğinin ve aynının bilinmesi şart değildir. Kefaletle kolaylık esas olduğu için, bu cehalet akdin sıhhatine zarar vermez. Fakat ücretli kefalette borç miktarının (daha doğrusu sonradan sabit olacak olan borç miktarının) bilinmesi şarttır. Kefalet ücreti de buna göre tayin edilmektedir. Ücretli kefalette bu tür bilgisizlik anlaşmazlığa sebebiyet verir. Anlaşmazlığa sebebiyet veren cehalet ise akdin sıhhatine manidir.

d-Şafilere ücretsiz kefalette asilin rızası şart değildir. Önemli olan kefilin kendi rızasıyla bir iyilik yapmak istemesidir.<sup>94</sup> Ücretli kefalette asilin rızası mutlaka gereklidir. Çünkü bu kefalet asile ücret ödeme yükümlülüğünü getirmektedir.

Ücretli kefaletin farklılığını ortaya koyan daha başka şartlar da vardır. Burada sadece önemli olanlarına dikkat çekmek istedik.

---

94 Zuhaylî, *İslâm Fıkhı*, VI, 273.

## SONUÇ

1. Modern hukukta akitlerle ilgili hükümler, İslâm hukukunun tanıdığı haram-helal kavramları açısından incelenmediği için, kefalet ücreti konusu önemli bir problem değildir. Ancak modern hukukta da kefaletin ücretsiz olarak yapılması asıldır.
2. Modern hukukta asilin borcuna ilişkin her garanti, kefalet olarak telakki edilmeyip bazı kıstaslar çerçevesinde bazı garantilerin üçüncü kişinin fiilini taahhüt kısmına gireceği kabul edilmiştir.
3. İslam hukukunda kefalet akdinin şartlarına tam olarak uymayan yol tehlikesi kefaletinden bahsedilmiştir. Ancak ihtiyaç olmaması sebebiyle yol tehlikesi kefaleti üzerinde ayrıntılarıyla durulmamış, hatta kefaletle mukayesesi dahi yapılmamıştır.
4. Yol tehlikesi kefaleti ücretsiz olduğu halde, mahiyeti ve neticeleri itibariyle kefalet akdine nazaran farklı bir yapıya sahiptir. Yol tehlikesi kefaleti modern hukuktaki üçüncü kişinin fiilini tahhüde benzemektedir.
5. İslâm hukukunda ücretsiz kefalet (adî kefalet), ücretli kefalet ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt (yol tehlikesi kefaleti), ayrı müesseseler olarak ele alınmalı ve herbirine ilişkin şartlar ve hükümler bu ayırım esas alınarak tesbit edilmelidir.
6. Kefaletin, günümüze kadar bir teberru akdi olarak icra edilmesi, günümüzde ücretli olarak icra edilmesine mani değildir. Bütün akitlerinin, ivazlı olan benzerleri bulunduğu gibi, kefaletin de ivazlı bir şekli olmalıdır. Teberru akitleri ivazlı olarak icra edildikleri zaman, şartlarında önemli değişiklikler olmakta, birçok sefer isimleri dahi değişmektedir. Bir teberru akdi olan kefaletin ivazlısı ücretli kefalet akdidir. Faiz ve benzeri haram unsurlar tahakkuk etmedikçe, bu akdin caiz olması gerekmektedir.
7. Ücretli kefalet, borcu garanti altına almaktan çok, kefalet sebebiyle kefile maddi menfaat temin eden bir akittir. Ücret almayı caiz kılan unsur da budur. Eğer ücretli kefalette böyle bir menfaat yoksa, ücret almak caiz olmaz ve bu akit teberru akdi olan kefalet kısmından sayılır.
8. Ücretli kefalette alınan ücret faiz değil, kefalet vasıtasıyla kefile objektif olarak sağlanan menfaatin karşılığıdır.
9. Ücretin karşılığı olan menfaat, kefile malî haklar kazandıran güvendir. Objektif olarak tayin ve tesbiti yapılabildikten sonra İslam hukukunda asıl ve usul itibariyle meşrû olmak kaydıyla, her türlü mal, menfaat ve mücerret haklar satış konusu olur. Burada ücret, kefalet vasıtasıyla sağlanan bazı malî haklar karşılığıdır.
10. Mahiyeti ve neticeleri itibariyle ücretli kefalet, adî kefalet akdinden farklı bir müessesedir. Ancak bu müesseseye olan ihtiyaç yeni yeni zuhur ettiği için, şartları ve hükümleri konusunda yeni araştırmalara ihtiyaç vardır.

## BİBLİYOGRAFYA

- Aclûnî, İsmail b. Muhammed, Keşfu'l-hafâ, Beyrut 1351.
- Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, İstanbul 1981.
- Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri, 11. Bası, İstanbul 1995.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul 1995.
- Buhârî, Ebû Abdillâh b. İsmail, el-Sahih, İstanbul 1981.
- Cezîrî, Abdurrahman, Kitâbu'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erbaa, Beyrut 1990.
- Çeker, Orhan, Fıkıh Dersleri I, İstanbul 1994.
- Ebu Davud, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî, es-Sünen, İstanbul 1981.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku-İkinci Kısım, 3. Baskı, İstanbul 1978.
- Günenç, Halil, Günümüz Meselelerine Fetvalar, İstanbul 1987.
- Halebî, İbrahim, Mülteka'l- Ebhur, Tah.Vehbi Süleyman, Beyrut 1989.
- Hamidullah, Muhammed, İslâm Peygamberi, Çev:Salih Tuğ, 4.Baskı, İstanbul 1980.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Boçlar Hukuku-Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Hey'et, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, İstanbul.
- , I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi (İslâm Ticaret Kongresi), Konya 1997.
- , Hakku'l- ibtikâr fi'l- fikhî'l- İslâmî, Beyrut 1404.
- Hindî, Alâuddîn Ali el-Müttakî b. Hüsâmüddin, Kenzu'l- ummal, y.y, 1979.
- İbn Abidîn, Muhammed Emin, Reddu'l-muhtar ale'd-dürri'l-mutar ala metni tenvirî'l- ebsâr (İbn Abidin), Beyrut 1987.
- İbn Kudâme, Abdullah b. Ahmed, el-Mugnî, Beyrut 1992.
- , el-Kâfi fi fikhî'l-İmam Ahmed b. Hanbel, Beyrut 1992.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni, es-Sünen, İstanbul 1981.
- İbnü'l-Münzir, Ebû Bekr Muhammed b. İbrahim, Kitâbu'l- İcmâ', (Çev:Abdülkadir Şener), Ankara 1983.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim, el-Bahru'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik, Mısır 1311.
- İbn Teymiyye, Takıyyüddin, el-Fetâvâ'l-kübrâ, Tah:Muhammed Mustafa Abdülkadir Atâ, Beyrut 1988.
- Kâsânî, Alauddîn Ebu Bekr b. Mes'ud, Bedaiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi', Beyrut, ts.
- Mâlik b. Enes, el-Muvatta', İstanbul 1981.
- Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. Haccâc, es-Sahih, İstanbul 1981.
- Oğuzman, M. Kemal /Öz, Turgut, Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- Remlî, İbn Şihabüddin, Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-minhâc, Beyrut 1984.
- San'âni, Muhammed b. İsmail, Sübülü's-selâm şerhu bulugi'l-merâm min cemîi edilleti'l-ahkâm, Beyrut, ts.

- Serahsî, Şemsü'l-eimme Ebû Bekr Muhammed b. Sehl, el-Mebsût, İstanbul 1983.
- Suyutî, Celâlüddîn Abdurrahman, el-Câmiu's-sagîr (Fethu'l-kadîr'le), Mısır 1983.
- Şevkânî, Muhammed b. Ali, Neylû'l-evtâr, Mısır,ts.
- Şirbînî, Muhammed Hatîb, Mugni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l- minhâc, Beyrut, ts.
- Tirmizî, Muhammed b. İsâ, es-Sünen, İstanbul 1981.
- Zekiyyüddîn Şa'bân, İslam Hukuk İlminin Esasları, Çev:İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara 1996.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, Medhalü'l-fikhi'l-âmm el-Fikhü'l-İslâmî fî sevbihî'l-cedid, Beyrut 1965.
- Zeylaî, Cemaleddin b. Yusuf, Nasbu'r-râye, y.y. 1393.