

OSMANLI HUKUKUNDA KEFALET SÖZLEŞMESİ

Yılmaz YÖRDEM*

ÖZ

Osmanlı Devleti daha önceki İslam devletlerinde uygulanan hukuku esas olarak devam ettirmekle birlikte kendine has bazı eklemeler de yapmıştır. Bu açıdan İslam hukukunun bir kurumu olan kefaletin Osmanlı hukukundaki uygulamasının ele alınması gerekmektedir. Bu makale çalışmasında kefalet sözleşmesinin ana hatları ve Osmanlı hukukundaki uygulaması ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı İmparatorluğu, Osmanlı hukuku, kefalet, kefalet sözleşmesi, İslam Devleti.

SURETYSHIPS AGREEMENT IN OTTOMAN LAW

ABSTRACT

Although some unique additions to the Ottoman Empire continued implementation of Islamic law as the basis of the previous government he has done well. In this respect, the application of the law should be dealt with Ottoman bail institution of Islamic law. Ottoman law and practices outlined in the article are discussed in the bail agreement.

Keywords: Ottoman Empire, Ottoman law, bail, surety contract, Islamic state.

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: yilmazyordem@hotmail.com.
Makalenin Gönderim Tarihi : 27.05.2016.
Makalenin Kabul Tarihi : 03.06.2016.

I. GİRİŞ

İslam hukukunda akd-i tedamün ismi verilen teminat sözleşmeleri kefalet, rehin ve bey'-i vefa olmak üzere üç tanedir.¹ Burada teminat sözleşmelerinden birisi olan kefaletin Osmanlı hukukundaki durumu ele alınacaktır. Osmanlı hukukunda kefaletin teorik yapısı ve uygulamadaki durumu doktora tezi olabilecek genişliktedir. Bu makale çalışmasında kefaletin teorik ve uygulama yönü özetlenmekle yetinilecektir.

II. KEFALETİN TANIMI

Kefalet sözlükte “bir şeyi bir şeye eklemek, katmak, bitiştirmek” gibi anlamlara gelmektedir. Arapça’da kefalete yakın anlamda kullanılan damân, hamâle, zeâmet gibi başka kelimeler de bulunmaktadır.²

Hanefiler kefaleti tanımlarken mala ve şahsa kefaleti de içine alacak şekilde bir usul takip etmektedir. Hidaye ve Mülteka gibi Hanefi fıkıh kitaplarında kefalet “*bir şeyin talep edilmesi konusunda zimmeti zimmete eklemek*” şeklinde tanımlanmaktadır.³ Dürer’de ise bu tanım biraz daha açılmakta, kefaletin şahıs, mal ve teslim ilişkine olacağı vurgulanmaktadır: “*Kefalet, nefsin, malın veya teslimin talep edilmesi halinde zimmeti zimmete eklemektir.*”⁴

Hanefi mezhebindeki fıkıh kitaplarını esas alan Mecelle ise kefalet sözleşmesini yukarıdakilere benzer şekilde tanımlanmaktadır: “*Bir şeyin mütalebesi hakkında zimmeti zimmete zammetmektir. Yani, bir kimse zatını diğerinin zatına zammedüb ve onun hakkında lazım gelen mütalebeyi kendi dahi iltizam etmektedir.*”⁵

Kefaletin tanımında geçen zimmet kelimesi, bir insanın kişiliği anlamına gelmektedir. Mecelle’nin tanımında bir şeyin istenmesi konusunda zimmetin zimmete eklenmesinden bahsedilirken, diğer bazı tanımlarda bir borcun istenmesinde zimmetin zimmete eklenmesi ifadeleri kullanılmaktadır. Buna göre Mecelle’nin tercih ettiği tanımda asıl borç kefilin zimmetine

¹ Cin ve Akgündüz, 1989: 238.

² Apaydın, 2002: 168.

³ el-Merginani, 1416/1995: 87; Halebi, 275.

⁴ Molla Hüsrev, 1258: 727-728.

⁵ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (MAA), m. 612.

geçmemekte, kefilden sadece bu borcu ödemesi istenebilmektedir. Diğer tanıma göre ise borç hem asıl borçlunun zimmetinde hem de kefilin zimmetinde bulunmaktadır.⁶

III. KEFALETİN ÖZELLİKLERİ

1. Kefalet, fer'î borç doğuran bir sözleşmedir. Yani kefalet asıl borca tabi bir sözleşme olup bu hak sabit olmadıkça kefalet gerçekleşmez. Asıl borç sona erdiği takdirde kefalet de sona erer.⁷

2. Kefalet asil açısından ödünç para istemek, kefil açısından ise asilin borcunu ödemediği takdirde borç para vermektir.

3. Kefalet, Ebu Yusuf ve hukukçuların çoğunluğuna göre tek taraflı bir sözleşmedir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre ise kefalet kefilin icabı ve alacaklının kabulü ile kurulan iki taraflı bir sözleşmedir.⁸

4. Kefalet kefil açısından bağlayıcı, alacaklı açısından ise bağlayıcı olmayan bir sözleşmedir. Alacaklı istediği zaman kefalet sözleşmesini bozabilir.⁹

5. Kefalet bağımsız bir sözleşmedir. Asıl borç şarta veya vadeye bağlı olmasa bile kefalet vadeye bağlanabilir.¹⁰

IV. KEFALETİN RÜKNÜ

Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre kefaletin rüknü “kefil oldum ve kabul ettim” gibi sözlerle belirtilen icap ve kabuldür. Yani kefalet, kefilin icabı ve alacaklının kabulü ile kurulan bir sözleşmedir. Ebu Yusuf'a göre ise kefalet kefilin icabı ile kurulan ve nafiz olan bir sözleşmedir. Bu görüşe göre kefaletin kurulması için alacaklının kabulüne ya da borçlunun teklifine gerek yoktur.¹¹

⁶ Bilmen, 1985: 249-250; Apaydın, 2002: 170.

⁷ Apaydın, 2002: 170.

⁸ Apaydın, 2002: 171.

⁹ Alemgir, 391.

¹⁰ Apaydın, 2002: 168 vd.

¹¹ Bilmen, 1985: 247

Uygulamada Ebu Yusuf'un görüşü esas alınmış ve Mecelle de bu görüşü kabul etmiştir: “*Yalnız kefilin icabıyla kefalet münakid ve nafiz olur (kurulur ve geçerli olur). Fakat mekfulün leh dilerse reddedebilir. Mekfulün leh reddetmedikçe kefalet bâki kalır.*”¹²

Alacaklı reddetmedikçe kefalet geçerli olacağı için bir kimsenin alacağına kefil olunmuş, ancak kefalet haberi ulaşmadan o kişi ölmüş olsa bu kefalet sebebiyle kefil sorumlu olmaya devam eder.¹³

Kefaletin kuruluşunda ve geçerliliğinde borçlunun iradesinin herhangi bir rolü olmaz. Ancak borçlunun iradesi, kefilin borçluya rücu'unda önem kazanır. Kefalet borçlunun talebi ile kurulmuşsa kefilin ödemeyi yaptıktan sonra borçluya rücu hakkı varken, kefil borçluya sormadan kefil olmuşsa ödemeyi yaptıktan sonra borçluya rücu hakkına sahip değildir.¹⁴

V. KEFALETİN ÇEŞİTLERİ

Kefalet sözleşmesi konu, kefillerin sayısı, zaman ve şart ile kayıtlı olması açılarından kısımlara ayrılmaktadır. Burada sadece konusuna göre kefalet türleri ele alınacaktır. Konusuna göre kefalet türleri şahsa kefalet, mala kefalet ve teslim kefalet olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

1. Şahsa kefalet: Şahsa kefalet bir adamın şahsına kefil olup onun alacaklıya teslim edilmesi veya mahkemede hazır bulundurulmasıdır.¹⁵ Şahsa kefalet belli bir adamın şahsını teslim kefalet şeklinde yapılabileceği gibi, bir kimsenin onsuz düşünülemediği bir parçasını (veya organını) irade beyanında zikretmekle de gerçekleştirilebilir.¹⁶

Şahsa kefalette kefil, asıl borçlunun borcu sebebiyle veya bazı hallerde suçu sebebiyle mahkeme huzuruna getirilmesini tekeffül etmektedir.¹⁷ Şahsa kefaletle ilişkin mahkeme kayıtlarında kefil olunan şahsın ve kefilin isimleri ile tanınmalarını sağlayacak bilgileri yer almaktadır:

¹² MAA, m. 621.

¹³ Ali Haydar, 1330: 21.

¹⁴ Apaydın, 2002: 172.

¹⁵ MAA, m. 613; Apaydın, 2002: 168 vd.

¹⁶ Kahraman, 1998: 308; Heyet, 1989: 48.

¹⁷ Ali Haydar, 1330: 5.

“Oldur ki; Murad nâm Ermeni'nün nefesine ve hîn-i mütâlebede ihzârına kefil taleb olundukda Dergâh-ı Âli yeniçerilerinde Hamza Beşe nâm yeniçeri vech-i meşrûh (üzere) kefil olmağın kayd-ı sicil olundu. Şühûd: Ali Beşe bin Abdullah, Mustafa bin Davud, Pervane bin Abdullah ve gayruhum.”¹⁸

Osmanlı hukukunda şahsa kefalet bir ceza hukuku enstrümanı olarak da kullanılmıştır. Şahsa kefalette kefil, samığın, cezasının infazını bekleyen mahkûmun veya ceza evinden kaçmasından endişe edilen kimselerin istenildiğinde hazır bulundurulmasını sağlamaktadır.¹⁹

2. Mala kefalet: Mala kefalet, bir borcun ödenmesine kefil olmaktır.²⁰ Mala kefalette asıl borçlunun malı ödememesi halinde, kefil alacaklıya malı ödemeyi tekeffül etmektedir. Mala kefalette konu olabilecek mallar belirlenirken tazmin edilebilirlik ölçüsü kullanılmaktadır. Buna göre özü gereği tazmin borcu doğuran mallar (a'yân-ı mazmûne) kefalette konu olabilmektedir. Çünkü bu mallar mevcut ise aynıyla, zayi olmuş ise misli veya kıymeti ile tazmin edilebilmektedir.²¹

Mala kefalet, mala (ayn) ve borca kefalet olmak üzere ikiye ayrılır.²² Yani kefaletin konusu bir mal ise mala kefalet söz konusu olmaktadır. Mesela, alacaklının koyunu gasbedildiğinde kefilin bu koyunun alacaklıya iade edilmesini tekeffül etmesi mala (ayn) kefalettir. Bir kimsenin başka bir kimseye olan 100 liralık borcuna kefil olmak ise borca kefalettir.²³

Osmanlı mahkeme kayıtlarında kefaletle ilgili çok sayıda belge bulunmaktadır. Aşağıda mala ve borca kefalete ilişkin iki mahkeme kaydı örnek olarak verilmektedir. (Mala kefaletle ilişkin bir mahkeme kaydı): “Bi'l-fîl (Hayreddin Paşa vakfı) mütevellisi olan Mehmed Çelebi bin İbrahim meclis-i şer'-i şerife Yorgi veled-i İstefan nam zimmîyi ihzar idüb bundan akdem Yorgi veled-i Kalosos nam zimmîye dokuz bin akçe virüb Sultan Bayezid Han mahallesinde lede'l-ahali malumu'l-hudud evimi istiğlal ile iştirâ idüb malıma mezbur Yorgi kefil olmuşdur halen taleb

¹⁸ Heyet, 1989: 48.

¹⁹ Akman, 2004: 56.

²⁰ MAA, m. 614.

²¹ Apaydın, 2002: 173.

²² MAA, m. 158.

²³ Ali Haydar, 1330: 5.

iderim didikde gıbbe's-sual itiraf idüb vâkii hal bi't-taleb kaydolundu. Şuhud: Hasan bin Idris el-havale, Sinan bin Hüseyin el-havale ve gayruhum."²⁴

(Borca kefaletle ilişkin bir mahkeme kaydı): "*Hüdaverdi nam yeniçeri meclis-i şer'a Vahide nam hatun mahzarında şöyle dava eyledi ki mezburenin oğluna yirmi üç altun virüb dört altunı alub baki kalan on dokuz altununa on bir altuna mezbure Vahide kefil olmuşdı .. iki altun aldım bakisin taleb iderim didikde gıbbe's-sual cem'an on üç altun baki kaldı deyü cevap virdikde baki kalan on üç altunun edasına hükmolundu. Şuhud: Mustafa bin Abdullah el-havale, Deviş bin Ali, Mehmed bin Abdullah.*"²⁵

3. Teslime Kefalet: Teslime kefalet, bir malın teslimine, kefil olmaktır.²⁶ Teslime kefalette satılan, kiralanana, rehin verilen bir malın teslimine kefil olma söz konusudur.²⁷

Mala kefalet ile teslime kefalet hemen hemen aynı olmakla birlikte kefilin borcu açısından farklılık göstermektedir. Mala kefalette kefil kefaletle konu mal mevcut ise aynen edasına, mevcut değil ise bedelini vermeye kefil olmaktadır. Teslime kefalette ise kefaletle konu mal mevcut ise teslimine kefil olmakta, mevcut değil ise teslim borcu düşmektedir.²⁸

VI. KEFALETİN ŞARTLARI

A. Kefilde Bulunması Gereken Şartlar

1. Akıl: Kefilin akıllı olması şarttır. Dolayısıyla tasarrufa ehil olmadığı için delinin kefaleti geçerli değildir. Yine bunaklık, uyku hali, baygınlık ve ikrah gibi hallerde yapılan kefalet sözleşmesi geçerli değildir.²⁹

²⁴ Demir, 1998: 87.

²⁵ Demir, 1998: 95.

²⁶ MAA, m. 615.

²⁷ Ali Haydar, 1330: 16.

²⁸ Ali Haydar, 1330: 17.

²⁹ Zuhayli, 1990: 272.

2. Ergenlik (Buluğ): Kefil ergen olmalıdır. Tam eda ehliyetinin iki unsuru olan akıl ve ergenlik kefil için de aranmaktadır. Çünkü kefalet kefilin borç altına girdiği bağışlama niteliğinde bir sözleşmedir.³⁰

3. Kefilin rızası: Kefalet sözleşmesinin sahih olması için kefilin rızası şarttır. Bu sebeple ikrah ile yapılan kefalet sözleşmesi sahih olmaz.

4. Hürriyet: Kefaletin nefazı için kefilin hür bir kimse olması gerekir. Kölenin kefaleti geçerli olmakla birlikte nafız değildir, ancak efendisinin izni ile sonuç doğurur.³¹

5. Ölüm hastası olmamak: Kişinin tasarruf ehliyetinin sınırlandığı ölümcül hastalık hallerinde, ölüm hastasının tasarrufları, malının 1/3'ünü aşmamak şartıyla geçerlidir. Ölüm hastasının bu miktarı geçmeyecek şekilde yapacağı kefalet sözleşmesi geçerlidir. Zira tüm mallarını kapsayan borcu varsa, kefalet akdi geçersizdir (bâtıl).³²

B. Alacaklıda Bulunması Gereken Şartlar

1. Akıl: Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in görüşü esas alındığında alacaklının akıllı olması şarttır. Çünkü onlara göre alacaklının kabulü kefalet sözleşmesinin rüknüdür. Buna göre çocuğun ve delinin kefalet sözleşmesi sahih değildir.³³

2. Alacaklının sözleşmenin kurulduğu yer olan akit meclisinde hazır olması: Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in görüşüne göre kefalet sözleşmesi, kefilin icabı üzerine alacaklının sözleşme ortamındaki kabulüyle geçerli olur.

3. Alacaklının bilinen bir şahıs olması: Kefaletten beklenen teminat gayesinin gerçekleşmesi için, alacaklının bilinen bir şahıs olması gereklidir. Bu sebeple bilinmeyen bir kimseye kefil olunması caiz değildir.

C. Asıl Borçluda Bulunması Gereken Şartlar

1. Borcu ödeme gücüne sahip olması: Ebu Hanife'ye göre asıl borçlunun borcu ödeme gücüne sahip olması gerekir. Müflis olarak ölmüş

³⁰ Buhari, 1982: 354.

³¹ Bilmen, 1985: 256

³² Alemgir, 289.

³³ Zuhayli, 1990: 274.

ve borcunu ödeyecek terekesi bulunmayan bir ölünün borcuna kefil olmak sahih değildir. Çünkü böyle bir borç o kişiden düşer. Borç düşünce ona bağlı bir sözleşme olan kefalet de düşer. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise müflis olarak ölen kimsenin borcunun kefil tarafından ödenmesi sahihtir. Çünkü Hz. Peygamber, vefat eden bir sahibinin borcunun ödenmesini istemiştir.³⁴

2. Kefilin asıl borçluyu şahsen tanınması: Kefilin korunduğu bu şarta göre kefil, asıl borçluyu şahsen tanınmalıdır. Aksi takdirde kefalet geçersizdir.³⁵

D. Kefaletin Konusu İle İlgili Şartlar

1. Kefaletin konusunun belli olması: Kefaletin konusu bir şahıs ise onun kim olduğu ve yeri bilinmelidir. Kefaletin konusu bir mal ise belli olması şart değildir.³⁶

2. Kefil olunan borcun, ödenmesi zorunlu olan borçlardan olması (mazmun): Bir ayna veya deyne kefil olduğunda, bu ayn veya deynin asıl borçlu tarafından ödenmesi zorunlu olmalıdır. Mesela, satılan şeyin semeni, kira bedeli, mehir, gasbedilen mal için kefil olmak sahihtir. Çünkü bunlar asıl borçlunun ödemesi zorunlu olan borçlardır.³⁷

3. Borcun mevcut ve sahih olması: Konusu borç olan kefalet sözleşmesinin şartı borcun sahih ve mevcut olmasıdır. Sahih borç eda veya ibra ile düşen borç olarak açıklanır.³⁸

VII. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

Kefalet sözleşmesinde kefil, borçlunun yükümlülüğünü garanti etmektedir. Kefalette teminat, alacaklının kefiliden taahhüt ettiği şeyi yerine getirmesinin istemesidir. Kefaletin konusuna göre, kefilin sorumluluğu da farklılık arz etmektedir.

³⁴ Zuhayli, 1990: 272.

³⁵ MAA, m. 630.

³⁶ Ali Haydar, 1330: 36.

³⁷ Bilmen, 1985: 255; Ali Haydar, 1330: 42.

³⁸ Apaydın, 2002: 174.

A. Kefilin Sorumlulukları

1. Şahsa Kefalette Kefilin Sorumluluğu: Şahsa kefalette kefilin sorumluluğu asıl borçluyu lehine kefalet yapılanaya teslim etmektir. Bu kefalet türünde asilin teslim edileceği bir zaman şart koşulmuşsa, o zaman ya da daha sonra teslim talep edildiğinde, kefil asili alacaklıya teslim etmeye mecburdur.³⁹

Kefil asili alacaklının istemediği bir zamanda ona teslim etmişse, kefalet sebebiyle teslim ettiğini belirtmelidir. Aksi halde teslim gerçekleşmez. Teslim alacaklının isteği sonucu olmuşsa, kefaletten dolayı asilin teslim edildiğinin belirtilmesine gerek yoktur.

Alacaklının ölümü halinde kefil asili alacaklının vasi veya mirasçılara teslim etmelidir. Asilin kaybolması durumunda, kefil yerini biliyorsa, hâkim kefile asili bulup getirebileceği kadar süre verir. Bu süreden sonra kefil asili getirmese, sorumluluğunu yerine getirmemiş sayılır.⁴⁰

Kefil asilin yerini bilmiyorsa, asili teslimle hemen sorumlu tutulamaz.⁴¹ Kefil olunan şahsı mahkemeye getirmesi için kefile belli bir süre verilir. Ancak kefil bu süre içerisinde kefil olunan şahsı getirememişse ve alacaklı da bildiği halde kefilin sorumluluğunu yerine getirmedeğini iddia ediyorsa, hâkim kefilin hapsine karar verebilir. Şayet hakim kefilin bu işten aciz olduğunu olduğunu anlarsa tutukluluğunu kaldırır ve ona belli bir süre içerisinde kefil olduğu şahsı getirmesini ister.⁴² Bazı mahkeme kayıtlarında kefilin kefalet borcunu yerine getirememesi sebebiyle hapsedildiği yer almaktadır: “*Mütekeffil zimmî, mezbur Ali Musa talebiyle hapse verildi.*”⁴³

Şahsa kefalette borçlunun teslim edileceği yer önem arz etmektedir. Zira şahsa kefaletten gaye, kefil olunan şahsı mahkemeye getirmek veya alacaklıyla yüzleştirerek alacaklının hakkına kavuşmasını sağlamaktır. Bu nedenle kefil olunan şahıs hâkimin bulunduğu yerde teslim edilmelidir.

³⁹ Bilmen, 1985: 269; Ali Haydar, 130: 79.

⁴⁰ Bilmen, 1985: 271.

⁴¹ Mevsili, 1987: 168

⁴² Zuhaylî, 1990: 279.

⁴³ Demir, 1998: 116.

2. Mala Kefalette Kefilin Sorumluluğu: Mala kefalette kefilden kefaletin konusu olan malı teslim etmesi istenir. Alacaklı söz konusu malı kefilden isteyebileceği gibi, asıl borçludan da isteyebilir. Malı, birisinden istemesi, diğerinden istemesine engel olmadığı gibi, hem kefilden hem de asıl borçludan aynı zamanda istemesinde de engel yoktur.⁴⁴

Mala kefalet söz konusu olduğu halde, mal yok olmuşsa kefil malın kıymetini veya benzerini teslimle yükümlüdür. Bir borca beraber kefil olanlar, ayrı ayrı kefil olmuşlarsa, her biri borcun hepsinden sorumludur. Birlikte kefalet halinde ise, her kefil borçtan hisseleri kadar sorumludur. Şu kadar ki, bunlar birbirlerinin kefil olduğu miktarlara da kefil olmuşlarsa her biri bütün borçla sorumlu olur.⁴⁵

3. Teslime Kefalette Kefilin Sorumluluğu: Teslime kefalette, satılan şeye hak sahibi çıkarak, bedelin müşteriye geri verilmesine karar verilmesi halinde, kefil bu ücreti müşteriye vermek ile yükümlüdür.

Kefilin sorumluluğunun başlama zamanına gelince, kefalet sözleşmesi başka bir hakka dayalı bir sözleşmedir. Borcun asıl borçluya bir vade sonunda verilmesi şart koşulmuşsa, kefil bu vadenin sonunda alacaklıya karşı sorumludur. Hâlbuki vade şartı yoksa kefil alacaklıya karşı borç muaccel olduktan sonra sorumludur.

B. Kefilin Hakları

1. Kefilin borçludan teminat vermesini veya borcunu ödemesini talep hakkı: Alacaklının isteği halinde, kefil asıl borçlunun alacaklıya teslim olmasını ister. Kefilin bu isteğine asıl borçlunun uyması gerekir. Zorluk çıkarması halinde, kefil hâkimden yardım ister. Kefil, alacaklı istemeksizin asıl borçluyu takip edemez. Çünkü kefil henüz kefalet nedeniyle sorumluluğu başlamamıştır.

2. Borçluyu Hapsedirmek: Kefil, kendisi hapsedilmesi halinde isterse asıl borçluyu hapsedtirir. Çünkü o da asıl borç sebebiyle hapsedilmiştir ve kefil bulunduğu bu durumdan kurtarmak asilin üzerine bir borçtur.⁴⁶

3. Borçluyu yolculuktan engelleme: Kefil, kefalette vade yoksa hemen, vade varsa bu vade dolunca asıl borçluyu yolculuktan

⁴⁴ Ali Haydar, 1330: 72; Bilmen, 1985: 270.

⁴⁵ MAA, m. 647.

⁴⁶ Zuhayli, 1985: 281.

engelleyebilir. Asıl borçlunun yolculuktan engellenmesi kefaletin konusu olan malı eda etmesi veya kefaletin konusu olan şahsı alacaklıyla teslim etmesi içindir.⁴⁷

C. Kefilin Asile Rücuu

Kefalet sözleşmesinde alacaklı, borçlu ya da kefile müracaat etmekte serbesttir. Kefalet senedinde kefillerin birlikte kefil oldukları yer alıyorsa, ayrıca biri diğerinin zimmetine kefil olmamışsa, her kefil kendi payına göre sorumlu olur.⁴⁸

Genel olarak kefilin, asıl borçluya rücu edebilmesi için asıl borçlunun kefalet isteğinde bulunmuş olması gerekir. Şahıs kendiliğinden kefil olmuşsa asile rücu edemez. Kefalet veya ödemede istek olmaması halinde kefilin ödemesi teberru hükmünde olacağından asile rücu edemez.⁴⁹

Kefil alacaklıya asıl borçtan fazla ödeme yapmışsa, söz konusu fazlalığı asıl borçludan talep edemez. Buna karşılık kefil alacaklıya asıl borçtan az bir ödeme yapmışsa sadece ödediği miktarı borçludan talep edebilir. Alacaklı borcu asilden aldığı inkâr ederek, bir de kefilden alması halinde kefil yine ödediğiyle asile rücu eder.⁵⁰

Kefil alacaklı ile sulh yapmışsa verdiği sulh bedeli ile rücu eder, borcun tamamı ile rücu etmez.⁵¹ Alacaklının, alacağını kefile hibe etmesi halinde, kefil mal sahibi vasfıyla asile rücu eder. Kefil alacaklının ölmesiyle ona varis olmuşsa, borcu mal sahibi sıfatıyla asilden talep eder.

VIII. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. Tabii Olarak Sona Ermesi

1. Borçlunun Teslimi: Kefalette, kefil asıl borçluyu alacaklıya teslim etmekle yükümlülükten kurtulur. Alacaklının teslimi kabul etmemek gibi hakkı yoktur. Asıl borçlunun kendisi de kimin kefaletinden

⁴⁷ İbn Nüceym, 1985: 302

⁴⁸ Olguç, 1978: 12

⁴⁹ Bilmen, 1985: 273.

⁵⁰ Apaydın, 2002: 176.

⁵¹ Bilmen, 1985: 273.

dolayı teslim olduğunu belirtmek kaydıyla alacaklıya teslim olabilir. Asıl borçluyu kefilin görevlendirdiği bir şahsın teslimi halinde “kefil için teslim ediyorum” demek şartıyla kefalet sona erer.⁵²

Hapisteki asıl borçlunun teslimiyle, kefalet sona erer. Çünkü alacaklının asıl borçluyla görüşmesi gerekirse, mahkemeye çıkarması mümkündür. Alacaklının ölmesi halinde vasilerine, onlar da yoksa mirasçılara teslim etmek alacaklıya teslim gibidir.⁵³

Kefil belirlenen vakitte kefaletin konusu olan malı alacaklıya getirip de, alacaklının kaybolduğunu ve gizlendiğini görürse hâkime müracaat eder. Hâkimin alacaklıya bir vekil tayin ederek malı ona teslim etmesiyle kefalet sona erer.

2. Borcun Ödenmesi: Asıl borcun ödenmesi sonucu fer'i nitelikteki kefalet borcu kendiliğinden sona erer. Kefalet borcunu asıl borçlunun veya kefilin vekilinin ödemesi durumunda, ödemenin kefalet borcundan dolayı olduğu belirtilmesi şartıyla kefalet sona erer.⁵⁴

3. Kefil veya Asilin İbrası: Asıl borçlunun ibra edilmesi kefilin ibrasını gerektirdiği halde, kefilin ibra edilmesi asıl borçlunun ibra edilmesini gerektirmez. Çünkü borç yükümlülüğü altında olan asıl borçludur. Asilin ibrasıyla, hem borç hem de kefalet düşerken, kefilin ibra edilmesiyle sadece kefalet düşer. Çünkü borç, kefalet olmaksızın da geçerlidir.⁵⁵

B. Olağanüstü Sebep Sona Ermesi

1. Ölüm: Kefilin ölümüyle şahsa kefalet sona erer. Çünkü kefil ölünce asıl borçluyu teslim kuvveti ortadan kalkar. Kefilin varisleri ise sadece lehine olan haklarda ona varistirler ve kefaletten sorumlu tutulamazlar. Kefilin ölümüyle, diğer kefalet çeşitleri sona ermez, kefilin terekesinden alınır. Terekesinden bunları almak mümkün değilse, mirasçılar borcu ödemeye zorlanamaz. Zira hiç kimse kanuni bir sebep olmadan başkasının borcunu ödemek zorunda değildir.⁵⁶

⁵² Kadıhan, 55.

⁵³ Serahsi, 1912: 185.

⁵⁴ MAA, m. 662.

⁵⁵ Apaydın, 2002: 176.

⁵⁶ İbn Hümam, 1972: I-IX,

2. Fesih: Kefaletin sebebi olan sözleşmenin ortadan kalkmasıyla kefalet son bulur. Mesela kefalet bir alım satım sözleşmenin teminatı olarak yapılmışsa alım satımın feshi ile kefalet de sona erer.⁵⁷

3. Veraset: Alacaklının ölümü halinde asıl borçlu ona varis olursa, yükümlü olduğu borca malik olduğundan kefalet sona erer.

4. Sulh: Kefaletteki sorumluluğunun kalkması için kefil asıl ile sulh yaparsa kefalet sona erer. Zira bu, sözleşmenin feshi anlamına gelir. Şahsa kefil, alacaklı kendisini kefaletten ibra etmesi için, onunla mal karşılığı sulh yaparsa, kefaletin sona ereceğini, ancak kefilin sulh bedelini ödemeyeceğini savunanlar da vardır.⁵⁸

5. Bağışlama: Alacaklı alacağını kefil veya asıl borçludan birisine sadaka veya bağış olarak verirse söz konusu hibe veya sadaka ödeme anlamına geldiğinden kefalet sona erer.⁵⁹

IX. SONUÇ

Kefalet sözleşmesi Osmanlı borçlar ve ceza hukukunda yaygın bir şekilde kullanılmıştır. Osmanlı mahkeme kayıtları (şer'îye sicilleri) incelendiğinde çok sayıda şahsa, mala ve teslime kefalet örnekleri ile karşılaşılacaktır. Başlangıçta da ifade ettiğimiz gibi kefalet bir doktora çalışması olarak incelenebilecek kapsamda ve önemde bir konudur. Kefaletin Osmanlı hukukundaki uygulama şekilleri şer'îye sicillerinden faydalanılarak ele alınabilir. Burada kısa bir makale çalışması çerçevesinde kefalet sözleşmesi Osmanlı mahkeme kayıtlarından örnekler verilerek değerlendirilmiştir. Osmanlı toplumunda kefaletin borç ilişkilerinde ve cezalandırmada etkin bir şekilde kullanıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

⁵⁷ Apaydın, 2002: 177.

⁵⁸ Tahavi, 1950: 105

⁵⁹ Ali Haydar, 1330: 141

KAYNAKÇA

- AKMAN, M., (2004): *Osmanlı Devleti 'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul.
- ALEMGİR, B., (bty.): *Fetava-yı Hindiyeye*, Diyarbakır.
- ALİ HAYDAR, (1330): *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, c. 2.
- APAYDIN, H. Y., (2002): "Kefalet", Ankara, *DİA*, c. 25, s. 168-177.
- BİLMEN, Ö. N. (1985): *Hukuk-ı İslamiyye Kamusu*, İstanbul, C. 6.
- BUHARİ, A. (1982): *Keşfu'l-Esrar Şerhu Usulu'l-Pezdevi*, İstanbul, c. 4.
- CİN, H. / AKGÜNDÜZ, A. (1989): *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, c. 2.
- DEMİR, A., (1998): "*Tophane Mahkemesi 7 Numaralı Şer'iyeye Sicilinin İncelenmesi*", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- HALEBİ, İ., (bty.): *Mülteka'l-Ebhur*, İstanbul.
- İBN HÜMAM, M., (1972): *Fethul Kadir*, Beyrut , C. 1-9.
- İBN NÜCEYM, (1985): *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Beyrut, c. 2.
- KADİHAN, M., (b.t.y.): *Feteva-i Kadıhan*, Diyarbakır, C. 3.
- KAHRAMAN, A., (1998): "*İslam Hukukunda Şahsa Kefalet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukuku'ndaki Teminatla Salıverme Müessesesi İle Mukayesesi*", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyet Fak. Dergisi, Sivas, S. 2, s. 308 vd.
- MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE (MAA)
- MERGİNANİ, B., (1416/1995): *Hidaye*, Lübnan, c. 3-4.
- MEVSİLİ, M. (1987): *el – İhtiyar li Tahlili'l- Muhtar Terc*, İstanbul, C. 2.
- MOLLA HÜSREV, (1258): *Dürer -Tercümesi*, İstanbul.
- OLGAÇ, S., (1978): *Kefalet*, Ankara.
- SERAHSİ, M., (1912): *Mebcut*, Beyrut, C. 19.
- TAHAVİ, M., (1950): *el – Muhtasar*, nşr. Ebul Vefa Efgani, Kahire.
- ZUHAYLİ, V., (1990): *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*, İstanbul, c. 6.