

T.C.
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM EKONOMİSİ VE FİNANS ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI FİNANS VE KATILIM BANKACILIĞI BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA KEFALET VE KATILIM
BANKACILIĞI UYGULAMALARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Şerif BOĞAZ

İstanbul
Ocak - 2020

T.C.
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM EKONOMİSİ VE FİNANS ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI FİNANS VE KATILIM BANKACILIĞI BİLİM
DALI

İSLAM HUKUKUNDA KEFALET VE KATILIM BANKACILIĞI
UYGULAMALARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Şerif BOĞAZ

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Ensari YÜCEL

İstanbul

Ocak - 2020

TEZ ONAYI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Bu çalışma, jürimiz tarafından İşletme Anabilim Dalı, Uluslararası Finans ve Katılım Bankacılığı Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan...

Üye...

Üye...

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Ömer ÇAHA
Enstitü Müdürü

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “İslam Hukukunda Kefalet ve Katılım Bankacılığı Uygulamaları” adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlandığı aşamaya kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığımı, bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu beyan ederim.

Şerif BOĞAZ

ÖNSÖZ

Bu araştırma konusunun belirlenmesi, yürütülmesi ve sonuçlanmasına kadar olan dönemde, yakın ilgisi, yönlendirici katkıları ve çok değerli yardımlarından dolayı değerli tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Ensari YÜCEL'e, yaptığım çalışmalar sırasında desteği ve sabrını esirgemeyen kıymetli eşim Hilal BOĞAZ'a ve tezi heyecan ve ilhan verici olarak geceleri yazmama sebep olan oğullarım Ömer Asaf BOĞAZ ve Hamza Agâh BOĞAZ'a teşekkürlerimi sunarım.



Şerif BOĞAZ
İstanbul - 2020

ÖZET

İSLAM HUKUKUNDA KEFALET VE KATILIM BANKACILIĞI UYGULAMALARI

Şerif BOĞAZ

Yüksek Lisans, Uluslararası Finans ve Katılım Bankacılığı,

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ensari YÜCEL

Ocak – 2020, 85 Sayfa,

Kefalet İslam hukuku'nda "Muamelat" genel başlığının altında yer almakla beraber İslam hukuku ve Borçlar hukuku içinde önemli yere sahiptir. Hukukçulardan bazıları İslam hukuku'nu sadece ibadetleri düzenleyen mefhumlar olarak görür iken, bazıları da ahiretle ilgili işleri düzenleyen kaideler gözüyle görmektedirler. Oysa İslam dini ortaya çıkardığı hukuk kuralları ile beşeri hayat olan bu dünya hayatının münasebetlerini de tazmin etmektedir. Aslında her alanda İslam'a uygun yaşamak beşeri ve ebedi hayat için yeterli olacaktır. Ticari hayatımızda teminat akitleri kullanılmakta ve her geçen gün artmaktadır. Teminat akitleri arasında yer alan kefaletin özel bir önemi bulunmaktadır. İslam hukukunda akd-i tedamün ismi verilen teminat sözleşmeleri kefalet, rehin ve bey'-i vefa olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Biz tezimizde kefalet akdini ele aldık. Tezin amacı, kefaletin ticarete kullanılan akit olması nedeniyle, İslam hukukunda kefaletin yerini ve önemini, modern hukuk ve mezhep görüşleri açısından nasıl değerlendirildiğini, günümüzde İslami bankacılık yapan katılım bankalarının kefalet ile kullandıkları kredileri, katılım bankaları açısından kefaletin önemi ve faydalarını incelenmeye çalıştık. Kefaletin meşruluğunun nasıl gerçekleştiği ve hangi delillere dayandığı tespit edilmeye çalışılmış, asli hükümlerde kefaletin çerçevesi ve sınırları çizilmiştir. Mezheplerde kefalet akdi incelenmiş kefalet akdinin sahih olduğunu sonucuna ulaşılmıştır. Kefaletin İslami açıdan uygun bir akit olması ile İslam bankacılığında da önemli bir yere sahip olması, insanların birbirine güven duymayı öğretmesi ve kredi kullandırmaları ile ekonomiyi canlandırıcı etkisinin olduğu ortaya çıkmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Kefalet, Kefil, Katılım Bankacılığı, Fon Kullanım

ABSTRACT
BAIL IN ISLAMIC LAW AND PARTICIPATION BANKING
PRACTICES

Şerif BOĞAZ

Master Of Science, International Finance and Participation Banking

Supervisor: Dr. Öğr. Üyesi Ensari YÜCEL

January – 2020, 85 Pages

Surety is under the general title of “Transaction” in Islamic Law, but it has an important place in Islamic law and Law of Obligations. While some of the jurists see Islamic law only as concepts that organize prayers, others see it as the bases that regulate the hereafter. Whereas, Islam also compensates for the relations of this world life, which is a human life, with the rules of law it creates. In fact, living in accordance with Islam in every field will be sufficient for human and eternal life. In our commercial life, collateral contracts are used and are increasing day by day. Surety, which is one of the guarantee contracts, has a special importance. Collateral contracts named as akd-i tedam in Islamic law are divided into three as bail, pledge and loyalty. In our thesis, we have discussed bail contracts. Since the aim of the thesis is to be the contract used in trade, we tried to examine the place and importance of the bail in Islamic law, how it is evaluated in terms of modern law and sectarian views, the credits and the benefits and benefits of the bail of participation banks engaged in Islamic banking today. It was tried to determine how the bail's legitimacy took place and which evidence it was based on, and the frame and borders of the bail were drawn in the essential provisions. Bail contracts were examined in sects and it was concluded that bail contracts were authentic. It has been revealed that bail has an important place in Islamic banking with the fact that it is a suitable contract in terms of Islam, it teaches people to trust each other, and it has a stimulating effect on the economy with the use of credit.

Keywords: Islamic Law, Surety, Surety Participation Banking, Funding

İÇİNDEKİLER

| | |
|-------------------------------------|-----------|
| TEZ ONAYI | i |
| BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ..... | ii |
| ÖZET..... | iv |
| ABSTRACT | v |
| TABLolar LİSTESİ..... | x |
| ŞEKİLLER LİSTESİ..... | xi |
| GİRİŞ | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

| | |
|---|----------|
| KEFALETİN TARİHÇESİ..... | 3 |
| 1.1. Hint Hukuku'nda Kefalet | 3 |
| 1.2. Roma Hukuku'nda Kefalet..... | 3 |
| 1.3. Eski İnan Hukuku'nda Kefalet..... | 4 |
| 1.4. Cahiliye Devrinde Kefalet..... | 4 |
| 1.5. Türk Hukunda Kefalet..... | 4 |
| 1.6. İsviçre Borçlar Hukuku'nda Kefalet | 5 |

İKİNCİ BÖLÜM

| | |
|---|----------|
| KEFALET AKDİNİN İNCELENMESİ VE ÜCRETLE KEFALET | 6 |
| 2.1.Kefalet Akdinin Tanımı ve Mahiyeti | 6 |
| 2.1.1. Kefalet Akdinin Tanımı..... | 6 |
| 2.1.1.1. Mezheplere göre Kefalet..... | 6 |
| 2.1.1.2. Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet | 7 |
| 2.1.2. Kefalet Akdinin Mahiyeti..... | 8 |
| 2.2.Kefalet Akdinin Delilleri..... | 9 |

| | |
|---|----|
| 2.2.1. Kur'an..... | 9 |
| 2.2.2. Sünnet..... | 10 |
| 2.2.3. İcma..... | 13 |
| 2.2.4. Örf..... | 14 |
| 2.3. Kefaletin Faydaları..... | 14 |
| 2.4. Kefaletin Rükünleri..... | 17 |
| 2.4.1. İcap..... | 17 |
| 2.4.1.1. Açık lafız..... | 17 |
| 2.4.1.2. Kinayeli lafız..... | 18 |
| 2.4.1.3. Şartlı lafız..... | 18 |
| 2.4.1.4. Kefalet akdinin yazıya geçirilmesi..... | 19 |
| 2.4.2. Kabul..... | 20 |
| 2.5. Kefalet Akdinin Şartları..... | 22 |
| 2.5.1. Kefilde Bulunması Gereken Şartlar..... | 22 |
| 2.5.1.1. Akıl..... | 22 |
| 2.5.1.2. Buluş..... | 23 |
| 2.5.1.3. Hürriyet..... | 23 |
| 2.5.2 Alacaklıda Bulunması Gerekli Olan Şartlar..... | 24 |
| 2.5.3. Asıl Borçluda Bulunması Gerekli Olan Şartlar..... | 25 |
| 2.5.4. Kefaletin Konusu İle İlgili Şartlar..... | 27 |
| 2.5.4.1. Kefaletin konusunun belli olması..... | 27 |
| 2.5.4.2. Kefil olunan borç ödemesi zorunlu borçlardan olması..... | 28 |
| a) Kefalet sahih olan borçlar..... | 29 |
| b) Kefalet sahih olmayan borçlar..... | 29 |
| 2.6. Kefalet Akdinin Çeşitleri..... | 30 |
| 2.7. Kefilin Sorumlulukları..... | 34 |
| 2.7.1. Kefilin Sorumluluğu Ne Zaman Başlar..... | 35 |

| | |
|---|----|
| 2.7.2. Kefilin Sorumluluğunu Yerine Getirmemesi | 35 |
| 2.8. Kefilin Hakları | 37 |
| 2.8.1. Borçlunun Sorumluluğunu Yerine Getirmesini İstemek | 39 |
| 2.8.2. Borçluyu Hapsettirmek | 39 |
| 2.8.3. Borçluyu Yolculuktan Engellemek | 39 |
| 2.8.4. Kefilin Asile Rucûu | 39 |
| 2.9. Kefalet Akdinin Sona Ermesi | 44 |
| 2.9.1. Tabii Olarak Sona Ermesi | 44 |
| 2.9.1.1. Borçlunun teslimi | 44 |
| 2.9.1.2. Borcun ödenmesi | 44 |
| 2.9.1.3. Kefil veya Asilin ibrası | 45 |
| 2.9.2. Fevkaledede Sebeblerle Sona Ermesi | 45 |
| 2.9.2.1. Ölüm | 45 |
| 2.9.2.2. İrtidat | 46 |
| 2.9.2.3. Fesh | 47 |
| 2.9.2.4. Verâset | 47 |
| 2.9.2.5. Sulh | 47 |
| 2.9.2.6. Havale | 48 |
| 2.9.2.7. Hibe | 48 |
| 2.10. Ücretle Kefalet | 48 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KATILIM BANKACILIĞINDA KEFALETİN UYGULAMA ALANLARI ... 54

| | |
|---------------------|----|
| 3.1. Murabaha | 54 |
| 3.2. Müşârağa | 56 |
| 3.3. İcare | 57 |
| 3.4. Selem | 59 |

| | |
|--|-----------|
| 3.5. İstisna..... | 60 |
| 3.6. Karz-1 Hasen..... | 61 |
| 3.7. Teverruk | 62 |
| 3.8. Teminat Mektupları | 63 |
| 3.8.1. Teminat Mektupları ve Kefalet İlişkisi..... | 66 |
| 3.8.2. Teminat Mektuplarından Ücret Almanın İncelenmesi | 67 |
| 3.8.2.1. Ücretin Caiz Olmadığını Savunanlar | 68 |
| 3.8.2.2. Ücretin Caiz Olduğunu Savunanlar..... | 69 |
| 3.9. Akreditif İşlemleri | 70 |
| 3.9.1. Akreditif İşlemleri ve Kefalet İlişkisi | 71 |
| 3.9.2. Akreditif Karşılığı Ücret..... | 72 |
| | |
| DÖRDÜNCÜ BÖLÜM | |
| KATILIM BANKALARINDA KEFALETLE KREDİ KULLANDIRIM | |
| İNCELEMELERİ | 73 |
| 4.1. Bankaların Kefaletle Verilen Gayrinakdi Kredilerine Genel Bakış | 73 |
| 4.2. Katılım Bankaları Bilanço Dışı Yükümlülükleri..... | 74 |
| 4.3. Katılım Bankaların Garanti ve Kefaletlerin Karşılaştırması | 76 |
| | |
| SONUÇ..... | 78 |
| | |
| KAYNAKÇA | 80 |

TABLÖLÄR LİSTESİ

| | |
|--|----|
| Tablo 5.2.1: Katılım Bankaları Bilanço Dışı Yükümlölükleri..... | 74 |
| Tablo 5.3.1: Katılım Bankaları Garanti ve Kefaletlerin Karşılaştırması | 76 |



ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 5.1.1: Bankaların kefaletle verilen gayrinakdi krediler 73



GİRİŞ

İslam hukukunda akitlerin kendine özgü tasnifleri vardır. Bizim çalışmamızda yer verdiğimiz akit ise kefalet akdidir. Rasulullah (s.a.v.) efendimizden günümüze kadar, Müslüman âlimler ve hukukçular tarafından İslam hukuku ile ilgili çok değerli eserler ortaya konulmuştur. İnsanların birbirine güvenmediği ticari hayatta, ticaretle uğraşan insanların kendilerini ve sattıkları ürünlerin karşılığını garantiye almak istemesi nedeniyle kefalet bugün ticarete en çok başvurulanan akitlerin başında gelmektedir. Konu ele alınırken özel bir mezhebe bağlı kalmadan mezheplerin genel görüşleri ve gerekçelerine yer verilecek, gerektiğinde ise değerlendirme yolu tercih edilecektir. Bu esnada Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerin yanı sıra yer yer diğer mezheplere de değinilecektir. Çalışmamızda kefaletin tarihçesinden, genel hatları ile İslam hukukunda kefaletin ne anlama geldiğini ifade edilmiş ve kefaletin detayına inmeye çalışılmıştır. Daha sonrasında katılım bankacılığında fon kullandırım yöntemleri incelenmiş, kefaletin katılım bankacılığı uygulama alanlarına değinilmiştir. Bizi bu araştırmaya sevk eden bir başka husus da İslam hukuku'nu imkânlarımız ölçüsünde inceleme ve tanımaya çalışma azmimizdir.

Tezimizin ilk bölümün de kefaletin tarihçesinden bahsedilmiş ve diğer medeniyetler açısından kefalet konusu incelenmiştir. İkinci bölümde kefaletin tanımı, mahiyeti, delilleri, faydaları, rükünleri, şartları, sona ermesi, çeşitlerine değinilmiştir ve kefaletin genel çerçevesi çizilmiştir. Ayrıca Ücretle kefalet başlığı açılarak, ücretle kefaletin değerlendirilmesi yapılmıştır. Üçüncü bölümde katılım bankacılığında kefaletin uygulama alanlarına değinilmiş ve hızla gelişmekte olan hukuk, iktisadi hayatımıza giren bankalar tarafından verilen teminat mektupları, akreditifler vb. birçok akit de yine İslam hukukundaki kefalet akdi içinde nasıl yer aldığı ve kefaletle ilişkileri incelenmiştir. Son bölüm olan dördüncü bölümde ise, Katılım Bankalarının kefalet açısından rakamsal ifadelerle yer verilmiştir. Birinci kısımda bankaların kefaletle verilen gayrinakdi kredilerine genel olarak bakılmış, ikinci kısımda katılım bankalarının kefaletin yer aldığı bilanço dışı yükümlülükleri incelenmiş ve son olarak üçüncü kısımda katılım bankalarının kendi içerisinde garanti ve kefaletlerinin karşılaştırılması yapılmıştır.

Kefalet akdi İslam hukukunun klasik doktorindeki bilgilerden hareketle yeni bir sistematik ve plan dahilinde ele alınacaktır. Bu çalışma da Türk Borçlar Hukuku ve Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümleriyle de karşılaştırma yapılacaktır. Günümüz şartları dikkate alındığında uyuşmayan kefalet hükümlerinin sebeplerine yer verilip, farklılığın nereden kaynaklandığına da değinilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALETİN TARİHÇESİ

Tarihin, tespit edilebildiği kadarıyla eski devirlerden beri kefaletle bir teminat akdi olarak bakılması ve rastlanmasıdır. İslam Hukuku'nda Kefalet ve Katılım Bankacılığı Uygulamaları başlığı altında inceleyeceğimiz tezimizde kefaletin tarihine de göz atmak gerekir.

1.1. Hint Hukuku'nda Kefalet

Eski Hint hukuku'nda kefalet bir akit olarak mevcuttu. Fakat kefaletin konusu kanuna, örf ve âdete uygun olmazsa geçerliliği bulunmazdı (Arsal, 1964: 55-56).

1.2. Roma Hukuku'nda Kefalet

Romanın eski devirlerinden itibaren kefalet akdi bulunmaktadır. Bir müellifin ifadesine göre, Roma hukukunda da kefalet, başlı başına (müstakil) bir akit olmayıp, fer'i (esas borca bağlı) bir nitelik taşırdı. Bunun bir sonucu olarak da esas borçlu borcu ödemediği zaman kefil öderdi (Umur, 1984: 193). Kaynaklara göre Roma'da üç kefalet akdinden söz edilmektedir. Sponsio, Fidepromissio ve Fideiussio.

Sponsio, en eski kefalet türüdür. Sadece Romalı halkı arasındadır. Bir kimsenin başkasının borcunu ödeme mükellefiyeti altına girmesidir. Fidepromissio, bununla her türlü borç teminat altına alınmaktadır. Fideiussio, Cumhuriyet devrinde ortaya çıkmış kefalet şeklidir. Zamanla diğerleri ortadan kalkmış sadece bu kefalet çeşidi kalmıştır. Modern hukuk sistemlerine etki etmiştir. Roma hukunda kefalet, kendi başına bir akit olmayıp, fer'i nitelik taşırdı. Esas borçlu borcunu ödemediği zaman kefil öderdi (A.g.e.: 316).

1.3. Eski İnan Hukuku'nda Kefalet

İranlıların eski hukuklarında kefalet akdi mevcuttur. Kefâletin bazı hükümleri şöyleydi: Alacaklının önce kefile müracaatı gerekirdi. Kefilin asıl borçluya müracaat hakkı vardı. Kefil asıl borçludan rehin almadıkça kefil olmazdı (Esat, 1916: 179).

1.4. Cahiliye Devrinde Kefalet

Rasulullah (s.a.v.)'ın bi'setinden önce, Arabistan'da kefalet kullanılıyordu. Rasulullah (s.a.v.)'ın bi'setinden sonra, kefaletin uygulanmasını kabul etti.

1.5. Türk Hukunda Kefalet

Uygur Türklerinde kefalet akdinin mevcut olduğu bilinmektedir (Cin ve Akgündüz, 1990: 71). Türkler Karahanlılar'ın Müslüman olmasıyla İslam hukuku'nu benimsemiş ve bu hukuka göre kıymetli eserler yazmışlardır (Cin ve Akgündüz, 1990: 129). 1868-1899 yılları arasında Osmanlı devleti döneminde fıkıh kitaplarında bulunan borçlar hukuk ile ilgili hükümler kanun haline getirilmiştir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye adlı bu kanunun 612-672. maddeleri kefalet hakkındadır (Cin ve Akgündüz, 1990: 145). 1926 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'ndan tercüme edilerek kabul edilen yeni Türk Borçlar Kanunu ile Mecelle yürürlükten kaldırılmıştır (Karaman, 1989: 337). Halen yürürlükte olan Türk Borçlar Kanunu'nun 483-503. Maddeleri kefaletle alakalıdır.

Tezimiz İslam hukuk'unda kefalet olduğu için, Türk hukuku'nda kefaletede değinilmiştir. Türk Borçlar Kanununa göre kefalet sözleşmesi: "Kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir" (Türk Borçlar Kanunu, 2012: md.581).

Kefilin borcu bağımlı, tâlî bir borçtur. Asıl borcun varlığına bağılıdır (Reisoğlu, 1964: 6). Asıl borç geçerli ve kabul edilebilir bir borç olmalıdır. Asıl borç hata, hile,

yasalara ve ahlaka uygunsuzluk, imkânsızlık ya da öngörülen biçime uymama nedeniyle geçersizse, kefâlette geçersiz olur (Zevkliler, 1987: 197). Eylem ehliyetini taşımayan kişinin akdettiği kefâlet sözleşmesi geçersizdir. Kefâletin teminat akdi olması sebebiyle, borcun borçludan temin edilmemesi durumunda alacaklı kefile başvurarak borcu ondan temin eder (Zevkliler, 1987: 198). Kefâlet karşılıksız bir sözleşmedir. Fakat taraflar arzu ederlerse kefil olunması için bir menfaat para vb. bir karşılık kararlaştırabilirler (Zevkliler, 1987: 199). Kefil alacaklı, borçlu arasındaki ilişkiler taraflara çeşitli sorumluluklar ve haklar getirmektedir. Türk Borçlar kanunu'nda kefilin sorumluluğu 484, 490 ve 491. maddelerde; kefile-alacaklı ilişkileri, 497. maddede; Kefille borçlu arasındaki ilişkiler ise 496, 497, 498 ve 503. maddelerde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesi ya asıl borcun sona ermesiyle ya da asıl borçtan bağımsız, kendine has şekillerde sona erer (Tandoğan, 1989: 803).

1.6. İsviçre Borçlar Hukuku'nda Kefalet

Türkiye Cumhuriyeti Hukuku'nda tesirleri olan, İsviçre Borçlar Hukuku'nda kefilliğin uygulama alanı para ve diğer borçlara ilişkindir. Paraya çevrilebilen bütün borçlara kefil olunabilir (Oser, 1964:2). Kefalet borcu fer'i bir borçtur, varlığı başka bir borcun varlığına bağlıdır (A.g.e.: 4-5). Kefalet asıl borcun güçlendirilmesini sağlayan bir akittir (A.g.e.: 7). 1941 yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nda Yeni Kefillik hukuku ile kefil koruyacak şekilde yeni kurallar getirilmiştir. Buna göre, kefilin sorumlu olacağı tutar kefalet senedinde kesinlikle yazılmalıdır. Kefilin sorumlu tutacağı tutar, faiz, dava açma giderleri, sözleşme cezaları vb. yan ödemelerin eklenmesiyle aşamayacak miktardır. Kefalette yüksek bir üst sınır belirlenmiş ve kefilin daha büyük borç altına girmesi engellenmiştir (Oser, 1964: 67-68). İsviçre Borçlar Hukuku'nda borcun ortadan kalkmasıyla kefalet borcu da ortadan kalkar. Borçtan bağımsız ortadan kalkma sebepleri de vardır (A.g.e.: 345). Kefalet borcunu ortadan kaldıran bazı durumlar şunlardır; Borçtan ibra sözleşmesi, yenileme, ödemenin imkânsızlığı, borcun yıllanması, borç yüklenme naklidir (A.g.e.: 345-347).

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALET AKDİNİN İNCELENMESİ VE ÜCRETLE KEFALET

2.1.1. Kefalet Akdinin Tanımı ve Mahiyeti

2.1.1. Kefalet Akdinin Tanımı

ك ف ل kökünden türemiş olan kefâlet, lugatta ilave etmek manasına gelir. İslihatta ise kefâlet için değişik tarifler yapılmıştır. Manası aynı olmakla birlikte, lafızları değişiktir. Fıkıh literatüründe “zeamet”, “kabale”, “hamale” ve “daman” diye de adlandırılan kefalet lugatta, zam ve ilave anlamında olup, terim olarak bir malın veya bir nefsin istenmesi hususunda kendi maddi, manevi mal varlığını başkasının zimmetine ilave ederek o başkasının hakkında lazım gelen isteme hakkını kendisinin üstlenip taahhüt etmesi demektir (Bilmen, 1970: 345).

Mezheplerin bakış açıları ve Türk Borçlar Hukuku açısından kefaleti incelemeye çalışalım.

2.1.1.1.1. Mezheplere göre Kefalet

Hanefi mezhebine göre kefâletin tarifi; Bir borcun istenmesi hususunda kendi şahsının başkasının zatına ekleyerek onun hakkında gereken borcun istenmesini iltizam (üstlenmek) etmektir (Serahsi, 1912: 124). Hanefi Hukukçularından Molla Hüsrev (v.885/1480) bu tanıma kefâlet çeşitlerinden şahsa kefâleti içine almıyor, diye itiraz ederek şöyle bir tarif yapmıştır: "Şahsın, malın, teslimin talep edilmesinde zimmeti zimmete eklemektir" (Hüsrev, 1984: 26). “Şafii Mezhebine göre kefâlet, Bir malın, bir borcun edasını veya bir şahsın teslimini iltizamdır” şeklinde tanımlanmıştır (Şemsüddin Muhammed, 1967: 432). Mâliki mezhebine göre kefâlet, “Asıl borçlunun zimmetindeki bir hak ile başkasının zimmetinin de meşgul olmasıdır.” diye tarif etmişlerdir (Huraşi,

1966: 21). Hanbeli Mezhebine göre ise, tazminat altına alanın zimmetini kendisi adına tazmin edilenin zimmetine herhangi bir hakkı veya bir borcu yerine getirmek üzere eklenmesidir şeklinde tarif etmişlerdir (İbn Kudâme ve Ebû Abdullah Ahmed, 1972: 70).

2.1.1.1.2. Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet

Kefalet sözleşmesi, bir teminat (güvence) sözleşmesi olup, bir kimsenin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi kendi üstüne almasını öngören tüm sözleşmeler için teminat sözleşmesi deyiimi kullanılmaktadır. Tehlike ise, gerçekleşmemesi umulan zarar verici bir olayın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesi umulan ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi ihtimalinin olmasıdır. İşte teminat sözleşmelerinde borçlu, başkasının karşısında bulunduğu bir zarar tehlikesini üzerine almaktadır (Yavuz, 2012: 665). Kefalet akdi, her ne kadar yabancı bir borcun sorumluluğunu üzerine alması dolayısıyla daima üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılsa da bu üçlü ilişkide asıl borçlu kefalet akdinin tarafı olmaktan çıkar ve kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında kurulmuş olur. (Reisoğlu, 1964: 20).

Kefalet sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 483. maddesinde şu şekilde tarif edilmiştir; 'Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.' 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki tanım sahip olduğu aksaklıklar nedeniyle pek çok noktada eleştiriye tabi tutulmuştu. İlk olarak, tarifteki 'borçlunun akdettiği borç' tabiri sadece akdi yükümlülükler için kefil olunabileceği izlenimini vermekteydi (Reisoğlu, 1964: 21). Hâlbuki kefalet sözleşmesi sadece sözleşmeden doğan borçlara değil, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden yahut nafaka borcu gibi kanundan doğan borçlara da verilebilir. Başka bir ifadeyle, para ile belirtilebilen, tazmin edilebilen herhangi bir borç için hukuki sebebi ne olursa olsun kefalet altına alınabilir (Tandoğan, 1989: 693). Bunun yanı sıra, kefil borçlunun borcunu ödemesini temin etmeyi taahhüt etmez, borçlunun borcunu ödememesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Aksi takdirde, borcun edasını temin ettiği kabul edilseydi, asıl borcun yerine getirilmesi için gerekli çabayı gösterdiğini ve bu bakımdan bir kusuru olmadığını ispat etmesi halinde kefilin borcundan kurtulması

gerekirdi (Tandoğan, 1989: 693). 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 483'deki tanımında yer alan bir diğer sorun ise, 'borçlunun akdettiği (hâlihazırda mevcut) bir borca kefil olmaktan söz edilmesidir. Oysa kefalet sözleşmesinde böyle bir zorunluluk olmayıp, ileride doğacak bir borca kefil olunabilir (Özen, 1946: 53).

2.1.2. Kefalet Akdinin Mahiyeti

İslam hukukçularına göre, kefalet bir akittir. Mecelle'de kefalet "Kitabü'l-Kefâle" kitabında geçmekte ve "akd-ı kefalet" olarak açıkça bahsedilmektedir. Ancak kefalet, tek başına akit olmayıp başka hakka tabi bir akittir. Bu hak sabit olmadığı sürece kefalet gerçekleşmez. Kefâlet, asil açısından ödünç para istemek, kefil açısından ise asilin borcunu ödediği takdirde asile borç para vermesi gibidir. Başlangıçta karz olan kefâlet; kefilin borcu için alacaklıya ödediğini, asilden almak için, asile başvurması halinde ıvazlı bir akite dönüşmektedir. Bir başka açıdan kefâlet, başlangıçta vacip olmayan bir şeyi üstlenmek açısından nezre, asilin emriyle olursa kefilin asile rucû bakımından alışverişe (Merginani; 1990: 3), kefâlet asilin emri olmaksızın gerçekleşmişse başlangıcı ve sonucu itibariyle teberrû akdine benzer (A.g.e.: 104). Aynı zamanda kefâlet, tek taraflı bağlayıcı olan bir akittir. Alacaklı istediği zaman kefâlet akdini sonlandırabilir. Akdin alıcıya karşı bağlayıcılığı yoktur. Kefile göre ise bağlayıcılığı mevcuttur. Kefil kendiliğinden bu akdi feshedemez, iptal edemez.

2.2. Kefalet Akdinin Delilleri

2.2.1. Kur'an

Kur'an-ı Kerim Rasûlullah (s.a.v)'a vahiy yoluyla gelen, mushaflarda yazılan, tevatürle nakledilen ve tilavetiyle ibadet olunan en üstün sözdür (ez-Zerkâni, 1985: 1-12). İslam Hukuku'nun ana kaynağı Kur'an-ı Kerim'dir. Hüccet olmasının sebebi Allah (c.c) tarafından gönderilmiş olmasıdır. Bu durum Kur'an-ı Kerim'de şöyle ifade edilmektedir: "İşte bu bizim indirdiğimiz mübarek bir kitaptır. Buna uyun ve Allah (c.c)'tan korkun ki size merhamet edilsin." (Enam Süresi, 155. Ayet).

Kefalet kelimesi Kur'an'da türevleriyle birlikte on yerde geçmektedir. Bunlar; Al-i İmran 3/37, 44; en-Nisa 4/85; en-Nahl 16/91; Taha 20/40; el-Enbiya 21/85; el-Kasas 28/12; Sad 38/23, 48; el-Hadid 57/28. "Zülkifl" şeklinde bir isim olarak geçtiği iki ayetle (el-Enbiya 21/85; Sad 38/48) kifl kelimesinin "pay" (en-Nisa 4/85) ve "kat" (el-Hadid 57/28) anlamlarında kullanıldığı iki ayet hariç tutulursa diğerlerinin genel anlamda birinin sorumluluğunu veya biri adına sorumluluğun üstlenilmesi olarak ifade edilebilir.

Kur'an-ı Kerim'de kefalet, hukukta ki anlamı ile geçmez. Ancak kefaletle ispat olarak gösterilen ayetlerden bazıları şunlardır:

- "Rabbi Meryem'e hüsnü kabul gösterdi; Onu güzel bir bitki gibi yetiştirdi. Zekeriya'yı da onun bakımı ile görevlendirdi " (Ali İmran Süresi, 37. Ayet).

Bu ayet Taberi (v.310/922) ve Razi'ye (v.606/ 1210) göre kefaletle ilgili göstergesidir. Kurtubî (v.671/ 1273) bu ayetin kefaletle ilgili olmadığını söyler (Kurtubi; 1985: 69). Kurtubî'nin görüşü bir nebze haklı olabilir. Çünkü kefalet kelimesi geçmediğinden ve kefaletten daha çok emanet ön plana çıktığından, kefaleti gerektirecek açıkça herhangi bir borç söz konusu değildir.

- "... Şayet borçlu sefih veya akli zayıf veya kendisi borcunu söyleyip yazdıramayacak durumda ise velisi adâletle yazdırsın... "(Bakara Süresi, 282. Ayet).

Günümüz müelliflerinden bazıları, ayetin şu sebeple kefaletle yakın olduğunu söyler.

Borcun yazılması zaruridir. Eğer borçlu yazmaktan aciz ise, onun velisi borcu ikrar eder.Müellifin ifadelerinden açıkça kefâlete hükmedilecek bir durum olmadığı anlaşılmaktadır. Üstelik bu ayette, veli taahhüt altına girmemekte, borcu onun yerine borçlu yazdırmaktadır. Bu ayette kefâleti ifade etmememiş ve kefaletin tarifine uygun değildir.

► Kefâlete delil gösterilen, açıkça ifade edilen âyet Yusuf Sûresi'nin 72. ayetidir. Ayetin daha anlaşılır olması için önceki ayetler ile birlikte söylemekte fayda vardır:

"Yusuf (a.s) onların yükünü hazırladığı zaman maşrabayı kardeşinin yükü içine koydu. Kafil hareket ettikten sonra bir tellal: "Ey Kafil! Siz hırsızlıyorsunuz! diye seslendi. (Yusuf (a.s)'un kardeşleri) onlara dönerek, "Ne arıyorsunuz, dediler. "Kralın su kabını arıyoruz; onu getirene bir deve yükü bahşiş var dediler. İçlerinden biri "ben buna kefilim" dedi" (Yusuf Süresi, 70-72. Ayet). Bu kelimeyi "kefil" diye tefsir eden başka âlimler de vardır. Buradaki Z-A-M, kelimesinin "kefil" diye tefsir edilmiş olması, tellalın bahşiş haber vermesi, maşrabayı getirene bahşiş verme taahhüt etmesi ve içlerinden birinin ben buna kefilim demesi bunun kefâlet olduğunun açıkça delilidir.

Yukarıda incelenen ayetlerde Yusuf süresi 72. Ayeti hariç, diğer ayetlerde kefalet kelimesi geçmediğinden ve kefaleti anlatacak kelime ve manada bulunmadığından kefalete delildir diyemeyiz.

2.2.2. Sünnet

İslam hukukuna göre sünnet, Fıkıh Usul'ünde "Rasulullah (s.a.v)'in söz, fiil ve takrirleridir" (Molla Hüsrev, 1884:196), İslam hukuku'nda sünnet Kur'an-ı Kerimden sonra ikinci hüküm kaynağıdır. (Semerkandî, 1955: 419). Sünnetin İslam hukukunda ki yerini bize anlatan ayetlerden biri de şudur; "Ey iman edenler! Allah (c.c)'a itaat edin. Rasûlullah (s.a.v)'a ve sizden olan ulu'l-emre de itaat edin. Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz, Allah (c.c)'a ve ahirete inanıyorsanız, onu Allah (c.c)'a ve Rasul'e götürün; bu hem hayırlı, hem de netice bakımından daha güzeldir" (Nisa Süresi, 59. Ayet).

Kefalet akdinin geçerli olduğunu anlatan bazı hadisler şunlardır:

- Ebu Ümame el-Bahili (r.a)'dan rivayet edilmiştir: “Kefil tazminatını öder” (Abdurrezzak, 1972: 173).
- Seleme b. Ekra (r.a.)'dan şöyle rivayet edilmiştir; “Biz Nebi (s.a.)'nin huzurunda oturuyorduk.

Bir cenaze getirildi. Cenaze sahipleri;

- Cenazemize namaz kılsanız, diye Rasûlullah (s.a.v)'a haber verdiler. Rasûlullah (s.a.v):
- Ölünün borcu var mı? diye sordu. Onlar:
- Hayır, dediler. Rasûlullah (sav):
- Bir dünyalık bıraktı mı? dedi.
- Hayır, diye cevap verdiler. Bunun üzerine Rasûlullah (s.a.v) cenaze namazını kıldı.
- Sonra bir başka cenaze getirildi. Cenaze sahipleri:
- Cenazemize namaz kılsanız, diye haber gönderdiler, Rasûlullah (sav):
- Ölenin borcu var mı? diye sordu.
- Evet, dediler. Rasûlullah (sav):
- Bir dünyalık bıraktı mı? dedi:
- 3 dinar, diye cevap verdiler. Bunun üzerine Rasûlullah (s.a.v.) cenâze namazını kıldı.

Üçüncü cenâze getirildi,

- Cenazemize namaz kılsanız, diye Rasûlullah (s.a.v)'a haber verdiler,

Rasulullah:

- Bir dünyalık bıraktı mı? diye sordu - Hayır, dediler
- Borcu var mı? dedi:
- 3 dinar, dediler.
- Arkadaşınıza namaz kılınız, buyurdu. Bunun üzerine Ebû Katâde (r.a)
- Yâ Rasûlullah (s.a.v), Onun namazını kılınız, ben borcuna kefilim, dedi.

Rasûlullah (s.a.v) da namazını kıldı. (Buhari, 1892: 3)

Sarihlerin ifadesine göre bu hadis ölen fakir borçluya kefil olunabileceğininide göstermektedir. (İbn Hacer, 1988: 329)

- Kabisa b. Muharik el-Hilâli (r.a)'den rivâyet edilmiştir: "Mala kefil olmuştum. Rasûlullah (s.a.v) gelip ihtiyacımı gidermesini istedim. Buyurdu ki,

-Sadaka gelinceye kadar bekle, onu sana verelim. Ey Kabisa! Dilenmek Şu üç kişiden başkasına helal olmaz. Bir adam kefil olur, kefil olduğu malı ödeyinceye kadar dilenmek helaldir. Sonra dilenmez. Bir adam, malları helak olur, geçimini temin edebileceği duruma ulaŐıncaya kadar dilenmek helaldir. Bir adam iflas etmiştir. Kavminden, akklı başında üç kişi falan gerçekten iflas etti, derler. Geçimini temin edinceye kadar dilenmesi helaldir. Ey Kabisa! Bunlardan başkasının dilenmesi haram yemektir (Müslim, 1983: 109). Diğer bir hadiste;

➤ İbn Abbas (r.a.)’dan rivayet edilmiştir. “Bir adam 10 dinar vereceği olan borçlusunu sıkıŐtırıyordu. Borçlu

-Vallahi, sana ödeyecek param yok, dedi. Alacaklı:

-Vallahi, ya ödersin ya da bir kefil bulursun, yoksa ayrılmam, dedi. Adam:

-Borcumu da ödeyemem, kefil de bulamam, diyerek alacaklıyı Rasulullah (s.a.v.)’ın yanına götürdü ve:

-Ya Rasulullah (s.a.v.) bu adam beni takip ediyor. Bekle, borcunu ödeyeyim, diyorum reddetti, dedi.

Rasulullah (s.a.v) adamın borcuna kefil oldu

Bir süre sonra borçlu vadettiği Şeyi getirdi.

Rasulullah (s.a.v.)

-Bu altını nerden aldın, dedi. Adam:

-Madenden, diye cevap verdi. Rasulullah (s.a.v)

-Bizim ihtiyacımız yok, ondan hayır da yok, diyerek adamın borcunu kendisi ödedi (İbn Mace, 1981: 9). Hadiste de anlatıldığı üzere Peygamber efendimiz (s.a.v) bir kişiye kefil olmuş, borcunu ödemiş ve kefil borcunu getirdiğinden de helal yoldan mı haram yoldan getirdiğini öğrenmek içinde kaynağını sormuŐtur.

➤ Hamza b. Amr- el-Eslemî babasından rivayet etmiştir: "Hamza b. Amr el-Eslemi'nin babasını Ömer (r.a.) zekât toplayıcısı olarak gönderdi. Bir adam, karısının cariyesiyle zina etti. Amr, (cezalandırılmak üzere) adamdan Ömer (r.a.)’e gelinceye kadar kefil aldı. Ömer (r.a.), Amr'ın bu uygulamasını kabul etti. Adam zinanın hükmünü bilmediği için recm değil, tazir cezası uygulayarak 100 değnek vurdu (İbn Hacer, 1988: 370).

Hadis kefâletin meşrutiyetine delildir. Çünkü Amr (r.a.) sahabedir, Ömer (r.a.) sahabenin çokluğuna rağmen onun suçludan kefil almasını kabul etmiş ve kefillik açıkça belirtilmiştir (Hanbel, 1895: 330).

- İbn Sirin'den rivayet edildiğine göre: "Bir adam Şureyh'in oğluyla davalı oldu. Şureyh geldi. Oğlu, davalı olduğu adamın lehine bir adamın borcu için kefil olmuştu. Şureyh oğlunu hapsedirdi (Abdurrezzak, 1972: 173). Şureyh'in oğlunu hapsedirmesinden oğlunun kefâlet görevini yerine getirmediği anlaşılmaktadır (Serahsi, 1912: 88-89).

Hadisler incelendiğinde genel anlamda şu sonuçlara ortaya çıkmaktadır;

1. Rasulullah (s.a.v) kefâleti onaylamış ve sahabenin kefil olmasına önderlik etmiştir.
2. Kefâlet borcunun ödenebilmesi için gerektiği kadarıyla kefil belli şartları yerine getirmek kaidesiyle dilenebileceği beyan edilmiştir.
3. Rasulullah (s.a.v) da bir borçluya kefil olmuş, daha sonra bu borcu kendisi ödemiştir.
4. Ömer (r.a.)'ın görevlendirdiği memur, zina haddinden dolayı kefil almıştır.

2.2.3. İcma

İslam hukuk usulüne göre İcma, "Rasûlullah (s.a.v)'dan sonraki herhangi bir asırda İslam ümmetinden müçtehidlerin ameli işlerden birinde şer'i hüküm üzerinde ittifak etmeleridir" (Ebü Zehra, 1986: 198). İslam hukuku'nda bir meseleye ait hüküm açıkça Kur'an-ı Kerim ve sünnette bulunmaz ise, icmâ ile hüküm verilir (Atar, 1988: 52). İcmânın hüküm kaynağı olduğuna delil olarak şu ayetten anlaşılabilir; "Kendisi için doğru yol belli olduktan sonra kim Rasüle karşı çıkar ve müminlerin yolundan başka bir yola giderse, onu o yönde bırakırız ve cehenneme sokarız; o ne kötü bir yerdir" (Nisa Süresi: 115. Ayet). Kefâlet ile ilgili incelediğimiz mezhepler arasında icmâya başvurulmuştur. Bu konuda cereyan eden tartışmalar konunun teferruatlarıyla ilgilidir (İbn Kudame, 1994: 71).

2.2.4. Örf

İslam hukuk usulünde örf: "İnsanlar arasında öteden beri yapılan, akla güzel gelen, nasslara muhalif olmayan, fer'i konularda kendisiyle hüküm verilen söz veya ameldir" (Ebü Zehra, 1986: 273). İslam Hukuku'nda, hüküm çıkarmak için kullanılan kaynaklardan bir diğeri de örfdür. Fakat örf Kur'an-ı Kerim ve Sünnet gibi müstakil bir hüküm kaynağı değildir (Zeydân, 2011: 254). Örfün hüküm kaynağı olduğuna delil getirilen ayetlerden birisi şudur: "Sen af yolunu tut, iyiliği emret ve cahillerden yüz çevir" (Araf Süresi, 199. Ayet).

Kefâlette, örfün yerini göstermesi açısından şu örnekler verilebilir: Kefâlette şart ve icap-kabuldeki ifadeleri belirleyen örfdür. Kefâlet akdinde mutlak şart sahih değilken, örfe uygun olursa sahih olur. Farsçada "kefil oldum" anlamına gelecek bir söz söylenmesi halinde, örfe göre içinde icap kelimesi bulunan bir söz olduğundan dolayı kefâlet geçerlidir. Yine "Onun bilinmesine kefilim" ifadesine Ebû Yusuf "Örftü bu lafızla kefâlet kastediliyor, gerekçesiyle "kefâlet akdi gerçekleşir" demiştir (Kâdihan, 1986: 52).

2.3. Kefaletin Faydaları

İslam hukuku'nun kaynağı, umumi kaideleri ve hükümleri itibariyle dini karakterli bir hukuktur. Özellikle "Fıkıh ilmi" içerisinde ibadetler ve hukukî münasebetler iç içedir. Bu irtibatın tabii sonucu olarak, adalet ve hukuk sıkı bir ilişki içindedir (Karaman, 1987:572). İslam hukuku'nun genel gayesi, ümmetin düzenini korumak ve ümmetin maslahatını devam ettirmektir. Bundan dolayıdır ki, Kur'an veya Sünnetle meşru her hükümde maslahat vardır (Hallaf, 1942: 108).

Allah (c.c) getirdiği yükümlülükler ile insanların kendi veya toplum ile ilgili ilişkilerinde ve hareketlerinde sıkıntıya düşmelerini istememiştir. Bu konuda ilk akla gelen bazı ayet mealleri şöyledir:

"..Allah (c.c) sizin için kolaylık diler, güçlük istemez." (Bakara Süresi, 185. Ayet).

"Allah her şahsı ancak gücünün yettiği ölçüde mükellef kılar.."(A.g.e. 286. Ayet).

"Allah size zorluk çıkarmak istemez..." (Maide Süresi 6. Ayet).

Mâli tasarruflarla ilgili hükümlerde, servetin artırılması gözetilmiştir (Aşür, 1988: 286). Genel manada ticarete ihtiyaç duyulan ve güveni tesis eden kefâletin, servetin artmasına ve ticaretin genişlemesine yardımcı olacağı açıktır. Kefâlet hakkaniyetle yerine getirildiği ve güveni sarsacak hareketlerde bulunulmadığı takdirde ticaretin gelişmesine ve kalkınmasına yardım eder. Kefâlet gibi teberrü akitleri, toplumdaki fertler arasında kardeşliği, yardımlaşmayı ve dayanışmayı kuvvetlendirmektedir (Aşür, 1988: 293). Ticari hayatta işgal ettiği mevki teminat akitlerinin kefâlet gibi, önemi gittikçe artmaktadır. Ticari muamelelerde teminat olarak kefil temini hem kolay, zahmetsiz hem de alacaklı için avantajlıdır. Kefâlet müessesesi hayatımızda kendisini gittikçe daha çok hissettirmektedir. Taksitle satış yapan ticarethanelerin kefil talep etmeleri adet halini aldığı gibi, mahiyetleri farklı çeşitli taahhütlerin yerine getirilmesini, meselâ kira borcunun ödenmesini, temin için de kefâlette sık sık müracaat edilmektedir (Reisoğlu, 1964: Önsöz).

Günümüzde, ticaret adamları uzak ülkelerle, birbirlerini hiç tanımaksızın, ticari ilişkilere girmektedirler. Daha önce ticaret yapmayan iki kişi, malda ve fiyatta anlaşmalarına rağmen, çeşitli nedenlerle birbirlerine güvenmeyebilirler. "Acaba paramı alabilecek miyim? Bu mallar kimin? Sonradan bir sorun yaşar mıyım? vb. hallerde, taraflar endişelerini bertaraf etmek için, güvenilecekleri üçüncü bir kişiye ihtiyaç duyarlar. Ayrıca bu kişi, ticaretin gelişmesine de katkıda bulunmuş olacaktır.

Kefâlette burada devreye girer ve ticarete tarafların akıllarında bulunan soru işaretlerini ortadan kaldıran ve garanti sağlayan bir teminat akdidir. Kefâlet akdiyle alacaklı borcunu daha kolay tahsil edebilme imkânına kavuşmuş olur. Kefâlet akdinin bir başka faydası da mecellede şöyle anlatılmaktadır; "Müeccelen medyun olan kimse kable hulûl-il-ecel ahar diyare gidecek olup da dâini hâkime müracaatla ondan kefil istedikte kefil vermeğe mecbur olur". Çünkü borçlunun başka yere gitmesi halinde alacaklı onu

takip etse, yol masrafı alacağından daha çok olabilir. Oysa kefâletle alacaklının böyle bir ek külfete girmesi ortadan kaldırılabilir (Mecelle, 1982: 656). Kefil, borç yüküne girmekte ve kendi maddi imkânlarını öne sürerek fedakârlık yapmaktadır. Tarafların bu fedakârlığı görmeleri ve örnek aldıkları takdirde, kefâlet topluma hizmet eden bir "teminat müessesesi" olmaya devam edecektir. Kefil, kefâlet borcu sebebiyle sıkıntıya düşebilir. Bu durumu kefil olacak kişiler gözönünde bulundurmalıdır. Bu sebeple Serahsî (v.490/1097) kefâleti terkin ihtiyata daha yakın olduğunu söyler (Serahsi, 1912: 161). Buna karşılık İbn Abidin (v. 1252/ 1836) şöyle der: Malın korunması konusunda kefil olunmaması daha uygun olacağı görüşündedir. Ancak din konusunda durum böyle değildir. Çünkü bir müslümana yardım maksadıyla el uzatmak sevap olarak geri dönmektedir (İbn Abidin, 1984: 285).

Birkaç hususuda, kefâletin faydalı bir akit olarak devamı açısından belirtmekte faydalı olacaktır: Şahısların Allah (c.c.)'a, ahiret gününe imanlarının zayıfladığı, olaylara maddi açıdan yaklaştıkları, şahsi çıkarlarını tüm insanların çıkarlarına tercih edildiği toplumlarda, nefesine hâkim olamayan şahıslarında kefâlette dâhil herşeyin, istismar edileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Sonuçta insanoğlu bir nefis taşır ve imanı güçlü olmayanlar ona uyar. Dolayısıyla insanlar kendilerine bir güvence temin etmek isterler.

Müslümanlar arasındaki yardımlaşmayı ve dayanışmayı emir ve teşvik eden ayet şu olabilir; "İyilik ve sakınma üzerinde yardımlaşın, günah ve düşmanlık üzerine yardımlaşmayın. Allah'tan korkun; çünkü Allah'ın cezası çetindir"(Maide Süresi, 2. Ayet). İbn Ömer (r.a.)'ın rivayet ettiği bir hadiste Rasûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: "Müslüman müslümanın din kardeşidir. Müslümana zulmetmez ve onu tehlikeye atmaz. Kim din kardeşinin yardımında bulunursa, Allah (c.c.) da ona yardımda bulunur. Kim bir müslümandan bir sıkıntı giderirse, Allah (c.c.) da ondan, kıyamet gününün sıkıntılarından bir sıkıntı giderir. Kim bir müslümanı örterse, Allah (c.c.) da kıyamet günü onu örter" (Müslim, 1983: 58).

Kısaca kefâlet, fertler arasındaki irtibatı kuvvetlendiren, ticâreti canlandıran, ticarete bir güvence sağlayan, serveti artıran, toplumdaki fertlerin olgunluğunu gösteren, tek değil bir olmanın olgunluğuna ulaşmasını sağlayan "bir teminat, garanti müessesesidir".

2.4.Kefaletin Rükünleri

Rükün, bir bütünün parçaları olup, o parçaların bir araya gelmesiyle bütünün oluşmasıdır. (Hanbelî, 1948: 344). Kefâlet akdinin rükünleri hakkında İslam hukukçuları arasında fikir birlikteliği yoktur. Bazı hukukçular sadece icabı kefâlet aktinin rükünü sayarken, bazıları da alacaklının kabulünü de kefâlet aktinin rükünlerinden olduğunu söylerler.

2.4.1. İcab

Kefâlet akdinin geçerliliği için kefilin icabı şarttır. Aksi takdirde kefilin icabı olmadığı takdirde kefâlet geçerli olmaz. Kefilin icabı kabul ettiğini gösteren kelimeleri kullanması şarttır. Akitlerde şahısların kullandıkları kelimeler örfe göre değerlendirildiği için kefilin sözü örfte iltizam anlamına gelmelidir (İbn Abîdîn, 1984: 286). Örfte iltizam ifade etmeyen sözlerle kefâlet akdi gerçekleşmiş olmaz (Mecelle, 1982: 622). Kefil, kefil olacağını çeşitli şekillerde, bazen açıkca bazen kinayeli bazen de şartlı ifade edebilir.

2.4.1.1.Açık lafız

Kefil, icap'ta mesela, "falana kefil oldum veya felanı teminat altına aldım. Asıl borçlunun tazminatı bana aittir. Ben ona kefilim" gibi açık kelimeler veya cümleler kullanılması gerekir.

2.4.1.2.Kinayeli lafız

Kefil sözle değilde, bazen de açıkca kefâletin anlaşılamayacağı lafızlar kullanır. Bir hususa kefil olduğunu ifade etmek için asıl borçlunun bir organını söyler. Mesela "Falanın eline, ayağına, başına, yüzüne kefil oldum" der. Eğer söz konusu organla bütün bedenin kastedilme imkânı varsa kefâlet geçerli aksi halde geçersizdir (Mevsii, 1989: 167). Örnekte ki "Başına, yüzüne, kefil oldum" ifadeleriyle kefâlet akti gerçekleşirken" eline, ayağına kefil oldum" ifadeleriyle kefâlet akti gerçekleşmez. Çünkü yüzle başla şahsın bedeni kastedilirken, el ve ayakla beden kastedilmez (Merginani, 1990: 96). Şafii mezhebine göre kefâlet, iltizam eden sözlerle olması gerekir. Maliki mezhebine göre, borçluya ait organlarından herhangi birine yapılan icapla kefâlet gerçekleşir. Hanbeli mezhebine göre ise, hayatın devamı için gerekli olan bir organına yapılacak icapla kefâlet gerçekleşir (İbn Kudame, 1994: 96). Türk Borçlar Hukuku'na göre, kefilin asıl borçluya kefil olacağım taahhüt etmesi bir kefâlet vaadi olarak kabul edilebilir (Reisoğlu, 1964:30).

2.4.1.3.Şartlı lafız

Şart, bir hükmün varlığı kendisine dayanarak, yokluğunda hükmün yokluğu gerekirken, varlığında hükmün varlığı gerekmeyen sözdür. Bazen taraflar akitlerde aktin gerçekleşmesini şarta bağlayabilirler. İbn Hazm (v.456/ 1063) şu hadise dayanarak nasslarda mübahlığına dair bir ifâde geçmeyen şartları batıl saymaktadır (İbn Hazm, 1988: 535). "Allah (c.c.) kitabında bulunmayan şartların hepsi batıldır" (Buhari, 1892:67-73). Aynı hadisin farklı bir şekli bu itirazın geçersiz kılmaktadır. "Allah (c.c.)'ın kitabına muhalif her şart batıldır" (A.g.e.: 194). Hadiste şartların Kur'an'ın hükümlerine karşı olacak şekilde zıt olmaması emredilmiştir.

Kefâlet akdinde şartın geçerliliğine delil şu ayettir: "Kralın su kabını arıyoruz; onu getirene bir deve yükü bahşiş var", dediler. İçlerinden biri "ben buna kefilim", dedi" (Yusuf Süresi, 72. Ayet) Bu ayette kefile verilecek bahşiş su kabının getirilmesi şartına bağlanmıştır.

Kefâlet-şart ilişkisi, Kefâlette uygun şart, kefâlette uygun olmayan şart, diye ikiye ayrılmaktadır. Kefâlet akdine uygun şartlar klasik hukuk kitaplarında şu şekildedir:

- Hakkın vacip olması için neden olan şart: Örneğin; Satın aldığın bu mal sonradan ortaya çıkan bir hak sahibi tarafından elinden alınacak olursa satıcıya ödemiş olduğun paraya kefilim... gibi.
- Hakkın kolayca alınması için söylenen şart: Mesela Asıl borçlu olan Zeyd geldiğinde onun kefilim olurum. ... gibi.
- Hakkı elde etmenin zorluğu nedeniyle söylenen şart: Mesela Asıl borçlu olan Zeyd, bu şehirden giderse ben kefilim gibi.

Kefâlet akdinde bu şartların öne sürülmesinde âlimlere göre bir sakınca yoktur. Kefâlet akdine uygun şarta bağlı kefaletlerde şart gerçekleşmişse kefilin sorumluluğu başlar; gerçekleşmezse kefil sorumlu olmaz (Haydar, 1914: 11-57).

Kefalet akdine uygun olmayan şartlar ise; genelde kefâletin bir vadeye, süreye bağlanmasıyla alakalıdır. Kefâlet akdinde örfün belirleyici bir rol oynaması sebebiyle, insanların kefâlet akdi sırasında kullanmadıkları, sürelerin şart koşulması; sürenin meçhul olması ve tarafları tartışmaya götürebileceği için, sahih değildir (Kasani, 1996: 4). Bu durumda sadece şart batıldır. Çünkü kefâlet fasit şartla batıl olmaz. Kefâlet geçerlidir (İbn Nuceym, 1985: 241). Meselâ, Yağmur yağıncaya kadar, kefil olsa, şart batıl; kefâlet sahihtir. Çünkü yağmurun yağması şartı ticaretle uğraşanların yanında meçhul bir vakittir, fasittir. Fakat "hasada kadar " kaydıyla kefâlet, örfte kullanıldığı için sahihtir (Kasani, 1996: 3-4). Şart batıl olmuşsa, bu halde kefil hemen sorumludur (Mevsii, 1989: 171). Türk Borçlar Kanunu'na göre, kefâlet bir şarta bağlanabilir. Bu halde kefâlet şartın gerçekleşmesi halinde muteberdir (Türk Borçlar Kanunu, 2012: 485).

2.4.1.4.Kefalet akdinin yazıya geçirilmesi

İslam Hukuku'nda, kefâlet akdinde kullanılan lafızlar İcap kabul, kefilin ehliyeti ve kefâletin konusu gibi hususlar üzerinde ısrarla durulmasının nedenlerinden birisi daha

sonra tartışmaların ortaya çıkmasını, ikilemleri engellemektir. Günümüzde ticari kişilere güvenin azalması, borçlunun borcunu veya alacaklının ödenen borcu inkâr etmesi, yalan söylemesi gibi durumlar olabileceği gibi, ticarete zaman zaman teminata ihtiyaç duyulması kefaleti, özellikle yazılı kefaleti zorunlu hale getirmiştir. Böylece kefaletin teminat olma özelliği korunarak ticareti önemli bir yer tutmuş olur. Şu anda yürürlükte olan Türk Borçlar Hukuku'nda kefaletin geçerli olabilmesi için, yazılı olması şartı bu konuda fikrimizi güçlendirmektedir. Düzenlenecek kefalet senedinde tarafların ismi, imzalan, borcun miktarı, vadenin süresi, teslim yeri mutlaka belirtilmesi gerekmektedir.

Yüce Kitabımız Kur'an-ı Kerim'de borçların yazılması şu ayetlerle anlatılmaktadır; "Ey iman edenler! Belirlenmiş bir süre için birbirinize borçlandığınız vakit onu yazınız..." (Bakara Süresi, 282. Ayet.) Ayetin devamında borcu yazmanın üç faydası sıralanmaktadır:

- 1- Adalete uygunluk,
- 2- Şehadet görevi görmesi.
- 3- Şüpheyi ortadan kaldırması.

Söz konusu ayetteki "yazınız" emrinin mahiyeti tartışılmıştır. Taberî (VB 10/922) ve Kurtubi (v.671/1273)ye göre borcu yazmak farzdır. Fakat tarafları bu tartışmadan kurtarmak için borcun yazılması herkesin faydasına olacağı görüşündedirler. Borcun yazılı halinde, muhtemel ihtilaflara düşürmeyecek, soru işareti oluşturmayacak şekilde borçla ilgili tüm bilgiler bulunmalıdır. Kefalet, yazılı taraflar için ek külfet getirmeyecekse noter veya Resmi makamlar huzurunda yapılması ikilikleri önlemek adına fayda sağlayacaktır.

2.4.2. Kabul

Ebu Hanife (v. 150/767) ve İmam Muhammed (v.189/805)'e göre kefalette alacaklının kabulü şarttır. Çünkü kefalet sadece iltizam değildir, onda temlik manası da vardır. Âlimlere göre temlik ise icap kabul ile tamamlanır. Alacaklının kabulünün kefalet akdinin

rükünlerinden birisi sayılması halinde A "B'nin şahsına benim için kefil ol" der, C'ye. C de "kefil oldum" derse kefâlet gerçekleşmiş olur (Mevsii, 1989: 223).

Ebû Yusuf (v.182/798)'a göre kefâlette alacaklının kabulü şart değildir (Tahavi, 1950: 104). Ebû Yusuf'un delillerinden birisi Ebû Katâde (r.a.)'nin kefil olduğu hadisidir. Bu hadiste, Ebû Katâde alacaklının kabulü olmaksızın bir borca kefil olmuş, Rasûlullah (s.a.v) da bu kefaleti kabul etmiştir. Kefâlet akdi sadece iltizamdır. İltizam, iltizam etmek isteyen kendi tasarrufu olduğundan sadece onunla sabit olur. Bu sebeplerden dolayı Ebû Yusuf kefâlette alacaklının kabulünün şart olmadığı kanaatindedir. Hanefi Hukukçularından Tahâvî (v.321 / 933) Ebû Yusuf'un fetvasını tercih etmiştir (A.g.e.: 104).Kasânî'nin (v.587/1191) ifadesine göre Ebû Yusuf'a ait iki farklı görüş vardır. Birinde Ebu Hanife ve İmam Muhammed'le aynı kanaatte iken diğerinde, son görüşüdür bu, kabulün şart olmadığını savunmaktadır. (Kasani, 1996: 6). O halde bu görüşlere göre Hanefi mezhebine mensup hukukçular arasında bir ittifak, birliktelik yoktur. Şafii ve Hanbeli hukukçuları kefâlet akdinin gerçekleşmesi için alacaklının kabulünün şart olmadığı görüşündedirler. Delilleri Ebû Yusuf'un delillerine yakındır (İbn Kudame, 1994: 71). Mecelle'de "Yalnız kefilin icabıyla kefalet münakid ve nafiz olur." denilerek Ebû Yusuf'un görüşü tercih edilmiştir (Mecelle, 1982: 621). Kefâletin tek taraflı bağlayıcı bir teminat akdi olması sebebiyle Ebû Yusuf'un görüşünün daha uygun olduğunu düşünüyoruz.

İslam Hukuku'nda kefâlet akdinin kuruluşunda asıl borçlunun rızası üzerinde çok durulmamıştır. Çünkü bir kimsenin borcu rızası olmaksızın ödenebildiğine göre, borçlunun rızasına ihtiyaç hissedilmeksizin asil hiç bir zarara uğramadan kefil de olunabilir. Türk Borçlar Hukuku'nda kefâlet kefile alacaklı arasında akd olunur. Kefil, asıl borçlunun rızasını almaya mecbur olmaksızın, yükümlülük altına girebilir. Zira kefâlet, borçlunun faydasına olan bir akittir (Tandoğan, 1989: 694).

2.5.Kefalet Akdinin Şartları

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

2.5.1. Kefilde Bulunması Gereken Şartlar

2.5.1.1.Akıl

Akıl, mükellef olmak için şarttır. Akıllı ve anlayışı olmayan kişiler, hukuken sorumlu tutulamazlar (Ebü Zehra, 1986: 326). Kefilin akıl sağlığı yerinde olmalıdır. Dolayısıyla akıl sağlığı yerinde olmayan, tasarrufa ehil olmadığı, akıl yüretemediği için kefaleti geçerli olmaz. Akılla alakalı olan atehtlik, boş yere harcama, uyku hali, baygınlık, israf, haram yollarla meydana gelen sarhoşluk ve ikrah hallerinde yapılan kefaletlik geçerli değildir.

Bu konular hakkında diğer mezheplerin tespit edilebilen görüşler de şöyledir; Delinin kefaleti Şafii, Mâlikî ve Hanbeli mezheplerinde fikir birliği olup, kefaleti geçerli değildir (İbn Kudame, 1994: 443). Sefihin kefaleti, Şafii ve Maliki mezheplerine göre geçersizdir (Remli, 1967: 433). İkraha altındaki bir kişinin kefaleti Şafii mezhebine göre sahih değildir (A.g.e.: 432). Türk Borçlar Kanunu'nda delinin ve sarhoşun yaptığı işlerde hukuken sorumlu tutulamazlar (Türk Boçlar Kanunu, 2012: 15). Kefalet iltizamî taahhüt olduğu için kefil reşit olmalıdır (Berki, 1973: 218). Akıl sağlığı hususunda âlimlerin ve hukukçuların ortak görüşte birleşmiş olup, akıl sağlığı yerinde olmayanların kefaletliği geçersizdir.

2.5.1.2 Buluğ

Buluğ, kulun Allah (c.c)'ın emirlerini anlayabileceği kudrete sahip olmasıdır. Şahıs bu çağa gelince Allah (c.c)'ın emirlerine muhatap olur (Buhari, 1892: 354). Doğumdan buluğ çağına kadar ki, devrede (çocukluk çağı) Çocuğun yaptığı kefâlet akdi teberrû olduğu, çocuğun teberrû yapmaya ehil olmaması ayrıca teberrûnun çocuğun aleyhine bir tasarruf olması sebebiyle sahih değildir (Serahsi, 1912: 346-349). Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerine göre de çocuk karar verme yetkinliğine sahip olmadığı için kefâlette bulunamaz. Türk Borçlar Hukuku'na göre, vesâyet altındaki küçükler kefâlet sözleşmesi yapamazlar (Tandoğan, 1989: 726).

2.5.1.2.Hürriyet

Hürriyet, kişinin mülkiyet, velâyet ve şهادet haklarına ehil olduğu hükmî kuvvettir. Köle mal hükmünde olduğundan, özgürlerin sahip olduğu hakları kullanamadıklarından kefalet söz konusu değildir. (Buhari, 1892: 282). Köleye efendisi izin vermesi halinde, borçlu olmamak ve hürriyetine kavuştuktan sonra borçla sorumlu olmak kaidesiyle maddi gücünün olduğunu ispat edebilirse kefaleti geçerli olur. Ayrıca kefilde bulunması gereken 2 şarta daha değinmekte fayda vardır. Bunlardan birincisi ölüm hastası olmamak diğeri kefalette din farkıdır.

İlk olarak ölüm hastası olmamak; Kişinin tasarruflarını sınırlayan durumlardan birisi de ölümle sonuçlanan hastalıktır. Ölüm hastasının tasarrufları malının ¹ /3 ini aşmamak şartıyla geçerlidir (Buhari, 1892: 308). Ölüm hastasının bu miktarı geçmeyecek şekilde yapacağı kefâlet akdi âlimlere göre sahihtir. Eğer, bütün malına karşılık borcu varsa, kefâlet akdi batıldır gerçekleşmemesi gerekir.

Kefalette din farkında değinecek olursak İbn Hazm (v.456/ 1063)'ın ifadesine göre farklı dinlere mensup kişiler birbirlerine kefil olabilirler. Çünkü buna dair bir yasak nasslarda ulaşılamamıştır (İbn Hazm, 1988: 533). Burada birkaç durum sözkonusudur.

- İslam hukukuna göre kefalet hususunda mal sayılmayan ve haram olmayan şeyler dışında, rakı, domuz vb. şeyler olmamak şartıyla, müslüman olmayanlarla müslümanlar birbirlerine kefil olabilirler.
- Geçici olarak İslam ülkesine antlaşmayla girmiş müslüman olmayan (müste'men) kişilerin müslümanlara, müslümanlar da, onlara kefaletin konusu İslam usulüne uygun olmak şartı ile kefil olabilirler.
- İslam ülkesinde yaşayan ancak müslüman olmayan kişiler kendi aralarında kefil olmasında bir sakınca yoktur. Örneğin; içki borcuna kefillik gibi.

2.5.2 Alacaklıda Bulunması Gerekli Olan Şartlar

İlk şart Akıl şartıdır. Bu şart, Ebû Hanife ve İmam Muhammed'in alacaklının kabulünü kefaletin rükünlerinden biri saymaları sonucu ortaya çıkmıştır (Serahsi, 1912: 170). Borçlu gibi alacaklının akıl sağlığı yerinde olmalıdır. Çocuk ve delinin kefalet akdini kabulleri kabul olmaz. Ebû Yusuf'a göre ise alacaklının kabulü kefalet akdinin gerçekleşmesi için şart değildir (Tahavi, 1950: 104). Bu sebeple alacaklı akıllı, buluş çağında biri olabileceği gibi bir deli veya bir çocuk da olabilir.

Akit meclisinde bulunması alacaklıda bulunması gereken şartlardandır. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre kefalet, alacaklının akit meclisinde kabulüyle sahîh olur. Kefilin icabı ile alacaklının kabulü akit meclisinde olmalıdır (Kasani, 1996: 6). Ebu Yusuf'a göre ise, alacaklı akit meclisinde bulunmaksızın, kefilin icabı kendisine ulaştığı zaman kefaleti kabul ederse kefalet akdi yine kabul edilebilir.

Ayrıca alacak malum olmalıdır. Aksi halde, kefaletten kastedilen teminat gayesi gerçekleşmez (A.g.e.: 6). Kefilin alacaklıyı bilmesinin önemi Şafii mezhebine göre şu şekilde açıklanmıştır; Alacaklının malum olması kefil açısından önemlidir. İnsanlardan

bazıları borçlarını isterken yumuşak davranır, bazıları da kaba davranır (İbn Kudame, 1994: 72).

- Hanbeli mezhebine göre ise, kefilin alacaklıyı tanınması şart değildir (Remli, 1967: 72). Çünkü Ebü Katade (r.a) Rasulullah (s.a.v)'ın huzurunda tanımadığı bir alacaklı için kefil olmuştur (Buhari, 1892: 3).

Bu hadisenin delil olarak sunulması günümüz açısından çok da uygun değildir. Peygamber Efendimizin huzurunda bulunulması ve o günkü şartlara bakıldığında insanlar birbirlerine güvenmektedirler. Ancak günümüz ekonomik konjoktürdeki şartlar göz önünde bulundurulduğunda ve insanların birbirlerine güven duymaları daha da azaldığından, kefil bilmediği bir asilin borcuna kefaletliği sonucunda pişman olabilir.

2.5.3. Asıl Borçluda Bulunması Gerekli Olan Şartlar

İlk olarak borçlu borcunu ödeme gücüne sahip olmalıdır. Hukuk kitaplarında bu madde altında müflis ölünün borçlarına kefaletin meşruluğu münakaşa edilmektedir. Bu konuda müçtehidlerin görüşleri şöyledir: Ebû Hanife (v. 150/764)'ye göre, müflis ölünün borcuna kefalet sahih değildir. Ebû Hanife'nin gerekçeleri şu şekilde nakledilmektedir: Borcu ödemek, bir fiili harekettir. Ölü bizzat bunu yapamayacağına göre borç ondan düşer. Hak, mahalli olmaksızın bulunamaz. Borcun mahalli olan zimmet şahsın ölümüyle düşünce borç da düşer. Borç düşünce ona bağlı bir akit olan kefalet de düşer (Serahsi, 1912: 111). Ebû Hanife'ye göre, Ebû Katâde (r.a.)'nin müflis ölünün borcuna kefil olması geçmiş bir kefaleti ikrar veya ödeme vaadi olabilir. Bu ihtimaller geçersiz olsa bile sonradan borçlu müflis ölüye namaz kılınabileceği hükmüyle bu hadisin hükmü neshedilmiştir. Nesh edilenle istidlal sahih olmaz (Serahsi, 1912: 110-111). Ebû Hanife'nin Ebû Katâde hadisindeki borçlu olarak ölen borçlunun cenaze namazının kılınmayacağı hükmünü nesh ettiğini söylediği hadis şöyledir. Ebü Hureyre (r.a.) den rivayet edilmişür: "Rasulullah (s.a.v.)'a borçlu ölen birisi getirildiğinde:

-Borcuna karşılık mal bıraktı mı, diye sorardı. Borcuna karşılık mal bırakmışsa cenaze namazını kılar, aksi halde:

-Arkadaşınıza namaz kılın, derdi. Allah (c.c.) fetihler nasib ettiğinde:

-Ben müminlere kendilerinden daha yakınım. Müminlerden kim ölür de borç bırakırsa ödemek bana aittir. Mal bırakırsa varislerindir" buyurdu (Buhari, 1892: 5).

Kamil Miras, Ebü Hanife'nin içtihadının Rasûlullah (s.a.v.)'ın ümmetini borçsuz Allah (c.c.)'ın huzuruna gitmesi için teşvik ettiğini, bu sebeble sünnete daha uygun olduğunu, belirtir (Miras, 1982: 72).

Hanefi hukukçularından Ebû Yusuf (v. 182/798) ve İmam Muhammed (v. 189/805)'e göre müflis ölünün borçlarına kefâlet sahihtir (Merginani, 1990: 103). Kaynaklarımızda bu iki müçtehidin gerekçeleri şu şekilde belirtilmektedir: Rasûlullah (s.a.v) müflis olarak ölen borçluya cenaze namazı kılmazken, Ebû Katâde'nin kefâletinden sonra kılmıştır. Borcu düşürecek sebeplerden hiçbiri eda, ibra veya sulh olmadığına göre, Rasûlullah (s.a.v.) bu kefâleti ikrar etmiştir (Serahsi, 1912: 108–109). Aslında Ebû Katâde (r.a.)'nin kefil olması da borcun düşmediğine, delildir. Çünkü kefâletin varlığı için sahih bir borç gereklidir. Borç, alacaklının hakkı bakımından da sabittir (Merginani 1990: 103). Ölü ahiret hükümleri açısından da bu borçtan sorumludur. Bir insan bu müflis ölünün borçlarını teberrû olarak ödese caizdir. Fakat kendisinden ölümü sebebiyle borç talep edilememektedir. Bu da bize borcun sabit olduğunu göstermektedir (Serahsi, 1912:109). Âlimlere göre Mâliki, Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre, müflis olarak ölen borçluya kefâlet sahihtir. İbn Hazm (v.456/ 1063)'ın ifadesine göre, Ebu Katâde hadisinde "Rasûlullah (s.a.v.)'ın "arkadaşınıza namaz kılın." ifadesi, namaz kılmamanın kendisine has bir durum olduğunu gösterir" (İbn Hazm, 1988: 524). Bu hadisin oldukça farklı bir değerlendirmesidir.

Sonuç olarak borçlu ölüye kefâletin meşruluğu hakkında şu durumlar ortaya çıkmaktadır: Borçlu ölüye kefâlet hakkındaki Ebü Katâde (r.a.) hadisi sabittir. Asıl olan kişinin imkânlarını dikkate alarak borca girmesidir. Fakat ölüm kişinin elinde olmayan bir haldir. Borçlu olarak ölen bir şahsa biri kefil olmuşsa, burada alacaklının faydası, ticaretin

kesintiye uğramaması için ortadan kaldırılması söz konusudur. Dolayısıyla İmameyn'in görüşü toplum için bize göre daha faydalı olacaktır.

Diğer şart ise, kefilin asili şahsen tanınmasıdır. Âlimlere göre kefil asilî şahsen tanınmalıdır. Aksi halde kefil olması uygun olmaz. Çünkü şahıs bilmediği bir insana kefil olmakla zarara girebilir. Bu şartta kefil korunmuş olmaktadır. Kasânî (17.587/1191) bu maddeyi şöyle açıklar: "Kefâletin cevazı örfe dayanır. Bu şekilde, asilin bilinmediği kefâlet örfte yoktur" (Kasani, 1996: 6). Bu şart, konusu şahıs olan kefâlet için geçerlidir (Mecelle, 1982: 630). Şâfiî ve Hanbeli mezheplerine göre, kefilin asili tanınması şart değildir. Zira Ebû Katâde tanımadığı bir kişiye kefil olmuştur (İbn Kudame, 1994: 438). Şafii ve Hanbeli mezheplerinin görüşleri, o gün geçerli olsa bile, günümüzde insanları sıkıntıya düşerebileceğinden pek mümkün görünmemektedir.

2.5.4. Kefaletin Konusu İle İlgili Şartlar

2.5.4.1. Kefaletin konusunun belli olması

Kefâletin konusuyla ilgili İslam hukukçularının tartıştıkları diğer bir husus da konunun bilinmemesidir. Kefâletin konusunda cehâlet kefâletin sıhhatini etkilemez. Bu hususta bazı hukukçulara göre şu ayeti delil göstermektedir: ".Onu getirene bir deve yükü bahşiş var. İçlerinden biri ben buna kefilim... dedi" (Yusuf Süresi, 72. Ayet). Hukukçular buradaki deve yükünün belli olmadığı kanaatindedir (Kasani, 1996: 9). İbn Hümâm (v.861/ 1457)'in da itiraz ettiği gibi, deve yükü bellidir. Hatta İbn Hümâm zamanında deve yükünün ne kadar olduğunu belirtmiştir. Örfte deve yükü denilince anlaşılan bir miktar olmalıdır.

Bazı hukukçular da şu hadisi delil göstermektedir: Kabisa b. Muharik el-Hilâli (r.a) Rasûlullah (s.a.v)'dan bir şey istemesi üzerine, kefil olduğunu belirtince, borcu edâ edinceye kadar, kefile de dilenmenin, helal olduğunu Rasûlullah (s.a.v.) Kabisa (r.a)'ya söylemiştir. Türkmânînin (v. 750/ 1349) ifadesine göre, hadiste asilin borcu

belirtilmemiştir. Dolayısıyla meçhul bir miktara kefâlet sahihtir (Remli, 1967: 442). Bu hadisten, kefâletin konusunun bilinmesinin şart olmadığı hükmüne varılması zordur. Çünkü Rasûlullah (sav.) hadiste, kefâletin şartlarını değil, kimlerin dilenebileceğini belirtmektedir. Aksine hadisten, "borç edâ edinceye kadar dilenir", ifâdesinden kefilin borcu mutlaka bilmesi gerektiği hükmünü de varılabilir.

Bu konu şu şekilde ifade edilebilir: Kefâlet başlangıçta bir teberrü akdidir. Teberrü de malın bilinmemesi örftede böyle bir şey söz konusu değil ise akde zarar vermez. "İbn Hümâm ise kefaletin konusunun meçhul olabileceğini şöyle açıklar "Bu bir teberrü akit olup aslında Allah rızası ve dosttan bir sıkıntıyı kaldırmak kastedilir. Şahıs neyi taahhüt ettiğini dikkate almaz ki" Şafii mezhebine göre ise, borç belli olmalıdır. Çünkü kefâlet, bir akit ile insanın zimmetindeki bir malın sabit olmasıdır ki, cehâletle sabit olmaz (A.g.e.: 442). Ayrıca, bir adam miktarını bilmediği bir borcuna kefil olursa, sonradan büyük miktarda borçla karşılaşmak suretiyle zarara girebilir (Şafii, 1968: 205). Maliki mezhebinde kefil olunacak borç delil veya ikrar ile sabit olmalıdır. Belli olması şarttır. Hanbeli mezhebine göre ise, miktarı kefilce meçhul olan bir borca kefâlet sahihtir (İbn Kudame, 1994: 72). Kefili koruması ve muhtemel oraya çıkabilecek ikilikleri ortadan kaldırması açısından Maliki ve Şafii mezheplerinin görüşünü makul sayılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda, kefilin sorumlu olacağı azami miktarı, kefâletin sıhhati için şarttır (Türkiye Borçlar Hukuku, 2012: 484). Kefil olunan asıl borcun ödeme zamanı, ödeme yeri ve kefâlele ilgili diğer hususlar şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmelidir (Reisoğlu, 1964: 13-14).

2.5.4.2. Kefil olunan borç ödemesi zorunlu borçlardan olması

Kefaletin konusunu tazmin asile gerekli olmalı. Kefil, asile gerekli bir hakkın kendisinden de talep edilmesini üstlenmektedir. Bu sebeple asilin ödemesi gerekmeyen bir hakka kefalet batıl olur. Kefaletin konusu olan şeyin borçluya tazmini gerekli olmalıdır. Bu tür borcun şu özellikleri vardır: Sebebsiz feshi kabul edilemez. Borçlunun zimmetinden ancak eda veya ibra ile düşer. Kefaletin konusunda tazmin gereğinin

aranması, kefaletin sınırlarını tesbit imkânı vermektedir. Konu kefaleti sahih olan borçlar ve kefaleti olmayan borçlar diye 2' ye ayrılmaktadır.

a) Kefalet sahih olan borçlar

Bir mal veya borca kefalette, kefaletin konusu olan şeyin asile aynen veya bedel olarak İfâsı gerekli olmalıdır (Tahavi, 1950: 106). Bu şekildeki borçlar şunlardır; Gasp edilen mal, fasit alışverişte kabzedilen mal, kocanın elindeki mehir borcu, hul' bedeli, karza ve helak edilen şeylerin tazmin ücreti. Borcun, birşeyi teslim olması halinde kefâlet yine sahihtir. Teslimde kefâlet sahih olan borçlar şunlardır. Malın teslimi ve borcun ödenmesinden sonra rehlin teslimi, emanet kiraya verilen ve benzeri emanetlerin teslimine kefâlet, çünkü emanetlerin teslimi asile vacip olduğu için kefile de vacip olur (Merginani, 1990: 111). Haraç ödenmesi gereken bir borç olduğu için, haraç borcuna da kefâlet sahihtir (A.g.e.: 111). Şafii ve Maliki mezheplerine göre, asilin ödemesi gerekli her borç için kefâlet sahihtir. Hanbeli mezhebine göre, tazmini gerekli her borç için kefâlet sahihtir. Ayrıca, hâkimin huzuruna getirilmesi gerekli her borç için kefâlet sahihtir (İbn Kudame, 1994: 74-75). Türk Borçlar Kanunu'na göre, kefâlet bir borca bağlı fer'i bir borçtur. Kefâletten söz edebilmek için bir borcun bulunması gerekir.

b) Kefalet sahih olmayan borçlar

Asıl borçlunun ödemesi gerekmeyen dolayısıyla kefâletin geçerli olmayacağı noksan borçlar vardır. Zekâta kefâlet olmaz. Zekât borç değil, Gücü yeten zengin için dinin emridir. Bir kölenin hürriyetine kavuşması için vereceği ücrete de kefâlet sahih değildir. Emânetler tazmin mecburiyeti olmadığı için, kefâlet sahih değildir. Çünkü tüm bunlar borçlunun ödemesi gereken şeyler olmadığı için vacip borçlardan değildir. Emânetler şunlardır: Vedia, âriyet, mudârabe şirketindeki mal, müşterinin eline geçmesinden önce satılan mal ve kabzdan sonra rehindir. İslam hukukuna göre, içki, ölü, akıtılan kan, domuz gibi şeyler mal sayılmadıkları için, bu tür borçlara kefâlet diye birşey söz konusu olmaz. Türk Borçlar Hukuku'nda kefaletin hüküm ifade etmesi için asıl borç geçerli olmalıdır.

Asıl borcun herhangi bir şekilde hükümsüz olması halinde kefalet akdi bir hüküm ifade etmez (Reisoğlu, 1964: 17-18). Borç, hukuk ve ahlaka aykırı olmamalıdır. Kumar alacakları için verilen teminatın kefalet olduğunu, borç mevcuttur diye savunanların yanında buna itiraz edenler de vardır (A.g.e.: 20).

2.6.Kefalet Akdinin Çeşitleri

İlk hukuk kitaplarında kefalet mala ve şahsa diye iki başlık altında incelenirken Zeylaî, (v.743/1342) farklı bir bakış ile kefaleti önce mala kefalet ve şahsa kefalet diye ikiye ayırmış, sonra da malı borca ve ayna kefalet diye tekrar ikiye ayırmıştır (Zeylaî, 1984: 147). Mecelle’de kefalet nefis, mal, derek ve teslim diye dörde ayrılmıştır (Mecelle, 1982: 613-615). Kefalet akdi, çeşitli açılardan taksimlere tâbi tutulmuştur (Haydar, 1914: 5-6). Çalışmamızda kefalet akdinin çeşitlerini konusuna göre ve kefillerin sayısına göre yapılan ayrımlar dikkate alınarak incelenme yapılmıştır.

Konusuna göre kefalet şahsa kefalet (kefalet bi'n-nefs), mala kefalet (kefalet bi'l mal) ve teslim kefalet (kefalet bi'd-derek) olmak üzere 3'e ayrılmaktadır. Şahsa kefalet (kefalet bi'n-nefs); Belli bir adamı muhakeme için hâkime getirmeyi veya önceden belirlenmiş bir yerde hakkını isteyebilmesi için alacaklıya teslimini üstlenmektir (İbn Abidin, 1984: 286).İslam hukuku'nda şahsa kefalet âlimlere göre sahihtir.. Sahih olduğuna dair delili şu ayette bulabiliriz. 'Yâkub (a.s.) dedi ki: "Kuşatılmanız hariç, onu bana mutlaka getireceğinize dâir Allah (c.c.) adına bana sağlam bir söz vermediğiniz takdirde onu sizinle beraber göndermem." Ona istediği şekilde teminatlarını verdiklerinde dedi ki: "Söylediklerinize Allah (c.c) şahittir" (Yusuf Süresi, 66. Ayet). Yakub (a.s.) oğullarından teminat aldıktan sonra, oğulları kefil olduktan sonra kardeşlerini kendileriyle beraber göndermiştir. Bu şahsa kefaleti çok güzel bir örnektir. Hadislerde ise şöyledir; "Kefil tazminatı öder" (Abdurrezzak, 1972: 173). Hadis de genel bir ifade kullanılmış olup, kefaletin çeşitleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Amr el-Eslemi (r.a.), hanımının câriyesiyle zina eden bir adamı had uygulanmak üzere Ömer (r.a.)'a gönderirken, ondan kefil almış, Ömer (r.a.) de Amr'ın bu uygulamasına itiraz etmemiştir. Hatta sahabeden

hiçbiri had cezası verilecek bu şahıstan kefil alınmasına itiraz etmemiştir (Buhari, 1892: 1). Ayrıca insanlar kefâlette ihtiyaç duymaktadırlar. Tarafların teminata ihtiyaç duymaları, bir kişinin kefil olmasıyla kaybolması muhtemel haklar korunmuş ve garanti altına alınmış olmaktadır. Şafii mezhebine göre ise, şahsa kefâletin sahih olduğu görüşü daha ağır basmakla beraber, Şafii (v.204/819) "Hür insan el altına girmez." gerekçesiyle şahsa kefaleti sahih görmez (Remli, 1967: 445). Maliki mezhebine göre de şahsa kefâlette sıkıntı yoktur. İbn Hazm (v.456/1063) şahsa kefâlette itiraz etmektedir. Öncelikle Amr el-Eslemi (r.a.)'nin kefil aldığı bildirilen hadisi râvisi zayıf diye reddeder. Sonra şöyle sorar: "Borçlu kaybolduğunda şahsa kefile ne yapılacak? Borç mu? istenecek oysa o bununla sorumlu tutulmaz. Yoksa serbest mi bırakılacak. Bu defa da kefâletin önemi kalmaz. Yoksa kefil asili mi arayacak? Allah (c.c) böyle zor güç yetmez bir şeyle kimseyi mükellef tutmamıştır. Belki de kayıp olanın bulunması mümkün değil" (İbn Hazm, 1988: 537-539). Bu sorulara şu cevaplar verilebilir: Bir insan güvenip, teslim edebileceği kişiye kefil olur. Şöyle bir husus var, borçlunun "Bana kefil ol", diye talimat verirse, bu durumda borçlu kefilin emrine girmiş gibi olur ve borçlunun teslimi kolaylaşmış olacaktır. Kefilin asilin yerini bildirmesiyle, alacaklının belli kurallar dâhilinde, devletin imkânlarıyla asille yüzyüze gelmesi ondan hakkını alması mümkündür. Günümüzde bu konu ile ilgili İcrâ ve İflas hukuku başlıkları altında hukuk dalları oluşturulmuş ve açıkca belirtilmiştir. Üstelik iltizamın sahih olması için, iltizam edilen şeyin varlığının aklî olarak bulunması yeterlidir. Meselâ bir insan "100 hac yapacağım" diye nezretse, ömrünün kısalığında bu gerçekleşmese bile, nezri sahihtir (Zeylai, 1984:147). Buradan da anlaşılacak üzere bir kişinin kefil olduğu şahsı teslimi hem aklen hem de fiilen mümkün olmaktadır.

Şahsa kefaletin önemini belirtmesi açısından şu misâli burada zikretmekte fayda vardır: A, hâkimin yanında bir mal dava etse karşısındaki B de inkâr etse, A delili olduğunu, delilini getirinceye kadar B nin kefil vermesini istese hâkim B den kefil alır. Çünkü A, karşısındaki B'nin kaçması, gizlenmesi sebebiyle hakkım isbattan aciz kalabilir. Şahsa kefil alınınca B'nin davacının huzuruna tekrar getirilmesi mümkün olur (Serahsi, 1912: 75).

Mala kefalet (kefale bi'l mal) ise; mal, insanın doğası ve nefsi gereği yöneldiği ihtiyaç anında harcanmak üzere biriktirilebilen menkul ve gayrimenkul eşyalardır. Mala kefâlet hariçte mevcut veya borçlunun zimmetinde sabit olan bir malın edasını üstlenmektir (İbn Abidin, 1984: 309). İslam hukuku'nda mala kefâlet sahihtir (Tahavi, 1950: 103). Çünkü kişi kendi malından dilediği gibi tasarruf edebilir. Kefaletin konusundaki şartlardan diğeri sözkonusu şeyi kefilin ödeyebilmesidir. Borçlunun malı ödememesi halinde kefil alacaklıya malı kendisinde ödeyebilir. Ayrıca malın tazmini asile gerekir. Böylece, kefil asıl borçluya vacip olan bir hakkı alacaklıya karşı üstlenmiştir (Kasani, 1996:9). Mala kefâlet ikiye ayrılır. Kefâlet bi'l-ayn ve kefâlet bi'd- deyn (Haydar, 1914: 15). Ayn Mecelle'de şöyle tarif edilmiştir: "Muayyen ve müşahhas olan şeydir" (Mecelle, 1982: 159). Deyn, "Zimmette sabit olan şeydir". (A.g.e.: 158) Borçlunun ödemeyi taahhüt ettiği şeyi nakit veya ölçü tartı vb. yollarla ödenebilen eşya karşılığı kullanılır (Karaman, 1987: 25). Borca kefâlet sahihtir. Çünkü borcun asile tazmini gereklidir (A.g.e.: 10).

Son olarak teslim kefalet (Kefalet bi'd-derek), bir mal birisi tarafından satılıp üçüncü bir şahıs çıkıp sahiplik iddiasıyla müşterinin elinden alsa, müşterinin ödediği ücreti kendisine iade veya satıcıyı müşteriye teslim kefil olmasıdır. Teslim diye de isimlendirilen, derek kefaleti sahihtir. Çünkü kefilin ödeyeceği şey bellidir. Kefil iltizam ettiği şeyi ödemeye kadirdir. İnsanlar zaten örfte böyle bir uygulama yapmaktadırlar (Mevsili, 1989: 172-173).

Hanefi mezhebi kaynaklarında kefâlet bahsi içerisinde işlenen bir konu daha vardır: Daman (Merginani, 1990: 105). Daman, kişinin zimmetinin ödenmesi gereken bir borçla yüklü olmasıdır. Dar anlamda kefâlet akdini ifade etmektedir (Aktan, 1993: 450). Daman, Hanefi mezhebinde ve bazı mezheplerde kefâletle aynı anlamda kullanılmaktadır (İbn Kudame, 1994: 85). Damanın Hanefi mezhebinde kullanılan anlamıyla derek kefâletine karşılık gelebilir. Damanda geçen şu örneğe göre; Bir adam bir câriye satın alsa, ona biri kefâlet bi'd-derek sûretiyle kefil olsa, kefil satıcının ücreti reddine hükmedildiği takdirde sorumlu tutulur. Zirâ bu durumda ücretin reddi satıcıya vacip olduğu gibi, kefile

de vacip olur (Merginani, 1990: 106). Derek lafzının örnekte aynen kullanması da damana derek kefaletinin karşılık gelmesine bir başka örnektir. Şâfiî ve Mâliki mezheplerine göre de teslime kefâlet sahihtir (Sahnun, 1968: 269). Hanbeli mezhebine göre derek kefaleti alışverişle vacip olan ücretin tesliminden önce müşteriye; malda ayıp veya bir hak sahibi çıkması halinde ücreti geri iâde için satıcıya kefil olmaktır ki bu da sahihtir (İbn Kudame, 1994: 76). Bu tarif, alışverişte iki tarafı da birleştirmesi açısından oldukça önemlidir.

Kefillerin sayısına göre ayırım yaptığımızda Ferdi kefalet, Müteselsil kefalet, Müşterek borca kefalet, Şirketlerle ilgili kefâlet olmak üzere 4 çeşittir. Ferdi kefalet, konusu şahıs, mal veya teslim olan kefâlette kişinin kefil olmasıdır. Kefaletin sorumluluk, hak, rucû vb. hükümleriyle sadece tek kişi mükelleftir. Burada hükümleri anlatılan ferdi kefâlet çeşididir. Şirket, müşterek ve müteselsil kefâlet ise daha özel kefâlet çeşitlerine girer. Müteselsil kefâlet teminat akdi olması sebebiyle çokluğu da kabul eder. Müteselsil kefâlet, doğmuş olan bir haktan dolayı kefil olana diğer bir şahsın o şahsada diğer bir şahsın kefil olmasıdır. Maliki mezhebine ve Hanbeli mezhebine göre de kefile kefil olmak sahihtir. Müşterek borca kefalet ise; bir hakkın edasına veya bir şahsın teslimine iki veya daha fazla kimsenin birlikte kefil olmasıdır. Yani şahıslar müşteriken yarısında asil, yarısında kefiledir. Eğer birbirlerine kefil olmamışlarsa herbiri borçtan yalnız kendi hissesiyle sorumludur. Asıl modern hukukta da böyledir. Eğer biri diğerlerine de kefil olmuşsa ortak borcun hepsiyle, kefil olmayanlar sadece hisseleriyle sorumlu olurlar (Haydar, 1914: 86).

Son olarak şirketlerle ilgili kefalet, sadece mufavada şirketinde kefâlet sözkonusudur. Mufavada şirketi, şahısların mallarında, borçlarında ve tasarruflarında eşit şekilde ortaklıkları üzerine kurulmuş bir şirkettir. Mufavada şirketi, akıl sağlığı yerinde olan kefalet ehliyetine sahip müslümanlar arasında gerçekleşir. Bu şirkette ortaklar birbirlerinin hem vekili, hem de kefil konumundadırlar.

Türk Borçlar Hukuku'nda kefaletın şu çeşitleri vardır: Âdi kefâlet; kefile, rucûa ve zarara kefâlet; müteselsil kefâlet; birlikte kefâlet (Reisoğlu, 1964: 95-143).

Türk Borçlar Hukuku'nda, bölünebilen bir borca iki veya daha ziyade şahıs birlikte kefil

olabilirler (Berki, 1973: 226-227).

2.6. Kefilin Sorumlulukları

Kefalet, kefilin zimmetini asilin zimmetine mütâlebede eklemektir (Merginani, 1990: 96). Mutâlebe çok geniş bir kavramdır ve kefaletin bütün çeşitleri bunun içinde yer alır. Kefaletin konusuna göre, mutâlebe, kefilin alacaklıya taahhüt ettiği şeyi yerine getirmesinin istenmesi, başka bir ifâdeyle kefilin sorumluluğunun başlamasıdır. Kefaletin konusuna göre kefilin sorumluluğu da farklılık göstermektedir. Ancak biz tezimizde mala kefalette kefilin sorumluluğuna değineceğiz.

Mala Kefilden kefâletin konusu olan malı teslim etmesi istenir. Alacaklı bu malı asilden isteyebileceği gibi kefilden de isteyebilir (Tahavi, 1950: 103). Hatta ikisinden aynı zamanda talep edebilir. Birinden istenmesi diğerinin istenmesine engel değildir.

Mala kefil eğer duruyorsa malı helak olmuşsa kıymetini veya benzerini teslimden sorumludur (Kasani, 1996: 7). Bir borca kefil olanlar ayrı ayrı kefil olmuşlarsa herbiri borcun hepsinden sorumludur. Birlikte kefil olmuşlarsa herbiri borçtan hisseleri kadar sorumludur. Fakat bunlar birbirlerinin kefil olduğu miktarlara da kefil olmuşlarsa herbiri bütün borçla sorumlu olur (A.g.e.: 14). Şafii mezhebine göre alacaklı asil ve kefilden borcu dilediğinden ister. Çünkü her ikisinin zimmeti bu borçla meşguldür (Remli, 1967: 454). Mâliki mezhebine göre, alacaklı öncelikle alacağını asilden ister. Sadece şu durumlarda alacağını kefilden isteyebilir: Kefalet sırasında borcun asil veya kefilden tahsil edileceği şart koşulmuşsa, borçlu iflas ederse, kayıp borçlunun borcuna karşı malı yoksa şu hallerde sadece asil sorumludur: Kayıp borçlunun malından borcu temin mümkünse, borçlu zenginse. Çünkü asilin olmadığı yerde kefile mutlaka ihtiyaç vardır. Hanbeli mezhebine göre ise, hak ikisinin de zimmetinde sabit olduğuna göre alacaklı borcu asil veya kefilden dilediğinden ister (İbn Kudame, 1994: 81). Kefâlet, borcun asilden temininin mümkün olmadığı durumlarda önemli bir kaynaktır. Yoksa asil varlıklı ve alacaklının ulaşabileceği bir yerdeyken kefilden borcu istemek, kefil bunu taahhüt etse de, iyi niyetle satıcı ve alıcı arasındaki güveni sağlayan bir insanı sıkıntıya düşürebilir. Bu açıdan Maliki mezhebinin görüşleri kefilin korunması açısından daha faydalıdır. Türk

Borçlar Hukuku'na göre kefil asil borçtan başka borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni sonuçlarından (Türk Borçlar Kanunu, 2012: 97) asıl borçluya karşı yöneltilen dava ve takipten doğan masrafları ödemekten işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan faizden sorumludur (Türk Borçlar Kanunu, 2012: 490).

2.7.1. Kefilin Sorumluluğu Ne Zaman Başlar

Kefâlet başka bir hakka tâbi bir akittir (Serahsi, 1912: 20). Borç asile hemen gerekiyorsa kefil de hemen, asile bir vade sonunda gerekiyorsa kefil de bu vâdenin sonunda alacaklıya karşı sorumludur (Kasani, 1996:3). Asilin vadesinin, kefil için de aynı süre olmasının nedeni şudur; Vade borçun zorunlu unsurlarındandır. Dolayısıyla hem asil hem borçlu için zarureten geçerlidir. Asilin fakir veya kayıp olması halinde, asil hemen sorumlu olmadığı halde, kefil sorumludur (İbn Hümam, t.y.: 233). Kefilin fakir olması halinde, fakir ispat ederse, hâkim, belli bir maddiyata kavuşuncaya kadar kefile süre verir. Hanbeli mezhebine göre peşin borca vadeli kefâlet sahih, vadeli borca peşin kefâlet sahih değildir. Çünkü kefâlet tâbi bir borçtur; asile vacip olmayan bir şeyle kefil sorumlu tutulamaz (İbn Kudame, 1994: 80). Kaynaklarda vade ile ilgili ayırım yapılmadığı için, borç için kuullanılan ifadeler diğer kefalet çeşitleri içinde geçerli olabilir. Türk Borçlar Hukuku'nda kefil sadece kefaletin konusu para ile tazmin mümkün olan borcu ödemekten sorumludur (Reisoğlu, 1964: 13). Kefilin bu mükellefiyeti ödemesi zamanı âdi kefil, müteselsil kefil, birlikte kefil, kefilen kefil, rucûa kefil olmasına göre değişir (A.g.e.: 169).

2.7.2. Kefilin Sorumluluğunu Yerine Getirmemesi

Kefil asili teslim etmezse, iltizam ettiği bir hakkı ifâdan yüz çevirdiği için, hâkim onu hapseder. Kefile hapis cezası verilmesi için; Asilin yeri belli olmalı ve kefilin asili getirmeye gücü yetmelidir (Mevsili, 1989: 168). Hapis cezasının verilebileceğine şu hadislerden anlaşılabilir: "Nebi (s.a.v.) itham edilen bir adamı hapsedti, daha sonra serbest bıraktı" (Ebu Davut, 1981: 29). İtham etmek demek, şahitlikte yalancılık veya bir kişinin diğerinin aleyhine suç veya borç iddia etmesidir. Rasûlullah (s.a.v.) hadiste açıkça belirtilmeyen bir sebepten dolayı itham edilen adamı hapsedmiş daha sonra suçu sabit

olmayınca serbest bırakmıştır.

Diğer hadis de şöyledir: "Bir adam Şurayh'in oğlu ile mahkemeye geldi. Şurayh'in oğlu o adamın alacağına kefil olmuştu. Şurayh oğlunu hapsedti" (Abdurrezzak, 1972: 173). Hadisten kefalet görevinin ifâ edilmemesi sebebiyle hapsin gerçekleştiği anlaşılmaktadır (Serahsi, 1912: 162).

İslam hukukunda şahıs bütün borçlarından dolayı hapsedilir. Fakat kefalet borcunda durum ihtilafıdır: Kefilin fakir olduğu beyanına itibar ederek hapsedilmeyeceğini söyleyenlerin karşısında, kefil olmasının imkânına delil olduğunu yine de araştırmalar sonucunda fakirliği anlaşılırsa hapsedilmeyeceğini, ama kefaletin buna rağmen devam edeceğini söyleyenler vardır (A.g.e.: 89). Son görüş daha olumlu kullanılabilir görünmektedir. Kefalet borcu sebebiyle hapsedilen kefile başka cezâ uygulanmaz. Çünkü hapisten gaye, kişiyi borcunu ödemeye teşvik etmektir (A.g.e.: 90). Serahsi (v.490/1097)'nin ifadesine göre, bir kefil en az bir dirhem miktarındaki kefalet borcu için hapsedilir. Bu ifade şu açıdan önemlidir: Kefalet borçlarını ihmalde, hapis cezası için bir alt sınır olmalı ve bu cezâ zamanın şartlarına göre caydırıcılık özelliğine sahip bir miktar olarak tesbit edilmelidir. Kısaca bir sınır konulmalı uygulanmazsa cezaya başvurulmalıdır.

İslam hukukuna göre, kefaletten doğan borçlarını ihmal eden, ödemeyen kadınlar, aynen erkekler gibi hapse atılır ve cezalandırılırlar.

İslam hukuku'nda müslüman kefil İslam ülkesindeki müslüman olmayan alacaklının alacağı için, müslüman olmayan kefil de müslüman alacaklının alacağı sebebiyle hapsedilir. Hapis cezalarında kefalet konusunda, fertlerin dinine göre farklı muamele yapılmaz. Çünkü haksızlık herkes için aynıdır. Din dikkate alınmamış ve ceza esas tutulmuştur. Maliki mezhebine göre, kefil asili getirmiyorsa önce hafifçe azarlanır, sonra borç ondan tahsil edilir. Hanbeli mezhebine göre, aşağıda belirtilen hallerde asilin aleyhine hükmedilen kefilden alınır:

- Kefil gücü yettiği halde asili getirmezse,
- Kefil asilin nereye kaybolduğunu bilmezse,
- Kefil asilin kaybolduğu yeri bildiği halde, onu getirmezse (İbn Kudame, 1994: 88-89). Kefil gerekirse asili şehir dışında aramak, bulursa onu getirmekle sorumludur.

Ancak asıl soru şudur; Yapılan masraflar nereden, nasıl karşılanır? Bu sorunun cevabını Şafii kaynaklarında cevap verilmektedir: Kefâlet, asilin emriyle olmuşsa, asili getirmek için harcadıklarını kefil ondan tahsil edebilir. Asil gelmek istemez, hâkim onu zorla getirecek bir görevli tayin ederse bunun da masrafı asile aittir. Çünkü kefaletle izin vermek suretiyle asil, kefile beraber, hâkime gelmeyi iltizam etmiştir. İltizam eden de harcar (Şirvani, t.y.: 264). Hukuk kitaplarında bahsi geçen, asilin kaybı, arama suresi ve asili teslim gücü yetirebilme konularının yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Pekâlâ, devletin desteğiyle asilin bulunması, ondan hak talebi ve mahkeme için alacaklıya teslimi mümkündür (Atar, 1990: 25).

2.7. Kefilin Hakları

Kefilin haklarından bahsedebilmemiz için kefâletten önce asilin "Bana kefil ol!" diye kefilinden talepte bulunması gereklidir. Böyle bir istekle asil de kefile karşı sorumluluk altına girmiş olur. Asilin bu tür bir isteği yoksa kefilin hakları söz konusu olamaz.

Kefilin kefalette bir takım haklara sahip olmasını asilin isteğine bağlanmasının nedenleri şunlardır:

1) Kefâlet asilin isteğiyle olmuşsa, kefilin edasına kadar mal kefilin zimmetinde sabit gibidir. Edâ edince kefil ona sahip olur. Asilin isteği olmaksızın kefalette, ise malın kefilin zimmetinde sabit olması mümkün değildir ki ona sahip olsun.

2) Mal kefâlet akdiyle kefile vacip olduğu gibi aynı şekilde asile de kefile karşı vacip olur. Ancak, edası gecikmektedir (Serahsi, 1912: 178).

3) Kefâlet, başlangıç itibariyle teberrû, sonuç itibariyle ise ivazlı akittir. Oysa asilin isteği olmaksızın kefâlette başkasının borcunu ödemek suretiyle, bir teberrû akdi

vardır. Teberrû akitlerinde ise rucû olmaz (Merginani, 1990: 104).

4) Alacaklının isteğiyle kefâlet karz hükmündedir. Dolayısıyla, karz akdinin hükümleri geçerlidir (Kasani, 1996: 13).

5) İstekle kefâlette, asilin borcunu ikrar manası da vardır. Borcunu ikrar edenden borç talep edilir (Molla Hürsev, 1884: 305).

6) Kefilin sorumluluklarında bahsi geçen teslim, ödeme veya haps... hep asil sebebiyledir (Merginani, 1990: 101). Kefilin bu sorumluluklara karşı bazı hakları da olmalıdır.

Burada üzerine çeşitli hükümlerin binâ edildiği istek, borç ikrârı sahih olanların isteğidir. Meselâ, çocuğun borç ikrarı sahih olmadığı için, kefâlet isteği de sahih sayılmaz. Ticârete izinli çocuğun emri üzerine kefâlet sahihtir. Bu istek konusunda üzerinde durulması gereken bir başka hususta, "Bana kefil ol!" diye borçlunun kefâleti şahsına izâfe etmesidir. Sadece "Kefil ol" derse bu ifâdeyle karz manası gerçekleşmeyeceğinden (Kasani, 1996: 13). Kefil haklara sahip olamaz. Kefilin hakları şöyle sıralayabiliriz: Asilden sorumluluğunu yerine getirmesini istemek, asili hapsedirmek, asili yolculuktan engellemek ve asile rucûdur.

Türk Borçlar Hukuku'na göre kefilin alacaklıya karşı haklarından bazıları şunlardır:

- Borç muteber değilse kefil sorumlu olmaz.
- Asıl borcun sona ermesi halinde kefil de kurtulur (Resisoğlu, 1964: 173).
- Asıl borcun zaman aşımına uğraması durumunda kefil asıl borçluya ait bu zaman aşımı defini (itirazını) alacaklıya karşı ileri sürebilir (A.g.e.: 174).
- Hibe edeceğini söyleyen kimse, hibe taahhüdünden rucû ederse bu taahhüd kefaletle temin edilmişse kefil def'i hakkına sahiptir.

Kefilin borçluya karşı da şu hakları vardır:

- Kefilin borçludan teminat vermesini veya borcunu ödemesini talep hakkı (A.g.e.: 213-217).
- Kefilin rucû hakkı (A.g.e.: 217).

2.8.1. Borçlunun Sorumluluğunu Yerine Getirmesini İstemek

Alacaklı eğer isterse, kefil asilin alacaklıya teslim olmasını isteyebilir. Kefilin bu isteğine asilin uyması gerekir. Asilin zorluk çıkarması halinde kefil hâkimden yardım talep edebilir. Mala kefil, alacaklının malı ödemesi için kendisini takip etmesi halinde o da "malı öde, beni kefaletten kurtar!" diye asili takip edebilir. Kefil, alacaklı istemeksizin asili takip edemez, onu getirip teslim edemez ve borcunu öde diye ısrar edemez. Çünkü kefil henüz kefalet sebebiyle sorumlu olmamıştır ki asilden hak talep etsin (Mevsili, 1989: 169). Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre, kefalet asilin emriyle olmuşsa ve alacaklı kefile "borcunu öde" demişse kefil de aynı şekilde asilden borcu ödemesini ister (Remli, 1967: 90). Maliki mezhebine göre, kefil alacaklıdan, süresi gelmiş borcu ödemesini isterken, kefil kendisini kefaletten kurtarmasını talep eder.

2.8.2. Borçluyu Hapsettirmek

Kefil hapsedilmesi halinde isterse asili hapsettirebilir. Çünkü o da asilin borçu nedeniyle hapse düşmüştür. Kefili bulunduğu bu durumdan kurtarmak elbette asilin üzerine bir borç yüküdür. Kefili kurtarması gerekir. Eğer asilin isteği olmaksızın kefalet gerçekleşmişse, borç ödenmiş olduğundan, kefil borcun talebi ve gerekirse hapis cezasını sadece asile uygulattırabilir.

2.8.3. Borçluyu Yolculuktan Engellemek

Kefil asili kefalette vade yoksa hemen vade varsa bu vade dolunca yolculuktan engelleyebilir. Asilin yolculuktan engellenmesi kefaletin konusu olan malın edâ veya şahsın alacaklıya teslim etmesi içindir (İbn Nuceym, 1985: 302).

2.8.4. Kefilin Asile Rucû

Kefilin haklarını anlatırken, kefilin asile rucû edebilmesi için de asilin kefalet

isteğinde bulunması gerektiğini belirtmiştik. Eğer şahıs kendiliğinden, asilin talebi olmadan kefil olmuşsa asile rucûda bulunamaz. Şafii mezhebine göre, asil, kefile, "kefil ol, borcu öde." diye emretmişse kefil asıl borçluya rucû eder. Çünkü kefil malını asilin isteğiyle onun niyeti için harcamıştır. Böyle bir isteği yoksa rucû edemez (Remli, 1967: 461). Asilin sadece kefaleti emretmesiyle de kefil ona rucû eder (A.g.e.: 462). Hanbeli mezhebinde kefalette veya borcun ödenmesinde asilin isteği varsa kefil ona rucû eder. Çünkü bu halde borç vacip olmaktadır. Kefalet veya ödemede istek olmaması halinde kefilin ödemesi teberrû hükmünde olacağından asile rucû edemez (İbn Kudame, 1994: 88). Kefilin asile rucû zamanı kefalet borcunu ödedikten sonradır (Tahavi, 1950: 103). Kefilin borcu ödedikten sonra borcu almak üzere asile dönmesinin sebebi şudur. Kefil tek taraflı borcu iltizam etmekle bir karz aktinde bulunmuştur. Oysa borcun edasından önce karz gerçekleşmeyeceğinden rucu da olmaz (Serahsi, 1912: 89). Bir başka açıdan kefalet, asil açısından borç istemek, kefil açısından da borç vermektir aslında. Kefil asilin borcunu ödemekle borç vermiş demektir. Doğal olarak da zamanı gelince borç veren de borcu verdikten sonra, borcu tahsil etmek için döner. Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre de kefilin asile rucû edebilmesi için, borcu alacaklıya ödemesi gerekir.

Kefilin rucûunun hallerini incelersek; Borcu ödemesi halinde, kefil asile, alacaklıya ne ile ödedi ise o şekilde rucûda bulunur. Kefil asilin borcunu ödemekle borç vermiş gibiydi. Borç verense alana verdiğiyle, dönmesi gerekir. Kefil ödediğiyle değil, kefil olduğu şeyle rucû eder. Örneğin; Borcun değeri altın olduğu halde gümüş ile ödense, kefil borçluya yine değeri altın olarak ile rucûda bulunabilir. Çünkü kefil borcu ödemekle borçlunun zimmetinde olana sahip olmuş demektir ki, o da altındır. Fakat kişi, borcu kefil olduğundan başka şeyle ödese, neye kefil ise onunla asile rucû eder. Çünkü ödemek sûretiyle borca kefil sahip olur (Kasani, 1996: 15). Alacaklı, borçludan borcunu aldığını inkâr etmesi ve kefilden de alması halinde kefil yine ödediğiyle borçluya başvurabilir. Şafii Mezhebine göre, kefil ödediği şeyle, asile rucû eder. Ödediği ile kefil olduğu miktar arasında fark varsa, miktarı az olanla asile rucû eder (Remli, 1967: 444). Maliki mezhebine göre, kefil alacaklıya ödediği delil veya alacaklının ikrarıyla sabit olmak şartıyla, ödediğiyle asile rucû eder (Sahnun, 1968: 267). Hanbeli mezhebine göre de, kefil ödediği şeyle asile rucû eder (İbn Kudame, 1994: 88). Kefil, borcu ödediğinde itirazsız bir

şekilde asile rucû edebilmesi ve kefilin birbirlerinden habersiz tekrar borcun ödememesi için, Maliki mezhebinin görüşü istikametinde kefil borcu ödediğine dair alacaklıdan bir yazı alması uygun olacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nda kefil borcu ödediği nisbette borçluya rucû hakkına haiz ve bu bakımdan alacaklının haklarına kanunen halef olur. Buna göre kefil ödediği borç nisbetinde alacaklı durumuna geçmekte ve asıl borçluyu takip edebilmektedir (Türk Borçlar Hukuku, 2012: 583).

Genel anlamda kefil borcu ne ile ödediğiye, tutardan ve değerden bağımsız olarak daha değerli eşya ile de ödese bunu ispat ederek asilden bunu talep edebilir. Alacaklı ile sulh olması halinde; kefilin alacaklı ile barış etme hakkı vardır. Kefil alacaklı ile borçtan başka şeyle barış yapması ile asile kefil olduğu şeyle rucû eder. Meselâ, 500 liralık bir borca kefil olan, bu borca karşılık alacaklı ile barış olsa, asile 500 lira ile rucû edebilir. Hak sahibi ile başka bir şey ile söz gelimi 500 liralık elbise ile konu kapansa, elbise 500 liraya karşılık olduğu için yine asile 500 lira ile rucû edebilir. Zira buradaki borç elbisenin tutarıdır.

Borcun cinsiyle sulhun hükmü daha farklıdır. Meselâ, 500 liralık borca karşılık 250 liraya kefil alacaklı ile sulh yapsa, asile bu 250 lira ile rucû eder. Çünkü buradaki sulh, borca izâfe edilmiştir. Dolayısıyla, borcun 250 lirası sulh ile düşmüştür. Bu hususta Kâsânî (v.587/1191)'nin gerekçesi şöyledir: Kefil 250 lira ödemekle asilin borcuna sahip olmuştur ki o da 500 liradır. Burada, sulhun gerçekleşmesi ile 250 liraya kefil sahip olamaz. Çünkü sulhun mülkiyete sebep kılınması kişiyi faize götürür. Sulh ile alacaklının bir hakkı sakıt olmuştur, sakıt olan ile de rucû edilemez. Kefil ayrıca 250 lira için asile başvuramaz. Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerine göre kefil kefâletin konusu ile sulh olduğu miktardan hangisi daha az ise onunla asile rucû eder. Bu hususta İbn Kudâme (v.620/1223)'nin gerekçesi şöyledir: "Çünkü borç azsa fazlalık vacip değildir, teberrûdur, eğer ödediği azsa onunla rucû eder (İbn Kudame, 1994: 89). Alacaklının alacağını kefile hibe etmesi halinde, kefil mal sahibi vasfıyla asile rucû eder (Tahavi. 1950: 105). Alacaklının alacağını kefile sadaka olarak bağışlaması halinde, kefil bu sadakayı kabul etmişse mal sahibi sıfatıyla, sadakayı kabul etmediği takdirde kefâletin hükümlerine göre asile rucû eder (A.g.e.: 105). Kefilin borçluya varis olması halinde, kefil alacaklının

ölmesiyle ona varis olmuşsa borcu mal sahibi sıfatıyla asilden talep edebilir.

Ayrıca müteselsil kefillerin rucûu ile ilgili birkaç farklı durum vardır. Birbirlerine de kefil olmuşlarsa, hisselerinden fazla ödedikleriyle diğer kefillere, ödedikleri miktarın hepsiyle de asile rucû ederler. Çünkü bu kefiller kefâlet ve borçta aralarında ortaklıklar (Serahsi, 1912:38). Mesela, bir kişinin 1000 lira borcuna iki kişi bu şekilde kefil olsa, borcun hepsini ödeyen 1/2 'lik bölümüyle diğer kefile, borcun hepsiyle de asile rucû eder (A.g.e.: 34). Kefillerden sadece birisi diğerlerine de kefil olsa, yaptığı ödemede söz onundur. Bu kefil hem kendi kefaleti, hem de diğer kefillerin kefaletinden sorumludur ve bu iki borcun birini diğerine tercih imkânı yoktur. Mesela biri arkadaşına "Sana olan kefaletimden dolayı ödedim." dese, onun bütün borçtaki hissesi kadarıyla rucû ederken, bütün borçla da asile rucû eder (Kasani, 1996: 14). Eğer bu kefiller aynı zamanda birbirlerine kefil olmamışlarsa, ödedikleriyle sadece asile rucû ederken, arkadaşlarına rucû edemezler. Çünkü, birbirlerine karşı sorumlu değildir (A.g.e.: 14). Maliki mezhebine göre, bir adamın borcuna üç kişinin kefil olması halinde, alacaklıya karşı hepsi 1/3 lik kısmıyla sorumludur. Müteselsil kefiller birbirlerine de kefil olmuşlarsa, herbiri borcun hepsinden sorumludur. Bu borcun hepsini ödeyen, iki kişiden biriyle karşılaşsa yansıya ona, hepsiyle de asile rucû eder (Sahnun, 1968: 261). Hanbeli mezhebinde durum daha farklıdır. Bir şahsın borcuna kefil olanlar, borcun hepsinde birbirlerine kefil olamazlar. Çünkü bir zimmette sabit olan hak ikinci defa sabit olmaz (İbn Kudame, 1994: 85). Anladığımız kadarıyla Hanbeli mezhebinde müteselsil kefâlet yoktur. Müşterek borçlular birbirlerine de kefil olmuşlarsa meselâ iki kişi, borcun yarısında asil, yarısında kefiledir. Yarısından fazla ödeyen sadece bu fazlalıkla arkadaşına rucû eder. Çünkü borcun yarısından fazlasında yapılan ödemede kefâlet gündeme gelir. Yarısından önce rucû olmaz. Zira borç kefâletten daha evlâdır (Kasani, 1996: 14-15). Mufavada şirketinde ortakların aynılması halinde, alacaklı dilediğinden borcun hepsini alır. Borçlulardan herbiri yarından fazlasını ödemesiyle ancak arkadaşına rucû eder. (A.g.e.: 15).

Kefilin asile rucû edemeyeceği hallere de değinecek olursak; Kefilin ödediği ile asile rucû edemeyeceği durumların başında asilin emriyle olmaksızın kefaleti üstlenmesi gelir. Bu durumdaki hükümleri kefilin haklarında bahsedilmişti.

Kefilin rucû edemeyeceği diğer durumlar ise şunlardır:

- Kefil, alacaklıya ödediği borcu daha asilden almadan, asile "benim sende hakkım yok" (ibra) dese ödediği ile ona artık rucû edemez (Serahsi, 1912: 12).
- Alacaklı kefilin ibrâ etse, asile rucû edemez. Çünkü bu, kefilin alacaklı tarafından kefaletinin düşürülmesi demektir (Kasani 1996: 14).
- Kefil borcu alacaklıya verdiğini iddia ve asil de bunu tasdik etmişken, alacaklı kefilden borcu aldığını inkâr ve yeminle asilden tekrar alsa kefil asile ödediğini delille isbat etmedikçe rucû edemez (Haydar, 1914: 117).
- Asil kefalet akdi yapılmadan önce borcunu ödediğine dair delil getirirse, bunu kefil de kabul etse, asil borçtan kurtulurken, kefil ikrarından dolayı asile karşı hala sorumludur. Asile rucû edemez (İbn Abidin, 1984: 318).
- Asilin kefilde borcu kadar alacağı olması halinde kefil alacaklıya borcu ödediğinde asile rucû edemez. Asil de kefilde alacağı olması sebebiyle burada rucû'nun bir anlamı olmaz (Kasani, 1996: 14).
- Alacaklı kefilin borcu ödediğini inkâr ile yemin etse, malın teslimini emin olmayan biri iddia ettiğinden, söz inkârcının olduğu için kefil asile rucû edemez (el-Makdisî, 1972: 92).
- Kefil kefalet borcunu ödemediği asile rucû edemez. Çünkü kefalette söz konusu olan borç verme kefil ödeme yapmadan gerçekleştirilmez (Kasani, 1996: 13).
- Teberrû'ya ehil olmayanların mesela küçük çocuğun kefalet isteği ile kefil olmuşlarsa bu hukuken geçerli bir istek sayılmadığı için kefil asil olan küçük çocuğa rucû edemez (A.g.e.: 13).

Türk Borçlar Kanununda: "Kefil tediye asıl borçluya ihbar etmemesinden dolayı asıl borçlu ikinci defa olarak borcunu edâ ederse kefil rucû hakkını kaybeder..." (Türk Borçlar Hukuku, 2012: 583)

2.9. Kefalet Akdinin Sona Ermesi

2.9.1. Tabii Olarak Sona Ermesi

2.9.1.1. Borçlunun teslimi

Şahsa kefilde asili alacaklıya teslim ederek kefaletten kurtulmuş olur. Kefilin asili bir defaya mahsus teslimi yeterlidir. Alacaklı asili kabul etmek mecburiyetindedir. Alacaklı ister kabul ister etmez, teslimi kabul etmese bile kefâlet sona ermiş olur. Asil de kimin kefaletinden dolayı, teslim olduğunu belirtmek şartı ile alacaklıya kendini teslim edebilir. Kefilin görevlendirdiği bir kişi, asili "Kefil için teslim ediyorum" demek şartı ile de kefâlet sona ermiş olur. Tutuklu bulunan asilin teslimiyle de kefâlet sona erer. Çünkü alacaklının asille görüşmesi, gerekirse, mahkemeye çıkarması mümkündür. Alacaklının vefatı halinde vasilerine, onlar da yoksa mirasçılara teslim edilmesi, alacaklıya teslim edilmiş gibidir. Kefil belirlenen vakitte kefaletin konusu olan malı alacaklıya teslim etmek üzere getirip de alacaklının kaybolduğunu veya gizlendiğini görürse, hâkime müracaat eder. Hâkim de alacaklı tarafından bir vekil tayin ederek malı ona teslim ederler, bu şekilde kefalet sona erer (Mecelle, 1982: 651). Şafii mezhebine göre ise, kefilin asili alacaklı ile asil arasında, alacaklının hakkını almasına engel olacak bir zorba olmaksızın teslimiyle kefâlet sona erer. Asilin kendiliğinden teslimi halinde, "Falanın kefaletinden dolayı teslim oluyorum." demelidir (Remli, 1967: 449).Maliki mezhebine göre, kefilin asili teslimi veya asilin kendiliğinden teslimiyle kefâlet sona ermiş olur. Asilin tesliminde Hanbeli mezhebinin görüşleri de Şafii mezhebiyle hemen hemen benzerlik göstermektedir. Türk Borçlar Hukuku'nda kefil borcu alacaklıya ödeyebilir. Alacaklı ödemeyi reddetse veya asıl borçlunun borcunu ödemesi durumunda kefâlet sona ermiş olur.

2.9.1.2. Borcun ödenmesi

Asıl borcun ödenmesi sonucu, kefâlet gibi fer'î borçlar kendiliğinden sonlanmış

olur. Kefâlet borcunu kefilin, asilin veya kefilin vekilinin ödemesi durumunda, ödemenin kefâlet borcundan dolayı olduğu belirtilmesi şartıyla kefâlet sona erer (Molla Hürsev, 1884: 297). Hanbeli mezhebine göre, asilin borcu ödemesiyle kefâlet sona erer. Çünkü kefâlet bir teminat ve başka bir borca tabidir (el-Makdisi, 1972: 73). Türk Borçlar Kanunu'nda borcun ödenmesiyle kefâlet sona erer (Türk Borçlar Hukuku, 2012: 113/1). İslam Hukuku ve Türk Borçlar Hukunda da fikir birlikteliği olup, asilin borcu ödemesi durumunda kefalet sona ermiş olur.

2.9.1.3. Kefil veya Asilin ibrası

Bu konuda genel görüş şu şekildedir: Asilin ibra edilmesi kefilin ibrasını gerektirir, fakat kefilin ibra edilmesi asilin ibrâsını gerektirmez (Tahavi, 1950: 104). Çünkü borçla sorumlu olan asildir. Kefâlet borca tabî bir borçtur. Asilin ibrâsıyla hem borç hem de kefâlet düşerken, kefilin ibrâ edilmesiyle sadece kefâlet düşer. Zira borç kefâlet olmaksızın da kalmaya devam edebilir. Kasânî (v.587)119 l)'nin izahına göre ise: "Borçdan sorumlu olan asil, borcun istenmesinden sorumlu olan da kefildir. Asilin ibrâsı ile borç, dolayısıyla borç olmaksızın onun istenmesi mümkün olamayacağından kefâlette sona erer. Kefil ibra edildiği zaman ise, borcun istenmesi ortadan kalkar, borç devam edeceğinden asıl borçlu yine sorumludur. Kefâlet yine sona erer (Kasani, 1996: 2). Şafii ve Hanbeli mezheplerinde de ibrâ konusundaki hükümler bu şekildedir (Remli, 1967: 459).

2.9.2. Fevkaledede Sebeblerle Sona Ermesi

2.9.2.1.Ölüm

Kefil, alacaklı ve asilin ölümünde kefalet şu şekilde etkilenir. Kefilin ölümüyle şahsa kefâlet kendiliğinden sona ermiş olur. Çünkü kefil ölünce asili teslim kudreti ortadan kalkar. Kefilin varisleri ise, sadece lehine olan haklarda ona varistirler. Kefâletle sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Ölen, asilin şahsına kefil olduğu için, terekeden de ödenmesi mümkün değildir (Serahsi, 1912: 32). Kefilin ölümüyle diğer kefâlet

çeşitleri sonuçlanmaz ve kefilin terekesinden alınır (Mecelle, 1982: 670). Terekesinden bunları almak mümkün değilse, varisler borcu ödemeye zorlanamaz. Zirâ hiç kimse şer'i bir sebep bulunmadıkça başkasının borcunu ödemek zorunda değildir (Haydar, 1914: 149). Şafii mezhebine göre, mala kefilin ölümünde mal terekesinden ödenmez (Remli, 1967: 452). Maliki mezhebine göre, mala kefilin ölümüyle mal terekesinden alınır (Sahnun, 1968: 257). Hanbeli mezhebine göre, mala kefilin ölümüyle mal terekesinden alınır (el- Makdisi, 1972: 94). Alacaklının ölümü halinde kefil asili, varislerine teslim ederek şahsa kefâleti sonlandırmış olur.

Diğer kefâlet çeşitlerinde ise kefilin taahhüt ettiği şey alacaklının varislerine teslimle kefâlet sona ermiş olur (Merginani, 1990: 97). Şafii mezhebine göre, alacaklının ölmesi halinde kefil alacaklının varislerine karşı sorumludur (Remli, 1967: 453). Asilin ölümü halinde de şahsa kefâlet sona erer. Zirâ kişinin alacaklıya teslimi ve alacaklının onu dava edebilme imkânı ortadan kalkmış olur. Hanbeli mezhebine göre de, asilin ölümüyle şahsa kefâlet sona erer. Zirâ asilin gelme imkânı ortadan kalktığına göre, kefilinden sorumluluk düşer. Ancak mala kefâlet sona ermez.

2.9.2.2. İrtidat

İslam ülkesi vatandaşı olan gayri müslimlerin aralarındaki alışverişlerinde meselâ konunun içki olması halinde alacaklı-kefil veya alacaklı-asil ikilisinden kefil müslüman olsa içki Ebu Hanife (v. 150/767) ve Ebû Yusuf (v.182/798)'a göre düşer. Ebu Muhammed (v.189/805)'e göre alacaklı kefilinden içkinin bedelini talep edebilir. Fakat kefil yaptığı ödemeye asile rücu edemez. Alacaklı müslüman olursa içki düşer. Hepsi müslüman olurlarsa yine içki düşer. Kefil ve asil birlikte müslüman olursa Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre içki düşer. Ebu Muhammed'e göre, kıymeti gerekir. Alacaklı ve borçlu müslüman olursa bu akdin feshi olduğu için içki tamamen bedeliyle düşer (Serahsi, 1912: 25). Ebu Muhammed'in görüşü istismarı bertaraf etmesi açısından çok güzel bir açıklamadır. Asilin irtidadı ve daru'l-harbe sığınmasıyla, iki ülke arasında suçluların reddi gibi bir anlaşma yoksa kefâlet sona ermiş olur. Mala kefalette, ise mürtedin yakınlarının

borcu ödemesine hükmedilir. Hanbeli mezhebine göre, İslam ülkesi vatandaşı gayri müslimler kendi aralarındaki alışverişte, A'nın B deki içki borcuna C kefil olsa; asil veya borçludan birisinin müslüman olması halinde, borç düşer. Zira asil müslüman olursa, ona içki borcu vacip olmaz. Dolayısıyla kefil de kurtulmuş olur. Alacaklı müslüman ise hepsi kurtulur. Kefil müslüman olursa, kefâlet sonlanmış olur.

2.9.2.3. Fesh

Yapılan ticaretin feshedilmesiyle kefâlet sona ermiş olur. Çünkü bu halde kefile ücret vacip olmadığı için teminat özelliği taşıyan kefaletin önemi kalmamış olur. Türk Borçlar Kanunu göre de asıl borç herhangi bir neden ile iptal olursa kefil de kefaletten düşmüş olur.

2.9.2.4. Verâset

Alacaklının ölümü halinde, miras borçluya kalırsa, borçlu yükümlü olduğu borca sahip olduğu için, kefâlet de sona ermiş olur.

Kefilin, alacaklının ölmesi ve onun mirascısı olması durumunda, asilin emri ile kefil olmamışsa, kefile beraber asil, eğer asilin emri ile kefil olunmuşsa kefil borçtan kurtulur. Çünkü alacaklının ölmesi durumunda, miras, varisi olan kefile kalmıştır. Maliki mezhebine göre, borçlunun ölümünde alacaklı ona varis olsa, alacaklı fakirse kefalet sona ermez devam eder (Sahnun, 1968: 257). Türk Borçlar Kanununa göre alacaklı ve borçlu sıfatlarının bir şahısta birleşmesiyle borç ve borçla ilgili bütün feri haklar sona erer (Reisoğlu, 1964: 240).

2.9.2.5. Sulh

Kefil, kefâletteki sorumluluğunun kalkması için asille sulh yaparsa kefâlet sona erer (Tahavi, 1950: 105). Çünkü bu kefalet aktinin ortadan kalkması anlamına gelir. Şahsa kefil alacaklı kendisini kefaletten ibra etmesi için onunla mal karşılığı sulh yaparsa, bu

konuda iki rivayetten birisine göre kefâlet sona erer. Fakat kefil sulh bedelini ödemez (Haydar, 1914: 141).

2.9.2.6.Havale

Asıl borçlunun alacaklıyı birinin üzerine devredip, alacaklı ve devredilen anlaşırca kefâlet sona erer (A.g.e.: 147).

2.9.2.7.Hibe

Alacaklı alacağını asil veya kefilden birisine hibe veya sadaka olarak verir alacağından vazgeçerse, bunlar da ödeme manasına geleceğinden kefâlet sona ermiş olur.

2.10. Ücretle Kefalet

Ücretle kefalet konusu, günümüz İslam hukukçuları tarafından daha çok banka teminat mektuplarının fihhi hükmü tartışılırken gündeme gelmiştir. Genel anlamda veya en azından teminat mektuplarının bir kısmını kefalet akdi içerisine alanlar, teminat mektuplarına karşılık bankanın aldığı komisyonu, ücretle kefalet olarak kabul etmişler ve bu sebeple ücretle kefaletin fihhi hükmünü ortaya çıkarmaya çalışmışlardır. Diğer ifadeyle teminat mektubundaki komisyonu fihhi anlamda bir temele oturtabilmek için ücretle kefaletin veya menfaat karşılığı kefaletin fihhi hükmünü ortaya koymaya çalışmışlardır. Sonuç olarak ortaya iki durum çıkmıştır. Şahsi kefalete, müessesesiz kefalete karşı ücret almak ve banka (müessese) kefaletine karşı ücret almak.

Günümüzde, toplumda güvenin azalması, kişilerin birbirlerini yeterince tanımaması, kefâletin muhtemel zorlukları ve manevi değerlerin kaybolarak münasebetlerde menfaatlerin ön plana çıkarılması sonucu, Allah (c.c.) rızası için, karşılıksız olarak kefil olmaya yok denenilecek kadar azdır. Toplumun kefâlette ihtiyacı da gözönünde bulundurularak şu sorular gündeme gelmiştir; Acaba bir ücret mukabilinde

kefâlet akdi geçerli olur mu? Kefil, kefâlette karşılık taraflardan bir ücret talep edebilir mi? Kefillik ücretle bi mesleğe dönüşür mü? Konuyla ilgili sadece şu hadislere ulaşılmıştır; "Kuleyb b. Vâil anlatıyor: Abdullah b. Ömer (r.a) a şöyle sordum:

- Bana haraç borcu çok olan bir köy ağası geldi. Onun haracına kefil oldum. Borcunu ödemedi, ben ödedim. Bana bir yük beygiri hibe etti ve bir elbise giydirdi. Bunları almam doğru mu? Abdullah b. Ömer:
- Kefil olmasaydın yine bunları sana verir miydi? dedi.
- Hayır! dedim.
- Öyleyse almam doğru olmaz, diye cevap verdi.” (Abdurrezzak, 1972:148).

Hadisten de anlaşıldığı üzere, İbn Ömer (r.a) kefâlet karşılığı bir bedel alınmasını uygun bulmamıştır. İslam hukukunun klasik doktrinini oluşturan mezhep hukukçuları, o dönemde büyük ticari faaliyetlerin olmaması ve günümüzdeki gibi bankaların verdiği kefalet durumları olmadığından tabii olarak daha çok şahsi kefalet karşılığı ücret alma konusuna değinmişler ve konuyu daha çok kefalet akdinde öne sürülen şartlar açısından incelemişlerdir. Buna göre dört mezhep hukukçularının tamamı kefalete karşılık ücret alınmasını caiz görmemişlerdir.

Bu konuda Hanefi mezhebinin görüşleri şu şekildedir; A, B'nin mal alacağına ücret mukabilinde kefil olsa ücret batıldır. Çünkü bu ücret rüşvet, rüşvetse haramdır. Alacaklı bu kefaletle fazla bir mala sahip olmaz ki, karşılığında bir ücret gerekli olsun. Fakat kefâlet câiz olur, eğer bu ücret şart kılınmışsa kefâlette batıldır. Çünkü kefil bir şeyi üstlenir. Üstlenmekse sadece rızâ ile olur (Serahsi, 1912: 32). Alacaklı A, B'deki mal alacağına kefil olması için C'ye ücret verirse, bu kefâlette şart kılınmamışsa şart batıldır. Şart kılınmışsa, kefâlette batıldır (İbn Nuceym, 1985: 234).

Kefil borçlu hakkında ödünç veren olup, garantördür. Benzerinin kefile tazminiyle beraber ücretin şart koşulması faiz olup, hakkı değildir. Kefâlet câizdir. Zira, kefâlet şarta bağlanmamıştır, mutlaktır. Kefâlette şart koşulmasında ise, "Kefaletin sahih olması gerekir. Şöyle cevap verilir: "Buradaki şart kefile fayda sağlayan bir şarttır. Oysa rüzgârın esmesi gibi şartlar böyle değildir. Bunun için kefaletin sabit olması için bu şartı sözetmek

gerekir. Ücrete hak kazanılacak bir durum olmadığı için şart sabit olmayınca kefâlette batıl olur. Mesela rüzgârın esmesi şartının taraflara fayda sağlamadığı için gözetmek gerekmez. Kişinin bir ücret karşılığında kefil olması doğru değildir. Kefâlet akdi sırasında bu şart koşulmuşsa kefâlet sahihtir. Kefil, kefâletin konusunu alacaklıya ödediğinde aynısını asilden alır. Ayrıca ücret alması halinde, bu faiz olur. Çünkü kefalette, kefil lehine bir menfaat söz konusu olmuş olur. Hadiste ise, kâr getiren karz akti yasak olduğu anlatılmaktadır. Üstelik kefâlet, teberrû akdi olup, Allah (c.c.) rızası için yapılmadı daha doğrudur. Şafii ve Hanbeli mezheplerine göre de kefâlet karşılıksız yapıldığından, ücret karşılığında kefâletlik yapılması doğru olmaz. Maliki mezhebine göre, kişinin kefâlette karşılık bir ücret alması veya talep etmesi sahih olmayıp, böyle bir şarta bağlı kefâlet batıldır. Çünkü borcu ödediğinde asile döneceğinden, asıl borçtan fazla olacağından alınan bu miktar faiz hükmündedir.

Ücretle kefâletin sahih olmayacağına şu hadislerden de anlaşılabilir;

"Dirhem karşılığı ödünç alındığında fazla verilen miktar faizdir" (Buhari, 1892: 79).

"Hem ödünç, hem satış ve bir satış içinde iki şart helal değildir" (A.g.e.: 73).

Eserlerinde daha çok şahsi kefalete yer veren ve buna karşılık ücret almayı caiz görmeyen İslam hukukçuları ücretin alacaklı, borçlu ya da üçüncü bir kişi tarafından verilmesi arasında fark gözetmezler (Kahraman, 1997). Bu hükme gösterdikleri gerekçeleri ise şu şekilde gruplandırabiliriz.

1. Bu, bir akit içerisinde iki akit yapma (safka) anlamı taşır.
2. Faize yol açmaktadır.
3. Rüşvet kabilindedir.
4. Menfaat sağlayıcı ödünç (karz)'tür.
5. Kefalet, teberru aktidir, ancak Allah için yapılır.

Günümüz İslam hukukçuları ücretle kefalete genel anlamda hukuki-iktisadi işlemlerden biri olan banka teminat mektuplarından bahsederken ele almışlardır.

Bankaların verdiği teminat mektuplarından bankanın ücret alması caiz mi? Caiz ise neye göre caiz olduğu veya caiz değil ise neye göre caiz olmadığı sorularına cevap ararken ücretle kefaletle de değinmişlerdir. İslam Konferansı Teşkilatı, İslam Fıkıh Akademisi tarafından "Banka teminat mektubu"nun İslam Hukuku'ndaki yeri tartişılırken, ücretle kefâlet konusuna da yer vermişlerdir.

İslam bankalarında teminat mektubu şu şekilde uygulanır: Bankadan teminat mektubu isteyen kişinin eğer istediği teminat kadar bankada parası varsa, banka buna teminat verir. Bankanın teminat mektubu verdiği kişi ile arasındaki ilişki vekâlet, teminat mektubunu kabul eden tarafla banka arasındaki ilişki ise kefalettir. Teminat mektubuna ihtiyacı olan asil, banka kefil, teminat mektubunu kabul eden taraf ise alacaklıdır (Selüs, 1985: 22–28). Diğer taraftan banka teminat isteyeninin vekilidir. Ücretle vekâlet câiz olduğuna (şemsuddin, 1969: 2) göre, banka müvekkilinden ücret alır. Fakat teminat isteyeninin bankada teminat miktarı kadar mevduatı yoksa bu durum kefalet olup, banka verdiği teminat mektubuna karşılık, ücret alamaz. Çünkü bu ücrete hak kazanılmayan bir durum olur.

Söz konusu toplantıda tebliğlerden sonra şu sonuca çıkmıştır: Talep edilen teminat mektubu miktarı kadar kişinin bankada parası varsa, banka ile arasındaki hukukî durum vekâlet olacağından, banka o müşteriinde ücret talep edebilir. Bu arada banka ile alacaklı arasındaki durum halen kefalet olarak geçerlidir. Kefâlet, kendisinden iyilik ve yardımlaşma kastedilen bir akittir. Kefâlete karşılık ücret almak caiz değildir. Çünkü kefil borcu edâ ettiğinde, bu karza benzeyecektir. Menfaat sağlayan karz ise şer'an yasaktır (Ebu Davut, 1981: 68). Bu toplantıda tebliğ sunan müellifler kefâlet hakkında şu şekilde değerlendirmelerde de bulunmuşlardır: Emirle kefil, borcu edâdan sonra asile döndüğu için aslında vekildir. Teberrû fiilleri örfle sınırlıdır. Meselâ, önceleri imamet, ezan ve Kur'an öğretmeye ücret câiz görölmezken, sonra ihtiyaca binaen câiz görölmüştür (Merginani, 1990: 269). Niçin teberrû akdi olan kefaletten ücret alınmasın ki. Teberrû olan hibede ivaz mümkündür (Mecelle, 1982: 855). Ticarethaneler kefalet sırasında kefil mal, uğraş, gayret ve vakit harcandığı sıkıntıya girdikleri için ücreti şart koşması câizdir denildi. Hukukçular, imamete karşılık ücret alınmasına önceden cevâz vermezken

toplumun yapısı değişmesi ile ücretle kefâlette toplumun ve şahsın genel konjektör gözönünde bulundurularak niçin istihsânen cevâz verilmesin görüşü hâkim kılınmıştır.

Eski dönemlerde kefalet, birisinin ihtiyaç nedeniyle başvurup, kendi mali gücü zayıf olduğundan zengin birini kefil gösteriyordu. Zenginde fakirin sıkıntısını defedip karşılığını ahiret gününde umarak kefil oluyordu. Ancak günümüzde bu kefaletler mali anlamda güçlü şirketlere de verilmektedir. Bu şirketler karşı tarafa bir takım kefaletleri vermek veya onlar namına bir takım taahhüt altına girmek için banka teminatı istemektedirler. Bir takım müteşebbislerin yapacakları yatırımlar bu kredilere bağlıdır. Katılım Bankalarının bu ücreti gayri meşru görmesi ile teminat mektubu veya kefalet vermemesi insanların faizli bankalara yönelmesine sebebiyet verir ve İslam bankalarının ilerlemesini ve varlığını olumsuz yönde etki eder iken bi yandan da bu bankalara para yatıran mudilerin hiçbir kazanç elde etmeden mallarının zayi olması söz konusudur. Hâlbuki İslam hukukçuları bununda caiz olduğu görüşünde değillerdir. Türk Borçlar Hukuku açısından ise, ücretle kefâleti yasaklayan bir madde yoktur. Her ne kadar ahlaken ve örfe kefâlet ivaza bağlanamaz ise de kefil ile borçlu arasında kefâlet sebebiyle ivaz muamelesi yapılabilir (Berki, 1973: 220). Yine, kefil alacaklı ile bir ivaz karşılığında kefâlet akdini yapabilir. Alacaklı bu ivazı vermezse kefil akdi feshedebilir (Reisoğlu, 1964: 7).

Ücretle kefâlet konusunda, mezheplerin görüşleri ve fıkıh akademisinde sunulan tebliğleri göz önünde bulundurulduğunda şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır;

- Mezhepler hukukçuları ücretle kefaleti câiz görmemektedirler,
- Klasik dönemde İslam hukukçuları görüşleri daha çok teorik tarzda ve yaygın olarak kullanıldığı için şahsi kefalete yöneliktir. Bu nedenle kefalete karşı ücret almayı caiz görmemişlerdir.
- Günümüz İslam hukukçuları da şahsi kefaleti hoş görmemekte ancak banka ve teminat mektuplarına karşı alınan kefaleti caiz görmektedirler.
- Asilin isteğiyle kefâlette, kefil asilin vekili durumundadır, kefil, asilin isteğiyle kefil olmuşsa vekâlet gibi değerlendirilip, ücret alınabilir. Eğer asilin bir talebi olmazsa kefil kendisi istediği için ücret alması caiz değildir.

- Kefilin, asile rucû halinde, ücretin de şart koşulması durumunda, fazlalığın karşılığı olmadığı için faiz olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir değerlendirme de kefaletin karz akdine benzetilmesinden kaynaklanmaktadır. Oysa kefâlet karz akdine benzetmekle beraber, ondan daha kapsamlı bir akit olup, kefilin sorumlulukları ödünç verenin fedakârlığından çok farklıdır. Kefâlet beraberinde çeşitli sıkıntıları getirmektedir.
- Kişilerin maslahatları gözönünde bulundurularak, nasıl teberrû olan Kur'an öğretmeden kişiler, ücret alıyorlarsa, muamelattan olan kefaletten yine maslahat gereği ücret alabilirler. Aslında, teberrû mahiyetinde olan akitlerde de ücret alınması mümkündür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KATILIM BANKACILIĞINDA KEFALETİN UYGULAMA ALANLARI

Katılım bankaları tarafından sunulan bireysel ve ticari finansman hizmetleri; taşıt finansmanı, konut finansmanı, işyeri, arsa finansmanı, eğitim-seyahat gibi çok çeşitli konuyu ve eşyayı kapsayabilecek, İslami ticarete konu olabilecek tüketici (ihtiyaç) kredileridir. Bu hizmetlerin esasında yatan prensip, borç isteyene nakdi kredinin verilmiyor olmasıdır. Mevzuatta katılım bankalarının sağladığı finansman için “kredi” kavramı kullanılsa da, temelde bu işlemler alım satım esasına dayanmaktadır. Bireysel finansmanda daha çok murabahayı (finansman desteği) kullanan katılım bankaları, ticari ve büyük ölçekli finansman sağlanması için leasing, muşaraka, mudaraba gibi çeşitli kiralama ve ortaklık türlerine de başvurumaktadırlar (Darçın, 2007: 61-62).

Katılım Bankaları tasarruf sahiplerinden toplanan fonları belirli kurallar çerçevesinde hem ticari hayatta hem de bireysel olarak kullandırarak fona ihtiyaç duyan kişilerin eksiklerini tamamlamakta ve ticarethaneler gibi kar elde etmeyi amaçlamaktadırlar. Katılım bankalarında bu kullandırım yöntemleri değişiklik göstermekte olup, bu bölümde detaylı olarak katılım bankalarında fon kullandırım yöntemleri incelemeye çalıştık.

3.1. Murabaha

Murabaha, malın maliyetinin ne kadar olacağını müşteriye bildirilmesi ve üzerine kâr eklenerek tekrar müşteriye satılmasıdır. Murabaha, güven esasına dayalı bir satım sözleşmesidir. Yani müşteri satın aldığı mal sebebiyle satıcıya ne kadar kâr verdiğini bilmektedir. Bu tür akitlerde alıcı, satıcının beyânının doğruluğuna itimat etmekte ve akdi buna bina etmektedir. Bu nedenle müşterinin rızasına sakatlayacak, şüpheye düşürecek en küçük yalan beyan veya açıklanması gereken bir hususun açıklanmaması, akdin oluşmasına engel teşkil eder.

Murabahanın ortaya çıkması için şu şartları taşıması gerekmektedir (Kassani, 1996: 220-221).

- Malın alış fiyatı veya maliyetinin bilinmesi gerekir. Murabahalı satışta müşterinin malın ilk fiyatını veya maliyeti bilmesi akdin geçerli olabilmesi için şarttır.
- Kâr miktarı veya kullanılacak kredi oranı belli olmalıdır. İslâm hukuku, alış verişlerde belli bir kâr sınırı koymamıştır. Bundan dolayı alış fiyatı veya maliyet üzerine eklenen kâr miktarının müşteri tarafından bilinmesi gerekir. Çünkü kâr, satış bedelinin maliyetten sonraki kısmını teşkil etmektedir.
- İlk bedel misliyyattan olmalıdır. Çarşı pazarda benzeri bulunabilen, birimleri arasında tüccarın ve muamele yapanların hoş görecekları kadar az fark bulunan mallar misli mallardır. Ölçü, tartı ve sayı ile muamele gören mallar bu sınıfa girer.
- Malın, elinde ve mülkünde çok değerli bir mal bulunan şahsa satılması durumunda, ana bedelden ayrı, belli miktarda bir kâr tespit edilirse bu satış câizdir. Elbise karşılığında alınan bir saat şeklinde yapılan alışverişte elbisenin bir üçüncü şahsa elbise ve şu kadar kâr şeklinde satılması gibi.
- Kârın anaparanın bir cüz'i olarak belirlenmesi câiz değildir. Meselâ elbise karşılığında alınan bir saati %5 kârla satmak caiz değildir. Çünkü kâr anapara cinsinden tahakkuk eder. Bu durumda saatin fiyatı belirli olmadığı için, kâr oranı meçhul kalmaktadır. Bu saate konulan değer de zan ve tahmine dayanır. Ancak taraflar akit meclisini terk etmedikleri halde malın ana değeri tespit edilirse, murabahalı satım istihsânen câizdir. Fakat alıcı muhayyer olup dilerse satım akdine razı olmayabilir.

Murabaha katılım bankalarının kullandığı bir yöntem olmakla beraber, murabahanın müşteri, banka ve satıcıdan oluşan üç tarafın gerçekleştirdiği işlemlerin tümünü ifade etmektedir. Bu yöntemde müşteri satın almak istediği malı görür, beğenir ve peşin fiyatını öğrenir. Daha sonra katılım bankasına gelerek peşin fiyatını öğrendiği malın alınıp kendisine vadeli olarak satılmasını talep eder. Katılım bankası kendi kriterlerine göre müşteriyi değerlendirir, ödeme gücünü araştırır, çeşitli teminatlar alır ve müşteriye ne kadar vade farkı uygulayacağını açıklar. Sonra da malı peşin fiyata satıcıdan alıp, vadeli olarak müşteriye satarak işlemi gerçekleştirir. Müşteriye satılan malın peşin

bedeli ile vadeli fiyatı arasındaki farkı da kâr olarak kaydeder. Burada önemli olan husus malı önce katılım bankasının satın almasıdır. Eğer müşteri satın aldığı bir mal için finansman talebinde bulunması halinde bu durum katılım bankası tarafından reddedilir. Çünkü bu durumda borcun finansmanı söz konusudur ve borç finansmanı ise faizdir (Odabaşı, 2016).

Günümüzde katılım bankacılığında uygulanan murabaha sistemi iki farklı yöntemle uygulanmaktadır. Birincisi sipariş formu yöntemidir. Katılım bankası satıcıya sipariş formu göndererek malların cinsi, miktarı, ödeme tutarı, mal teslim tarihi ve ödemediği sonra aynı birim fiyat, miktar, mal cinsi olmak koşulu ile faturanın katılım bankasına teslim edilmesini içeren bir yazıdan oluşan proforma fatura gibi sipariş formu yöntemi ile banka, malın siparişini kendisi geçmektedir. İkinci yöntem ise vekâlet yöntemi olup, katılım bankasının sipariş geçmek için müşterisine vekâlet verdiği sistemdir. Katılım bankaları bu iki sistem üzerinden işlemleri gerçekleştirirler.

Katılım bankacılığında finansman aracı olarak %90'lar seviyesinde (Bayındır, 2018) kullanılan murabaha yönteminde, fona ihtiyaç duyan bireysel veya ticari müşterilerin emtia, gayrimenkul ve hizmet alımlarının yönelik taleplerinde sıklıkla başvurulmaktadır. Bu nedenle kefalet ile kullandırım murabaha yöntemi için önem arz eden konuların başında gelmektedir.

3.2. Müşâraka

Her iki tarafında emeğini ve sermayesini ortaya koyduğu ve belirlenen oranlar çerçevesinde kâra veya zarara ortak olduğu genellikle yeteri kadar olmasada şirketlerin bir miktar sermayesi var iken makine teçhizat alımlarında kullandıkları ortaklıktır. Kaynaklarda Emek-Sermaye ortaklığı olarak da bilinir. İslam hukukunda “şirketi inan” olarak tanımlanan müşâraka, iki veya daha fazla şahsın belirli bir miktar sermaye koyarak, birlikte iş yapmak ve meydana gelecek kâr veya zararı paylaşmak üzere kurdukları ortaklığa denir. Mudarabada bir yanda işe karışmayan pasif bir sermayedar, diğer yandan emeğini ortaya koyan aktif bir müteşebbis olduğu halde, müşarakada hem sermaye, hem

de emeğin aktif olarak ortaya konulduğu tam bir ortaklıktır. Tarafların yapacağı anlaşmada birbirlerinin çalışmasını engelleyecek herhangi bir şart getirilemez. Fıkıhta sermaye ortaklığının sahih olması için ortaklar, sermaye ve kârda bir takım şartlar aranır. Ortaklar birbirlerinin vekili olacaklarından vekilde bulunması gereken İslami ve hukuki tüm şartları taşımaları gerekir (Kasani, 1996: 94).

Muşâraka da katılım bankası, ortağı durumundaki müşterisi tarafından istenilen sermayenin bir kısmını sağlama sorumluluğunu üzerine alır. Müşteri ise kendi malî imkânları ve projenin özelliğine uygun olarak proje sermayesinin geri kalanını sağlar. Müşteri kendi uzmanlığı nedeniyle istenilen girişimin denetim ve gözetiminin sorumluluğunu üzerine alır. Bu sorumlulukların müşterinin üzerine kalması ona kârdan daha fazla pay alma hakkını kazandırır. Böylece hem toplumun yeni fikirler edinmiş olur hem de banka destek olarak ekonomik canlılık kazandırmış olur. Bu yöntemde net gelir taraflar (banka ve ortak-müşteri) arasında şöyle dağılır: Ortaklardan birisi olan müşteri yaptığı iş ve uzmanlığı nedeniyle payın birini alır. Gelirin geri kalanı yatırıma malî katkısı bulunan iki ortak arasında, iştirak paylarıyla orantılı olarak dağıtılır. Zarar edildiğinde ise, zarar tarafların ortaklıktaki sermaye paylarıyla orantılı olarak dağıtılır. Müşteri ilâve olarak bir zarara maruz uğramaz. Muşâraka yöntemi genellikle sanayinin finansmanında kullanılır. Teçhizat ve makina sağlanmasında muşâraka yöntemi başarıyla uygulanabilir. Bu yöntem ticaretin finansmanında da kullanılabilir ve ticarete veya yapılan yatırımlarda birbirlerine güven için kefalete başvurulabilir.

3.3. İcare

Belirli bir menfaatin belirli bir bedel karşılığında satılmasıdır. Bu yaygın olarak kiralama olarak kullanılmaktadır. Menfaatin kaynağı insan olabileceği gibi taşınır veya taşınmaz mal da olabilir (A.g.e.: 94).

Bankacılıkta başlıca iki tür kiralama yöntemi öne çıkar: Birincisi kasa kiralama, ikincisi finansal kiralama (Bayındır, 2005: 101-110). Kasa kiralama, bankanın belirli bir ücret karşılığında kasa dairesindeki kiralık kasalardan birinin kullanım hakkını belirli

şartlar çerçevesinde başkasına devretmesidir. Finansal kiralama (leasing) ise herhangi bir malın mülkiyetini satın almadan, kullanım hakkını belli bir süre için belirli şartlar altında sahip olmaktır. Daha geniş bir ifadeyle; bir malın mülkiyetinin finansal kiralama şirketinde kalarak, önceden belirlenen kiralara karşılığında, kullanım hakkının kiracıya verilmesi ve sözleşme süresinin sonunda da sembolik bir bedelle malın mülkiyetinin kiracıya geçmesini sağlayan bir finansman aracıdır.

İcare akdinin sahih olması için icare akdini yapanlar, üzerinde akit yapılan şey ve ücret hakkında bazı şartların bulunması gerekir (Bardakoğlu, 2000: 388-389):

- Akıl sağlığı yerinde ve kısıtlı olmamak şartı ile kira sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşme yapanların işlem yapabilme ehliyetine (âkil ve mümeyyiz) sahip olmaları, icap ve kabule ehil olmaları şarttır.
- Malik veya veli olmak, icârenin sıhhatli ve geçerli olması için akit yapan şahsın malik veya vekil yahut da velâyeti haiz bulunması şarttır. Fuzuli olan kimsenin icâre akdi sahih değildir. Zira bunun velayet ve mülkiyet ehliyeti yoktur.
- Satış akdinde olduğu gibi icâre akdinde de mutlaka tarafların rızasının bulunması gerekmektedir.
- Akitte seçme, alternatif şartının bulunmamasıdır. Eğer sözleşmede serbest, seçme gibi bir şans bulunursa, bu muhayyerlik müddeti geçerli olmaz. Söz gelimi üç günlük bir muhayyerlik süresi verilmişse ve bu süre dâhilinde kiralanan mal kullanılmamışsa bu üç günlük muhayyerlik zamanı için ücret ödenmez. Fakat bu üç günlük zaman dolmadan önce kiralanan mal kullanılmış ise mal kullanıldığı andan itibaren sözleşme geçerli olur. Muhayyerlik süresi içinde malın kullanımı önem arz etmektedir.
- Akit yapan kişinin ehliyet ve yetki sahibi olması, akit yapan kişinin mülk veya velâyet bakımından yetki sahibi olması gerekir. Mülk veya velâyet bakımından yetkisi olmayan kişinin yaptığı akit sahih olmaz. Leasingde üç taraf söz konusudur. Bunlar yatırımcı, leasing şirketi ve üreticidir. Yatırımcı ihtiyaç duyduğu malı seçer ve satın alınması için leasing şirketiyle Finansal kiralama sözleşmesi imzalar. Leasing şirketi de malı alıp yatırımcıya teslim eder.

Yatırımcı en başta anlaşılan vadelerde ödemesini yapar. Ödeme tamamlanınca mal sembolik bir bedelle yatırımcıya satılır. Leasing işleminin kira mı yoksa vadeli satım mı olduğu tartışmalıdır. Kimi İslam hukukçuları ve heyetler leasingi kira sayarken, kimileri vadeli satım saymaktadır. Leasingi kira alım-satım arası yeni bir akit sayanlar da vardır. Bu konuda bir fikir birlikteliği yoktur. (Aktepe, 2010: 101).

İcare, leasing ile benzer görünmekte beraber temelde farklıdır. Şöyle ki; Leasing sonuçları itibariyle hem bir kiralama hem de bir ortaklığı temsil eder ve aynı zamanda kiralama süresi bitince satış söz konusudur. Oysa İcare sadece bir kiralamadır.

3.4. Selem

İslâm hukukunda Bey akdi olarak geçen sözleşmelere günümüzde satış veya satım sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Bey akitlerinde değişime konu olan mal veya mal bedelinden herhangi birinin peşin olarak yerine getirilmesi şartı bulunmaktadır. İlgili edimlerden her ikisinin de vadeli olarak sözleşmeye konu edilmesi caiz olmadığından imkânsız olarak görülmektedir. Bey akitlerinde satışa konu olan mallar peşinen alıcı tarafından teslim alınarak mal bedelinin vadeye bağlanması durumunda bu işleme “vadeli satış” diye adlandırılırken, mal bedelinin peşinen ödenerek mal teslimi vadeye bağlandığı takdirde bu işleme “selem” adı verilmektedir (Karaman, 2015).

Selem, nitelikleri belirlenen ve vadeli alınması planlanan malın peşin bedelle satımını ifade eder. İslâm hukukçularına göre selem bedelinin peşin olması şarttır. Onların vâdeli malı vâdeli bedelle alıp satmayı ittifakla câiz görmedikleri kaydedilmiştir. Selem rüknü icap ve kabuldür. Satım akdi icap ve kabul ile meydana geldiği gibi, selem de icap ve kabul ile meydana gelir. Meselâ alıcı satıcıya sulama ile üretilen yüz kile Kanada cinsi buğdayı üç ayın sonunda filan yerde bana teslim etmek üzere şu kadar peşin para ile selem yapmak istiyorum dese, satıcı bu teklifi kabul edince selem akdi meydana gelmiş olur (Kasani, 1990: 201).

Selem akdi nakit sıkıntısı yaşayan bir şahıs, nitelikleri belli bir malı muayyen bir vadede teslim etme yükümlülüğünü kabul ederek peşin bedelle satış yapabilir ve bu yolla nakit sıkıntısını giderebilir. Bugün özellikle çiftçiler hasat zamanından önce duydukları finansman ihtiyacını selem yoluyla aşmaktadırlar. Hasat zamanında teslim edilmek üzere bir miktar ürünü peşin bedelle tüccarlara satmaktadırlar (Aktepe, 2010: 61). Selem bugünkü koşullarda katılım bankalarında müşterilerin eksiklerini gidermek ve hizmet verebilmek adına kullanılmaktadır. Selem satışında devreye banka girmekte ve satıcı ile görüşmeyi banka kendisi yapmaktadır. Banka satıcının daha teslim edilmemiş olan ürününün ödemesini yapmakta ve satıcı ile malın ne zaman teslim edileceğini sözleşme ile belirlemektedir. Selem satışında en önemli husus bankanın satıcıya güvenerek ve malı teslim tarihinde getireceğini bilerek ticaretine yön vermesidir (Coşkun, 2008: 53). Burada ki güvenin derecesi ticaretin büyüklüğüne ve hacmine de yön vermiş olacaktır.

Selem akdi günümüz de türev işlemler piyasasında kendi göstermekte ve forward olarak karşımıza çıkmaktadır. Forward, İslâm hukukunda emtiaya dayalı vadeli işlemlerden olması nedeniyle caiz görülmektedir.

3.5. İstisna

İstisna, bir sanatkârdan sanatıyla ilgili olarak belirli bir ücret karşılığında, özellikleri belirlenmiş bir şey imal etmesini istemektir. Diğer akitlerde olduğu gibi istisna akdinin rükünleri, eseri ısmarlayan ve ısmarlanan kimseden yapılacak icap ve kabulden oluşur. Ayrıca diğer akitlerde olduğu gibi tarafların işlem yapabilme ehliyetleri tam olmalıdır (Merginani, 1990: 77). İstisna akdinin geçerli olabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir (A.g.e.: 77).

- İsmarlanan şeyin cinsinin, çeşidinin, miktarının ve diğer özelliklerinin belirtilmesi gerekir. Zira satıma konu olan mal, ısmarlanan şey (eser) dir. Bu sebeple ısmarlanan şeyin her bakımdan belirlenmiş olması gerekmektedir.
- İsmarlanan şeyin, insanların istisna akdi yapmayı örf haline getirdikleri şeylerden olması gerekmektedir, istisna akdi yapılması örf haline gelmemiş şeylerde istisna akdi caiz olmamaktadır.

- İstisna akdinde sürenin belirlenmemiş olması lâzımdır. İsmarlanan şeyin teslimi için bir süre belirlenmiş ise, İmam Ebû Hanife'ye göre, bu akit selem akdine dönüşmektedir. Artık bu akitte selem akdinde aranan şartlar aranır, İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise, sürenin belirlenmemesi şartı aranmaz. Süre ister belirlenmiş olsun ister belirlenmesin akit istisna akdidir.

İstisna akdi katılım bankaları tarafından başvurulabilecek yöntemlerden biridir. Örneğin; yarım kalmış kooperatiflerin tamamlanmasında, toplu konutların finansmanında, müteahhitlik işlerinde, araç, gemi, uçak gibi büyük yapı işlerinin finansmanında katılım bankaları istisna akdi yapabilirler. Bu işleri taahhüt edip alt istisna sözleşmeleriyle taşeron iş yaptırabilirler (Aktepe, 2010: 61). Bu tür durumlarda da kefalete başvurabilir veya kefil isteyebilirler.

3.6. Karz-ı Hasen

Katılım Bankaları kar-zarar ortaklığının dışında bazen karlılık hedeflemeden de üretim harici finansman sağlayabilmektedir. Müşterilerinin ya da firmalarının sosyal ihtiyaçlarını karşılamak amacı ile ödünç verilen bu finansmana karz-ı hasen adı verilmektedir. Ödünç olarak belli bir tarihte ödenmesi kararlaştırılan bu finansman yönteminde amaç, müşterinin ya da firmanın sosyal bir ihtiyacını belirlenmiş bir tarihte kar payı gütmeksizin karşılamaktır. Karz-ı Hasen genel olarak katılım bankalarında evlilik, hastalık, eğitim, yeni kurulacak işletmelerin projelerini başlatmak için veya firmaların ay sonu sıkışıklığı nedeni ile SGK ve vergi ödemelerini yapması için verilebilmektedir. Karz-ı Hasen tam anlamıyla, bankanın çalışanına veya müşterisine güven duyarak karşılıksız ödünç para vermesi işlemidir. Bu nedenle müşteri herhangi bir olağan dışı sebepten dolayı belirlemiş oldukları tarihte almış olduğu ödünç parayı bankaya ödeyemez ise borç, bankanın sosyal fonlarından ödenmektedir (Ustaoğlu, 2014: 74).

Günümüz karz-ı hasen uygulamaları katılım bankalarında müşterilerden ziyade personellerine kullandırım şeklinde yürütülmektedir. Katılım bankaları bazı özel durumlarda (bedelli askerlik, evlilik, ölüm vb.) personellerine brüt maaşlarının beş katını

geçmeyecek şekilde karz-ı hasen kullandırımı yapmakta olup, müşterilere için uygulama nadir olarak hayat bulmaktadır. Müşterilere katılım bankacılığı ürünü şeklinde sunulmayan karz-ı hasen güvenilir müşterilere yapılsa bile genellikle yedi günü geçmeyecek şekilde kısa vadelerde sunulmaktadır (Bildirici Çalık, 2016: 109).

3.7. Teverruk

Teverruk, satın alınmış olan bir malın, nakit sağlamak amacı ile üçüncü şahıslara peşin bedelle satılması olarak tanımlanmaktadır. Katılım bankaları, fon isteyen müşterilerinin talep ettiği tutar kadar olan metali (genellikle platin) Londra metal borsasından peşin olarak almakta, almış olduğu metale ise bir miktar kar ekleyerek müşterilerine vadeli olarak satmaktadır ve bitiş aşamasında müşteri katılım bankasından vadeli olarak almış olduğu metali, Londra metal borsasında satarak nakit elde etmiş olmaktadır. İlgili işlemler ise piyasaların organize olmasından kaynaklı çoğunlukla Londra metal borsasında yürütülmektedir (Tanaydın, 2016: 18).

Teverruk yöntemini iyne işlemi ile karıştırmamak son derece önem arz etmekte olup, aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim iyne işlemi; vadeli olarak alınan bir malın tekrardan malın satıcısına daha ucuz bir bedelle geri satılmasıdır (A.g.e.: 18).

Türkiye’de katılım bankalarının, fon kullandırma yöntemlerinden olan teverruk ürününü özellikle kriz dönemlerinde kullandığı göze çarpmaktadır. 2008 yılında Türkiye’de yaşanan kriz sebebi ile piyasaların daralması ve ekonomik konjonktürdeki bozulmalardan kaynaklı olarak nakit akışları bozulan firmaların, katılım bankalarından murabaha yöntemi ile kullanmış oldukları kredilerin geri dönüşlerinde sıkıntılar ortaya çıkmıştır. Bu sebepten ötürü katılım bankaları Londra metal borsasında işlem yaparak teverruk yöntemi ile firmaların ödemelerini yapılandırma yoluna gitmiştir. Böylelikle hem firmalarına bu zor kriz döneminde destek olmuş hem de firmaların daha da sıkıntıya girmesi sonucu işsizlik sayısının artmasına engel olmuşlardır (A.g.e.:20). Kriz dönemlerinde Katılım Bankalarının başvurduğu yöntemlerden biridir. Günümüzde teverruk işlemleri Malezya’da palmiye yağı, İngiltere’de metal ve Suudi

Arabistan’da ise taşıt, tahıllar ve hisse senetleri üzerinden gerçekleşmektedir. En fazla işlem hacmi ise İngiltere’de Londra Metal Borsası’nda gerçekleştirilmektedir (Hurşit, 2018: 50-52). Yöntem fıkha uygun şekilde ve güven tesis eden kefil aracılığı ile muhtaç bireylerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde tesis edilebilir ise İslâm iktisadının kuşatıcı rolünü daha da güçlendirecektir.

3.8. Teminat Mektupları

Teminat mektupları; mevduat ve yatırım bankalarında olduğu gibi katılım bankalarının yurt içinde ve yurt dışında bulunan gerçek ve tüzel kişiler lehine, bir malın teslimi, bir bedelin ödenmesi ya da bir için yapılması gibi edimlerin yerine getirilmesi konularında muhatap kişi ya da kuruluşlara verilen taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda mektup tutarının kayıtsız ve şartsız ödenmesi taahhüdünü kapsayan garanti mektuplarıdır (Arabacı, 2015: 52). Teminat mektupları verildikleri kurum ve kuruluşlar ile şekilleri itibariyle farklı biçimlerle olmaktadır:

- Geçici Teminat Mektubu,
- Kesin Teminat Mektubu,
- Avans Teminat Mektubu,
- Sevkiyat Teminat Mektubu,
- Çok Maksatlı Teminat Mektubu,

Teminat mektupları ayrıca 2886 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre de çeşitli şekillerde verilmektedir (A.g.e.: 52). Katılım bankalarının verdikleri teminat mektupları daha önceleri kamu ihalelerinde sıkıntılar yaşamaktaydılar. Bu konuda 1999 yılında bütçe kanununda yapılan ek bir değişiklikle ikilem giderilmiş ve katılım bankalarının verdikleri teminat mektupları da ihalelerde rahatlıkla kabul görmeye başlamıştır (A.g.e.: 53). Burada banka düzenlediği teminat mektubu ile kendi saygınlığını ve güvenilirliğini müşterisinin kullanmasına izin vermekte, müşteri de bankanın saygınlığını kullanarak büyük çapta iş yapma olanağına sahip olmaktadır. Bu özellikleri nedeniyle teminat mektupları uygulamada sıkça kullanılan bir bankacılık hizmetidir. Gerçekten de bankaların açtığı

gayri nakdi kredilerin büyük bir bölümünü banka teminat mektupları oluşturmaktadır (Tok, 2006: 90).

Teminat mektubu hizmetinin işleyişi şu şekildedir:

- Teminat mektubu uygulamasında öncelikle müşteriye, Genel Kredi Sözleşmesi çerçevesinde bir gayri nakdi kredi limiti tahsis edilmektedir. Bu sözleşmede, tahsis edilen limit, alınacak teminatlar, ödenecek komisyonlar vs. hususlara yer almaktadır.
- Tahsis edilen limit doğrultusunda, müşterinin teminat mektubu düzenlenmesini istemesi üzerine, müşteri lehine muhataba hitaben teminat mektubu katılım bankası tarafından düzenlenir.
- Müşterinin herhangi bir fiilini taahhüt şeklindeki teminat mektubu düzenlenmesinin akabinde, teminat mektubu konusu riziko doğduğunda, muhataptan geçerli bir tazmin talebi alan banka, rizikonun doğup doğmadığı konusunda herhangi bir araştırmaya girmeden, mektup tutarını muhataba öder.
- “Vade tarihine kadar başvurulmadığı takdirde hükümsüzdür” kaydını taşıyan vadeli teminat mektuplarında, vade içinde tazmin talebi ile karşılaşılmamışsa, bankanın sorumluluğu vade bitiminden itibaren son bulacaktır. Banka, bu tarihten itibaren, teminat mektubunu re’sen iptal edebilecektir. Üzerinde bir geçerlilik süresi kaydı taşımayan teminat mektuplarında ise, taraflarca öngörülen işin bitim tarihinden itibaren on yıllık zaman aşımı süresi söz konusu olduğundan, on yıllık zaman aşımını tamamlayan mektuplar geçersiz addedilirler ve bankanın mektupla ilgili sorumluluğu son bulur.
- Mektup bedelini ödeyen katılım bankası, genel kredi sözleşmesi hükümleri çerçevesinde müşterisine rücu ederek, verilen teminatlara da başvurmak suretiyle ödediği bedeli müşteriden tahsil eder (A.g.e.: 90-91).

Teminat mektuplarının işleyişi yukarıdaki gibi bir çerçevede yürütülmekteyken, bu mektupların özelliklerini şu şekilde özetleyebiliriz:

- Teminat mektupları, TL veya döviz para birimleri üzerinden düzenlenebilir.
- Teminat mektupları, şekil yönünden; resmi dairelere hitaben verilen teminat mektupları ve serbest konulu teminat mektupları, vade yönünden; vadeli ve

vadesiz teminat mektupları, bankanın garanti ettiği rizikonun türüne göre; geçici, kesin ve avans teminat mektupları olmak üzere çeşitlere ayrılmıştır.

- Teminat mektupları hukukumuzda çek senet gibi kıymetli evraklar içerisinde yer almadığından dolayı haczedilemez ve çek gibi senet gibi tahsile veremez, kırdıramaz.

Teminat mektupları; firmaların işletme sermayesi ihtiyaçlarını azalttığından, firmalara daha az kaynak kullanarak daha büyük hacimli iş yapma imkânı sağladığından, banka açısından ise kaynak ihtiyacı gerektirmeden kredilendirmeye imkân sağladığından, istikrarlı bir gelir kazandırdığından ve müşteriden tahsil edilen komisyonlar ile bankacılık hizmet gelirlerinde bir artış sağladığından hem müşteriler hem de banka açısından son derece önemli ve faydalı bir üründür (A.g.e.: 91-92).

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği üzerine ileri sürülen görüşler belli gruplar altında toplanabilir: Doktrinde yazarların bir kısmı banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi göz önüne alınarak açıklanabileceğini savunurken, diğer bir kısım yazarlar söz konusu mektupların garanti sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Tartışmalar burada noktalanmamış, söz konusu sözleşme ilişkisinin karma nitelikte düzenlenebileceği söylendiği gibi kendine özgü bir niteliği bulunduğu da iddia edilmiştir. Teminat mektupları, mektup metninde yer alan “protesto keşidesine, hüküm istihsaline ve borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın ilk yazılı talepte derhal ödeneceği taahhüdü” çerçevesinde Yargıtay’ın 1967 İçtihadı Birleştirme Kararı ile Bankalar Kanunu md. 110’da düzenlenen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde görülmüş ve “Garanti Akdi” nin konusunu oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Yargıtay’ın bu görüşü uygulama ve doktrini de etkilemiş ve bu tarihten sonra uygulamada garanti sözleşmesi niteliği konusundaki görüşler ağırlık kazanmıştır (A.g.e.: 92).

Teminat mektubu ilişkisinde üçlü bir yapı mevcuttur. Bunlar; teminat mektubu isteyen taraf (yani muhatap), muhatabın yaptırmak istediği işi üstlenen bankanın kredi müşterisi (lehdar) ve lehdar ile muhatap arasına giren, doğabilecek zararı düzenlediği teminat mektubu ile garanti altına alan taraf (banka)dır. Garanti akdinde garanti veren,

temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak yani fer-i değil asli borç altına girdiğinden ve teminat mektuplarında da lehdarın borcunu ifa etmemesi yani teminat mektubunun konusunu oluşturan rizikonun ortaya çıkması halinde bankanın teminat mektubu konusu miktarı kayıtsız ve şartsız olarak ödemeyi taahhüt etmesi mevzu bahis olduğundan banka teminat mektupları, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi olarak tavsif edilebilecek ve “Garanti Sözleşmesi” hükümleri teminat mektubu ilişkisinde de cari olacaktır (A.g.e.: 92-93).

3.8.1. Teminat Mektupları ve Kefalet İlişkisi

Günümüz İslam hukukçuları, kefaletin en büyük kullanım ve inceleme alanlarından biri olarak bankalar tarafından verilen teminat mektupları olduğunu söylemektedirler. Dolayısıyla teminat mektuplarının bazı çeşitleri kefalete benzetilmektedir. Türk Borçlar Hukukuna göre yukarıda bahsettiğimiz üzere kefalet sözleşmesi, bir kimse borçlunun borcunu ödememesi halinde alacaklıya alacağını garanti eden sözleşmelerdir diye bahsetmiştik. Bu görüşe göre de bankalar, teminat mektubu vermekle alacaklının alacağını garanti etmiş olmakta ve açıkça belirtilerek kefil sıfatıyla da taahhüt altına girmektedir.

İslam bankalarında teminat mektuplarında uygulanan nitelik, teminat mektupları çeşitleri (özellikle maddi karşılığı olup olmamasına göre yapılan taksim bakımından) ve taraflar arasında ilişkiler yönünden kısımlara ayrılmakta ve bunlarda kendi arasında vekâlet veya kefalet olarak nitelendirilmektedir. Nitekim İslam Konferansı Teşkilatı'na bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi 22-28 Aralık 1985 tarihleri arası Cidde de yapılan ikinci dönem toplantısında teminat mektubu konusu gündeme gelmiş, yapılan araştırmalar ve incelemeler sonucunda şu sonuçlar ortaya çıkmıştır:

1. Kesin ve Geçici türleriyle teminat mektubu, maddi bir karşılığı olan (kapalı), ya da olmayan (açık) teminat mektubu, mevcut ya da ilerde oluşacak bir hususunda garanti ile üçüncü kişinin zimmetlerinin birleştirilmesi anlamı taşır ki, bu durum İslam hukukunda kefalet olarak adlandırılmaktadır.

2. Teminat mektubunun karşılığı varsa bu durumda teminat isteyen (muhatap) ile teminat veren (garantör) arasındaki ilişki vekalet akdidir. Kefalette yer alan tarafın lehine olmak üzere kefalet ilişkisi varlığını korurken vekâlet ise geçerli olur.

O halde banka teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda İslam hukukçularınca ortaya konan görüşler şu şekildedir:

- Mektuplar götürü bir nitelemeye tabi tutularak tamamen veya kefalet olarak nitelendirilemez. Ancak genel anlamda sağladıkları teminatlar dikkate alındığında daha çok İslam hukundaki kefalet sözleşmesini andırmaktadır.
- Mektuplar hukuki nitelik açısından ele alınırken takip edilecek doğru yol, mektubun düzenleniş şeklini, çeşidini ve taraflar arası ilişkiyi dikkate almaktadır. Buna göre alacaklı ile banka arasındaki ilişki bir kefalet ilişkisidir. Banka ile lehdar arasındaki ilişki ise vekâlet ilişkisi olarak ortaya çıkmaktadır.
- Kefalet işlemini klasik doktorindeki dar kalıplar içerisine sokmamak gerekir. Kefaletin hükümleri birçoğu içtihadidir ve genelde örfe dayalıdır. Örfün değişmesiyle bu hükümlerde doğal olarak değişecektir. Kısacası Salus'un ifadesiyle banka teminat mektupları kefaletin özel bir şekli ve fıkıh kitaplarında yer alan kefalet hükümlerinin günümüzdeki en önemli tatbikatlarından biridir.
- Bunun yanında modern hukukta olduğu gibi İslam hukukunda da teminat mektupları tamamen vekâlete veya kefalete uygun olarak düzenlenebileceği gibi esasları İslam hukukuna göre tesbit edilmiş veya yeni bir isimle anılacak olan başka bir akde uygun olarak düzenlenebilir (Kahraman, 1997).

3.8.2. Teminat Mektuplarından Ücret Almanın İncelenmesi

Konuyla ilgili İslam hukukçularının görüşlerini ücret alınmasını caiz görenler ve görmeyenler olarak iki başlık altında inceleyeceğiz. Ancak burada şu konuyu belirtmekte fayda vardır. Teminat mektubunu veren bankanın işlem için yaptığı idari vb. masrafları karşılamak üzere aldığı ücretin caiz olduğu hususunda âlimler müttefikken, bankanın sıf teminat verdiği için ücret alıp almayacağı noktasında ihtilaf çıkmaktadır.

3.8.2.1. Ücretin Caiz Olmadığını Savunanlar

Bu görüşü savunanların görüşleri şu şekildedir:

- Kefaletle dayanak olarak gösterilen, kefil öder hadisine istinaden kefil yüklendiği borcu karşılık beklemeden ödemekle mükelleftir. Dolayısıyla ücret almak caiz görülmemiştir. Sadece Allah'ın rızası için yapılmaktadır.
- Lehdar yerine ödemedede bulunan banka, ödediği oranda ancak başvurabilir Bu da lehdar ile banka arasında bir karz işlemi olduğu ve karza karşılık maddi karşılık almak da caiz görülmemiştir. Ücret alan banka karza ek ücret almış ve bu da faize girmiş olmaktadır (Zeydan, 1985: 148).

Ayrıca 1437 Safer / Aralık 2015 yılına kadar kabul edilmiş olan faizsiz finans kurumları hakkındaki faizsiz finans standartlarında yer alan teminat mektuplarında komisyon vs. gibi konular ile ilgili görüşleri şu şekildedir (AAOIFI, 2015: 132);

- Karşılığının olup olmamasına bakılmaksızın, sırf sağlanan teminatın karşılığı olmak üzere, teminat mektubu verme karşılığında, genellikle mektup tutarı ve süresi dikkate alınarak belirlenen bir ücret almak caiz değildir.
- Gerek geçici gerekse kesin teminat mektubu düzenlemek için yapılan idari masrafların ve bu maksatla sunulan hizmetlerin masraf ve giderlerini teminat mektubu talep eden tarafa yüklemek caizdir. Ancak alınan masraflar, piyasada geçerli olan emsal ücret tutarını aşmamalıdır. Teminat mektubu tutarının tamamının veya bir kısmının nakit karşılığı varsa, bu durumda teminat mektubu düzenleme masraflarını hesaplarken, mevcut karşılığın ödenmesinin gerektirdiği fiilî hizmetler dikkate alınabilir.
- Faizsiz finans kurumunun, faizli kredi almak veya haram bir işlem yapmak için teminat mektubu isteyenlere teminat mektubu düzenleyip vermesi caiz değildir.

3.8.2.2. Ücretin Caiz Olduğunu Savunanlar

Ücret alınmasını uygun bulan İslam hukukçularının görüşlerine göre:

- Klasik dönem İslam hukukçuları, kefalete karşı ücret almanın caiz olmadığını söylerken kendi dönemin şartlarını ve örfünü dikkate alarak söylemişlerdir. Oysaki günümüzde hem iktisadi hayatta hem de insanların örfünde büyük değişiklikler meydana gelmiş ve bu örfün değişmesiyle de hükümlerde değişebilir. Nitekim Kur'an öğretimi nedeniyle ücret almak buna bir örnektir (Abdullah, t.y.: 1131).
- Banka teminat mektubu verirken aynı zamanda kendi itibar ve güveninide karşı tarafa vermektedir. Dolayısıyla bankanın aldığı ücret bunun karşılığıdır. Hatta İslam hukuku mezhep âlimleri de bunun karşılığında ücret almayı uygun görmüşlerdir (Berri, t.y.: 1104).
- Eskiden darda kalmış nafaka temini için kefil aranırken günümüzde özellikle teminat mektubu türündeki kefaletler daha çok varlıklı büyük şirketler talep etmektedir. Bunlar zaruri ihtiyaçtan değil daha çok iktisadi kazanç içindir. Dolayısıyla iki taraf içinde iktisadi kazanç olarak saymak mümkündür (Aktan, 1997: 220).

Sonuç olarak, Ücreti caiz görmeyenler teminat mektuplarını kefalet niteliği taşıdığını dikkate almakta, klasik fıkıh doktrininde yer aldığı üzere kefaleti bir teberru akdi saymakta ve buna karşılık ücret almanın caiz olmadığını savunmaktadırlar. Ayrıca meseleyi değişen şartlar açısından değerlendirmemişlerdir. Ücreti almayı caiz görenler ise, günümüz şartlarına göre değerlendirmiş, özel bir kefalet çeşidi olacağını iddia etmişlerdir. Ve bu kefalet çeşidinin de bankacılık örfünü geliştirdiğini, klasik doktrindeki kefalet benzemediğini dolayısıyla kefalet sayılsa bile ücret almanın caiz olması gerektiğini söylemektedirler.

Kendisine has özellikleri itibariyle önemli fonksiyonlara sahip olmanın yanı sıra haram kılan özel bir duruma rastlanmadığı gibi günümüz şartları dikkate alındığında teminat mektupları karşılığında ücret almanın herhangi bir sakınca olmayacağı kanaatindeyiz.

3.9. Akreditif İşlemleri

Günümüz İslam hukuk ve iktisat araştırmacılarının bazıları kefaletle ilişki olduğunu düşündükleri yeni akit tiplerinden diğeri de akreditiflerdir. Akreditif; Bankanın, alıcının talimatıyla, belirtilen şartların tam olarak yerine gelmesi ile satıcıya belli bir tutarı ödeyeceğini taahhüt etmesidir. Burada alıcı belirli şartlar yerine getirilmeden satıcıya ödeme yapılmayacağını bilir. Çünkü aracı olan banka kendisine ibraz edilen belgelerin, istenilen belgelere uygun olduğunu görür ise satıcıya tutarı ödeyecektir. Bu durumda satıcı ise, aralarında ki anlaşma gereği akreditif şartlarını yerine getirmesi durumunda bankanın tutarı ödeyeceğinden emindir.

Global dünyada ticaretin hızla yaygınlaşması ve farklı ülkelerde bulunan ve birbirlerini tanımayan müteşebbisler için hızlı ve güvenli ödeme aracı zorunlu hale gelmektedir. Bu açıdan müteşebbislerin yararına olacak ve onlara hizmet edecek akreditif büyük bir öneme sahiptir. Çünkü akreditif, uluslararası arenada kullanılan ödeme aracıdır. Bunun dışında peşin ödeme, açık hesap yoluyla ödeme, kabul kredili ödeme ve vesaik mukabil ödeme gibi çeşitleride bulunmaktadır.

Akreditifin genel özelliklerine de değinecek olursak; Alıcı ile satıcı ödemenin akreditif ile olacağı bir alışveriş gerçekleştirirler. Alıcı banka aracılığı ile akreditif açtırır ve bunu satıcıya bildirir. Satıcıda istenilen belgeleri hazırlar ve alıcıya gönderir. Banka belgeleri uygun görür ise ödemeyi gerçekleştirir. Taraflar akreditif muamelesine uygun hareket etmek zorundalar. Bunun için şu özellikleri bilmeleri gerekir:

- Akreditif ilişkisi, temeldeki satım vb. sözleşmelerden bağımsızdır. Bankayı bu sözleşmeler ilgilendirmez. Bankayı ilgilendiren sadece akreditif metnidir.
- Bankalar gönderilen malları kontrol etmez, sadece iletilen belgelerin akreditif kurallarına uygun olup olmadığını kontrol ederler. Eğer mallarla ilgili bir uyuşmazlık çıkarsa alıcı satıcı bunu kendi aralarında çözerler.
- Bankaların yükümlülüğü belgelerin doğruluğu olduğu için tüm belgeleri titizlikle incelemek zorundadırlar.
- Bankalar çeşitli durumlarda ve akreditif işlemlerinde yer alan diğer tarafların hareketlerinden sorumlu değildir (Tekinalp, 1988: 411).

Katılım bankaları müşterilerinin dış ticaret işlemlerine aracılık etmek ve akreditif açmak gibi bankacılık hizmetlerinin yanı sıra müşteri lehine harici garanti vermek gibi bankacılık hizmetlerini de gerçekleştirirler. Müşterilerine akreditif belgeleri karşılığı fon kullandırabilirler. Bu fon kullanımı sonucu doğacak kâr veya zarar fon hangi vade dilimine ait kaynaktan verilmişse o hesaba işlenir. Bu tür fon kullandırmada, katılım bankaları konşimentoyu satın almakta; fon kullanan ise konşimentoyu sattığı anda, ileriki belli bir tarihte ödenmek üzere, konşimentoyu satış fiyatından daha yüksek bir fiyattan geri satın almaktadır. Bu işlemleri ticari bankalarda yapabilmektedirler. Ayrıca Akreditif işlemler ile ilgili, akreditif açma talebinde bulunan müşterinin yararına olan birtakım iş ve hizmetlerin sunulmasına bankanın emeğine dayandığı için, hizmeti veren bankanın bu hizmetleri karşılığında ücret almaya hakkı da olduğu kanaatindeyiz.

3.9.1. Akreditif İşlemleri ve Kefalet İlişkisi

Hem modern hukukta hem de İslam hukunda akreditifin hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Modern hukuk yazarları akreditifi vekâlet, havale, ikame vekâlet... şeklinde tanımlarken İslam hukukçuları bu ilişkiyi ilgili tarafların yükümlülüklerini gözönünde bulundurarak vekâlet, havale, murabaha, müşareke, ve kefalet olarak değerlendirmişlerdir (Kahraman, 1997). Modern hukuk yazarları akreditifi kefalet olarak görmezken, İslam hukukçularının bir kısmı akreditifin teminat özelliğini öne sürerek kefalet ile ilişkilendirmişlerdir. Yani lehdar malı ve ilgili evrakları bankaya

teslim edince alacağına dair bankaya bir garanti ve teminat unsuru olarak görmektedir. Burada amir asıl borçlu bankada onun kefil konumunda gibidir. Bu sebeple İslam hukukçuları bunu kefalet olarak nitelendirmişlerdir. Ancak olayı klasik doktrine göre değerlendirdiğimizde akreditif ilişkisinin kefalet ilişkisi olduğundan bahsetmek oldukça güçtür. Çünkü kefalette borçlu borcunu ödemediği zaman devreye girmektedir. Hâlbuki banka burada bir aracı konumundadır. O halde ilişkiyi kefaletten çok vekâlet işlemine benzetmek daha doğru olacaktır. Buna göre banka hem ihracatçının hem de ithalatçının vekili konumundadır. Bu ilişkide bir borçta yoktur. Sadece amirin teslim ettiği parayı lehtara ulaştırmakta ve lehdarın gönderdiği belgeleri amir adına kontrol edip işleme aracılık etmekte ve bu işlem karşılığında komisyon almaktadır. Yani banka akreditif işleminin aracı konumundadır. Ancak faizli bankalarda görülmeyip, katılım bankaları tarafından uygulanan banka müşteriden akreditif tutarını peşin almayıp kendi öder ve daha sonra müşteriye rücu eder. Bu durum İslam hukukçuları tarafından kefalete benzetilmektedir. Fakat bu durum kefalet işleminden daha çok karz işlemine benzemektedir.

3.9.2. Akreditif Karşılığı Ücret

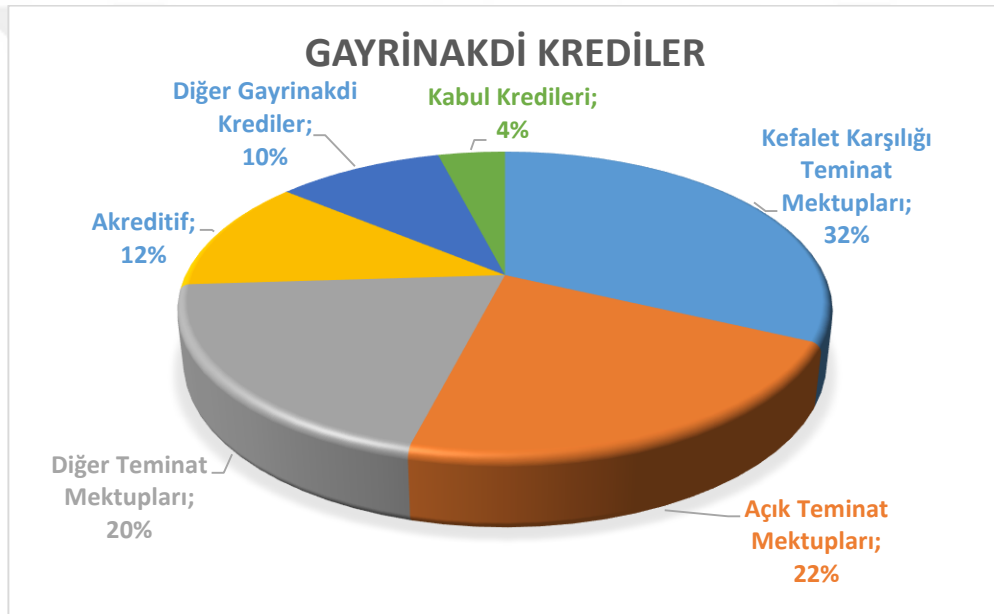
Akreditif ilişkisini vekâlet olarak değerlendirenlere göre ücret almak caiz iken, kefalet olarak değerlendirenler kefalet karşılığı ücret almayı caiz görmemişlerdir. Ücret bir kısmını bankanın vermiş olduğu hizmet karşılığında oluşmaktadır. Bu nedenle ücret borca karşılık değil, verilen hizmet nedeniyle alındığı için caiz görülmüştür. Bu sınırlar içerisinde kalmak koşulu ile konşimento ve yükleme evraklarının takdiminden öncede bir borç durumu yoksa katılım bankalarının da diğer bankalar gibi hizmet karşılığı hem ücret hem de masraflarını almaları konusunda caizlik sözkonusudur (Karadağı, 1997: 250).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KATILIM BANKALARINDA KEFALETLE KREDİ KULLANDIRIM İNCELEMELERİ

4.1. Bankaların Kefaletle Verilen Gayrinakdi Kredilerine Genel Bakış

Şekil 4.1.1: Bankaların kefaletle verilen gayrinakdi krediler



Kaynak: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, 2018 Raporu

2018 yılı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun raporuna göre tüm bankaların gayrinakdi kredilerine bakıldığında en yüksek oran %32 ile Kefalet Karşılığı Teminat Mektupları ilk sırada yer almaktadır. Açık teminat mektupları %22 oran ile 2. sırada yer alır iken, %20 oranıyla Diğer Teminat Mektupları bunu izlemektedir. Akreditif oranları daha düşük olmakla birlikte gayrinakdi kredilerin içinde akreditif oranı %12'dir. Diğer Nakdi Krediler %10 oranında iken, pasta da en küçük pay %4 ile Kabul Kredilere aittir. Gayrinakdi kredilerin içerisinde Teminat mektuplarının toplam oranı %74 iken, Akreditiflerin toplamı %12 olarak yer almaktadır.

4.2. Katılım Bankaları Bilanço Dışı Yükümlülükleri

Tablo 4.2.1: Katılım Bankaları Bilanço Dışı Yükümlülükleri

| Kalemler | 2016-1. Dönem | 2017-1.Dönem | 2018-1. Dönem | 2019-1.Dönem |
|---|------------------|------------------|--------------------|--------------------|
| A, BİLANÇO DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLER (I+II+III) | ₺ 98,952,381.71 | ₺ 116,668,726.00 | ₺ 129,095,023.00 | ₺ 179,761,136.00 |
| I, GARANTİ ve KEFALETLER | ₺ 32,335,059.88 | ₺ 36,888,651.00 | ₺ 39,727,256.00 | ₺ 47,186,415.00 |
| 1,1, Teminat Mektupları | ₺ 27,946,840.84 | ₺ 32,460,387.00 | ₺ 35,236,414.00 | ₺ 40,541,929.00 |
| 1,2, Banka Kredileri | ₺ 648,851.00 | ₺ 437,248.00 | ₺ 206,857.00 | ₺ 270,749.00 |
| 1,3, Akreditifler | ₺ 2,667,683.73 | ₺ 2,733,240.00 | ₺ 3,406,944.00 | ₺ 4,660,762.00 |
| 1,4, Garanti Verilen Prefinansmanlar | ₺ 20,820.00 | ₺ 26,543.00 | ₺ 29,288.00 | ₺ - |
| 1,5, Cirolar | ₺ - | ₺ - | ₺ - | ₺ - |
| 1,6, Diğer Garantilerimizden | ₺ 1,010,121.31 | ₺ 1,206,468.00 | ₺ 822,179.00 | ₺ 1,637,306.00 |
| 1,7, Diğer Kefaletlerimizden | ₺ 40,742.99 | ₺ 24,765.00 | ₺ 25,574.00 | ₺ 75,669.00 |
| II, TAAHHÜTLER | ₺ 35,464,924.63 | ₺ 45,191,661.00 | ₺ 53,624,275.00 | ₺ 63,951,692.00 |
| III, TÜREV FİNANSAL ARAÇLAR | ₺ 31,152,397.20 | ₺ 34,588,414.00 | ₺ 35,743,492.00 | ₺ 68,623,029.00 |
| B, EMANET VE REHİNLİ KIYMETLER (IV+V+VI) | ₺ 759,842,715.00 | ₺ 899,701,429.00 | ₺ 1,041,629,242.00 | ₺ 1,227,399,583.00 |
| IV, EMANET KIYMETLER | ₺ 19,382,463.00 | ₺ 20,178,714.00 | ₺ 24,793,800.00 | ₺ 41,933,424.00 |
| V, REHİNLİ KIYMETLER | ₺ 740,363,830.00 | ₺ 879,397,355.00 | ₺ 1,016,717,843.00 | ₺ 1,185,240,511.00 |
| 5,1, Menkul Kıymetler | ₺ 4,241,976.27 | ₺ 6,760,580.00 | ₺ 15,397,442.00 | ₺ 16,656,681.00 |
| 5,2, Teminat Senetleri | ₺ 135,815,646.00 | ₺ 156,064,238.00 | ₺ 167,921,302.00 | ₺ 179,537,763.00 |
| 5,3, Emtia | ₺ 11,009,733.55 | ₺ 13,258,441.00 | ₺ 16,137,331.00 | ₺ 19,709,722.00 |
| 5,4, Varant | ₺ - | ₺ - | ₺ - | ₺ - |
| 5,5, Gayrimenkul | ₺ 190,528,813.78 | ₺ 223,973,333.00 | ₺ 251,157,897.00 | ₺ 276,605,558.00 |
| 5,6, Diğer Rehinli Kıymetler | ₺ 398,419,995.29 | ₺ 478,881,360.00 | ₺ 565,836,347.00 | ₺ 692,340,462.00 |
| 5,7, Rehinli Kıymet Alanlar | ₺ 347,665.00 | ₺ 459,403.00 | ₺ 267,524.00 | ₺ 390,325.00 |
| VI, KABUL EDİLEN AVALLER VE KEFALETLER | ₺ 96,422.00 | ₺ 125,360.00 | ₺ 117,599.00 | ₺ 225,648.00 |

Kaynak: Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Veri Seti, 2019

Katılım Bankaları 2016-2019 yıllarının aynı dönemlerine ait Bilanço Dışı Yükümlülükleri incelendiğinde her yıl artış söz konusudur. 2016 yılından 2017 yılına %18 artış, 2017 yılından 2018 yılına %11 artış, 2018 yılından 2019 yılına da %40 artış yaşanmıştır. 2019 yılına gelindiğinde yaklaşık %82 artış ile 179,761,136.00 olarak gerçekleşmiştir. En büyük artış 2018-2019 yıllarında yaşanmış olup yaklaşık %40 olmuştur Bilanço Dışı Yükümlülüklerin altında bulunan Garanti ve Kefaletler, ilgili hesap içerisinde 2019 yılı itibariyle %26 oranına sahiptir. 2016 yılında ₺ 32,335,059.88 olan Garanti ve Kefaletler 2019 yılına gelindiğinde %46 oranında artış yaşanmış 47,186,415.00 ₺ olarak gerçekleşmiş olup, önceki döneme göre de %19 oranında artış yaşanmıştır.

Garanti ve Kefaletler içerisinde ki en büyük payı Teminat Mektupları almaktadır. Katılım Bankalarından 2016 yılında 27,946,840.84 ₺ teminat mektubu verilirken 2019 yılına gelindiğinde %45 artış ile 40,541,929.00 ₺ teminat mektubu kullanılmıştır. Bu aynı zamanda tam göstergesi olmasa da ticarete insanların kendilerini güven altına alma oranı olarak da düşünülebilir.

4.3. Katılım Bankalarının Garanti ve Kefaletlerin Karşılaştırması

Tablo 4.3.1: Katılım Bankaları Garanti ve Kefaletlerin Karşılaştırması(MİLYON TL)

| Kalemler | 2018-1. Dönem | | | | | 2019-1. Dönem | | | | |
|--|---------------|-------------|-------------|---------------|----------------|---------------|-------------|-------------|---------------|----------------|
| | AlbarakaTürk | KuveytTürk | TFKB | Vakıf Katılım | Ziraat Katılım | Albaraka Türk | KuveytTürk | TFKB | Vakıf Katılım | Ziraat Katılım |
| A, BİLANÇO DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLER (I+II+III) | 12,002,755 | 74,301,978 | 25,632,114 | 8,912,395 | 8,245,781 | 20,647,972 | 96,172,155 | 26,569,884 | 21,098,939 | 15,272,186 |
| I, GARANTİ ve KEFALETLER | 8,529,582 | 11,775,281 | 8,595,377 | 3,865,510 | 6,961,506 | 10,151,166 | 12,412,827 | 7,413,549 | 6,378,215 | 10,830,658 |
| 1,1, Teminat Mektupları | 7,387,408 | 10,116,002 | 8,043,925 | 3,720,921 | 5,968,158 | 8,304,150 | 10,678,414 | 6,780,678 | 5,739,797 | 9,038,890 |
| 1,2, Banka Kredileri | 28,239 | 65,255 | 104,872 | 4,608 | 3,883 | 41,959 | 61,308 | 131,275 | 29,956 | 6,251 |
| 1,3, Akreditifler | 1,020,214 | 1,228,550 | 446,580 | 139,981 | 571,619 | 1,423,157 | 1,347,146 | 501,596 | 608,462 | 780,401 |
| 1,4, Garanti Verilen Prefinansmanlar | - | 29,288 | - | - | - | - | - | - | - | - |
| 1,5, Cirolar | - | - | - | - | - | - | - | - | - | - |
| 1,6, Diğer Garantilerimizden | 72,534 | 336,186 | - | - | 413,459 | 313,717 | 325,959 | - | - | 997,630 |
| 1,7, Diğer Kefaletlerimizden | 21,187 | - | - | - | 4,387 | 68,183 | - | - | - | 7,486 |
| II, TAAHHÜTLER | 2,105,382 | 47,250,338 | 3,797,763 | 309,353 | 161,439 | 2,667,871 | 53,043,034 | 5,100,786 | 2,475,972 | 664,029 |
| III, TÜREV FİNANSAL ARAÇLAR | 1,367,791 | 15,276,359 | 13,238,974 | 4,737,532 | 1,122,836 | 7,828,935 | 30,716,294 | 14,055,549 | 12,244,752 | 3,777,499 |
| B, EMANET VE REHİNLİ KIYMETLER (IV+V+VI) | 72,600,566 | 392,514,416 | 501,116,099 | 59,631,383 | 15,766,778 | 82,413,097 | 494,715,768 | 525,821,170 | 99,149,213 | 25,299,631 |
| IV, EMANET KIYMETLER | 3,418,205 | 12,459,667 | 5,665,368 | 2,192,181 | 1,058,379 | 5,591,123 | 22,213,451 | 6,745,515 | 4,698,625 | 2,684,006 |
| V, REHİNLİ KIYMETLER | 69,182,361 | 379,996,516 | 495,391,365 | 57,439,202 | 14,708,399 | 76,821,974 | 472,424,722 | 518,927,602 | 94,450,588 | 22,615,625 |
| VI, KABUL EDİLEN AVALLER VE KEFALETLER | - | 58,233 | 59,366 | - | - | - | 77,595 | 148,053 | - | - |

Kaynak: Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Veri Seti 2019

Albaraka Türk, Kuveyt Türk, Türkiye Finans Katılım Bankası(TFKB), Vakıf Katılım Bankası ve Ziraat Katılım Bankalarının 2018 -2019 yıllarına ait 1. Dönem Bilanço Dışı Yükümlülükleri, Emanet ve Rehinli Kıymetler incelenmiştir.

Katılım Bankalarının 2018 yılında Bilanço Dışı Yükümlülüklerini içerisinde yer alan Garanti ve Kefaletler toplamı 39,727,256.00 ₺ olarak gerçekleşirken bu tutar içerisindeki en büyük pay Kuveyt Türk Katılım Bankasına aittir. Dağılımlarına baktığımızda %21 Albaraka Türk, %30 Kuveyt Türk, %22 Türkiye Finans Katılım

Bankasına, %10 Vakıf Katılım Bankasına %17 oranında da Ziraat Katılım Bankasına aittir. 2019 yılına gelindiğinde bu oranlar artış göstermiştir.2018 2019 yılları karşılaştırıldığında en büyük artış %65 oranıyla Vakıf Katılım Bankasına aittir. Albaraka Türk, Kuveyt Türk, Vakıf Katılım ve Ziraat Katılım Bankalarında artış yaşanırken sadece Türkiye Finans Katılım Bankasında %16 oranında azalış yaşanmıştır.

Garanti ve Kefaletler içerisinde yer alan teminat mektupları önemli yer tutmaktadır.

Katılım bankalarının teminat mektupları, akreditifler, taahhütlerinde artış yaşanmış ve yıllar ilerledikçe daha bu artış devam edecektir.

Ticari hayatta insanlar ticaret yapar iken nakit olmayan alışverişlerinde, makro veya mikro nedenler ile bir garantör, kefil, vs. isteyerek alacaklarını garantiye almak amacındalar.

Katılım bankaları İslami bankacılık kuralları çerçevesinde ticarete yeri gelince aracı olarak, yeri gelince garantör olarak yer almakta ve İslami ticari hayatın kolaylaşmasını ve büyümesine katkı sağlamaktadırlar.

SONUÇ

Karşılıklı alışverişin yapıldığı bir ticarete hukuki bir muameleninde bulunma ihtimali vardır. Hukuki bir muamelenin en önemli ayaklarından biri de borçtur. Borcun önemli kaynaklarından biri de akitlerdir. Tarih boyunca çeşitli isimler almış olsa da akitler içerisinde şahsi teminat akitleri önemli yer tutmaktadır. İslam hukukunda şahsi teminat denilince akla kefalet gelir ve İslam hukukçuları şahsi teminat akitleri ile ilgili hükümleri daha çok kefalet içerisinde değerlendirmişlerdir. Kefaletin meşru olması Kur'an, Sünnet ve İcma gibi asli ve Örf, Adet gibi tali delillere dayandığı tespit edilmiştir. Asli hükümlerde kefaletin çerçevesi ve sınırları çizilmiştir. Örfün de hüküm kaynağı olması sebebiyle çeşitli şartlara göre kefalet hükümlerinin çeşitlilik göstermesine imkân verilmiştir. Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhepleri ince detaylar hariç olmak üzere kefalet akdinin sahih/geçerli olduğunu söylemektedirler. Bu durum bizlere İslam hukukunun uygulama zenginliğini göstermektedir. Konusu İslam dinine uygun olması koşulu ile müslümanların başka dinden kişilere kefil olabilecekleri anlaşılmıştır. İslam hukukçuları arasında ücretle kefalet tartışılmış klasik doktrinde ücretle kefalet caiz görülmezken, günümüz İslam hukukçuları tarafından iktisadi ve ticari hayatın değişmesi göz önünde bulundurularak özellikle şahsi kefalet dışında kalan özellikle büyük ticarethaneler, bankalar kefaletlerine karşı ücret almayı caiz görmüşlerdir. Bankaların kefalet dolayısıyla yaptıkları harcamaları müşteriden tahsili konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Hükümlerini yerine getirmek şartı ile bir borca birden fazla kişi borcun bir bölümüne, bazı durumlarda birbirlerine, bazende müstakil olarak borcun hepsine kefil olabilirler.

Kefalet konusunda ayet ve hadislerin sınırlı olması nedeniyle, genellikle ilgili hükümler örfün tesirinde yapılan içtihatlardan oluşmaktadır. Bu durum Türk Borçlar Hukuku ile İslam Hukuku arasında ki benzerliğin en büyük nedenlerindedir. Türk Borçlar Hukuku'ndaki hükümler İslam hukukundaki görüşeler ile örtüşürken bazı durumlarda da tek bir mezhep görüşü ile paralellik göstermektedir. Ayrıca hem modern hukuk hem de İslam hukuku araştırmacıları teminat mektupları ve akreditiflerin hukuki

niteliklerini açıklama kısmında fikir birliğine varmamışlardır. Diğer ifadeyle hukuk ve iktisadi hayatımıza giren ve bankalarda geniş çapta uygulanan bu iki alanı klasik doktorindeki tek bir hukuki ilişki ile açıklamak mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bu alanları kendine özgü niteliklerle ve kendine has isimlerle değerlendirmek daha doğru olacaktır. Kısa vadede bunu gerçekleştirmek mümkün gözükmediğinden Türk Borçlar Hukukunda mahkeme içtihatları ve Yargıtay içtihadı birleştirme dairesi hukuki istikrar sağlamak için teminat mektuplarını garanti akdi saymış ve onun hükümlerinde tabi kılmıştır. Akreditiflerde ise böyle bir düzenleme getirilmemiş ve Uluslararası Ticaret Odası kararları doğrultusunda işlenmiştir.

Ayrıca günümüz şartları dikkate alındığında ve bankaların vermiş oldukları hizmet karşılığında teminat mektupları ve akreditif hizmetleri sonucu ücret almanın herhangi bir sakınca olmayacağı anlaşılmaktadır.

Kefalet durumlarında insanlar birbirlerini tanıyan insanlara kefil oldukları için, toplumda dayanışmayı ve yardımlaşmayı en üst seviyeye çıkarmış olur. İslam hukukunda kefalet uygulaması ticari hayatın canlanmasına olanak sağlamış ve bankacılık sektöründe özellikle çeşitli alanlarda ön plana çıkmaktadır. Katılım bankacılığı, İslam'ın ekonomik kaideleri dikkate alınarak uygulanmaktadır. Bunların başlıcaları; faizin yasak olması, harama el sürmeme ve yapılan sözleşmeye tam bağlılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Kefalet faiz hassasiyeti bulunan toplumlarda katılım bankacılığı aracılığı ile de ticari hayatta yerini almış, çeşitli enstrümanlar ile teminat mektupları, akreditifler vs. gibi bankacılık uygulamaları ile de İslami ticari hayatta hareketlilik getirmesine yardımcı olmuştur.

Sonuç olarak, katılım bankalarının bankacılık sektörü ve reel ekonomi içerisindeki paylarının ve net karlarının artması ve büyüme göstermeleri birtakım şartlara bağlı olsa da “ceteris paribus” (diğer tüm durumlar sabitken) koşulu altında katılım bankalarının büyümesinin devam etmesinde İslam hukukuna bağlı olarak kefalet de ticari hayatta en önemli kalemlerden olmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

AAOIFI (2015). *Faizsiz Finans Standartları*, TKBB Yayınları, İstanbul: 130-134

Abdurrezzak, B. H. (1972). *El-Musanef* nşr. Habibur- Rahmanü'l-Uzmâ, (v.211/826), (I- XI), Beyrut, 148-173

Abdullah, A. A. "Cevazu ahzu'l-ecri evi'l-amuleti fi mukabili hutabı'd-daman", Mecelletü'l -Mecmau'l-fikhı'l-İslami, c. II.

Aktan, H. (1993). *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Daman Maddesi İstanbul,:45

----- (1997) "*Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Bir Değerlendirme (Borsa, Teminat Mektubu, Leasing)*", I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya

Aktepe, İ. E. (2010). *İslam Hukuku Çerçevesinde Finansman Ve Bankacılık*. İstanbul: TKBB Yayınları. : 61-101

Apaydın, H. Y. (2002). *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 25: İstanbul: TDV Yayınları, 168-177

Arsal, S. M. (1964). *Umumi Hukuk Tarihi*. İstanbul,:55-56

Atar, F. (1988). *Fıkıh Usulü*. İstanbul,:52

-----.(1990). İslam İcrâ ve İflas Hukuku. İstanbul,

Bardakoğlu, A. (2000). "*İcare*". DİA. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.:388-389

Bayındır, S. (2005). *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, İstanbul:

-----.(2018). *Katılım Bankacılığının Evrimleşme Serüveni*. İstanbul:
Katılım Dünyası

Bedir, M. (2012). “*Usûlu’s-Serahsi*”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 42:
İstanbul: TDV Yayınları, 221-222

Berki, Ş. (1973). *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, Ankara,: 218-326

Berri, Z. "*Hitabu'd-Daman*", *Mecelletü'l-Mecmau'l-fikhî'l-İslami*, c. II.

Bildirici Çalık, E. (2016). *Geleneksel Bankalar ile Katılım Bankalarının Finansal Performanslarının Basel III Kriterleri Açısından Kıyaslanması*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme AnaBilim Dalı, Van.

Bilmen, Ö. N. (1970). *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, IVIII, Bilmen Yay., İstanbul:345

Buhari, E. A. (1892). *Keşfu'l-Esrâr Serhu Usûlu'I-Pezdevi*, (I-IV), İstanbul,

Cin, H. ve Akgündüz A, (1990). *Türk İslam Hukuk Tarihi*. (I-II), İstanbul,: 71-238

Coşkun, A. (2008). *Katılım Bankalarının Bankacılık Sektöründeki Yeri ve Önemi* (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Politikası Ana Bilim Dalı, İstanbul,

Darçın, A. C. , (2007). *Özel Finans Kurumlarının Katılım Bankalarına Dönüşümünün Sebepleri ve Sonuçları*, Atılım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara

Ebû Davud, S. (1981). *es-Sünen, Süneni Ebu Davud (I-II)*, İstanbul: Çağrı Yayınları.:
29-68

Ebû Zehrâ, M. (1986). *Usûlu'l-Fıkh*. İstanbul, ts.: 273-326

Esat, M. (1916). *Tarih-i İlmi Hukuk*. İstanbul

Hallaf, A. (1942). *İlm-i Usûl-û Fıkh*. Kuveyt,:108

Haydar, A. (1914). *Düreru'l-Hûkkam Serhu Mecelleti'l Ahkâm*. (I) İstanbul: 5-149

Hurşit, E. (2018). Vadeli Alım Peşin Satım. *Katılım Finans Dergisi*(5): 50-52

İbn Âbidîn, M. E. (1984). *Reddü'l- Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Haşiyetü İbn Âbidîn*.
Beyrut: Daru'l-Hayai't-Turâsi'l-Arabî Yayınları.: 285-309

İbn Hacer, Ş. E., (1988). *Fethu'l-Bâri (Sâhihi'l- Buhâri Şerhi)*, Beyrut, 329-370

İbn Hazm, A. (1988). *el-Muhalla*. nşr. Hasan Zeydan Talibe, (I-XI), Mısır, : 524-539

İbn Kûdâme, E. A. A. (1994). *El-Mugni ala Muhtasarı Hirakî*. , Beyrut, 71-443

İbn Nüceym, Z. (1985). *Bah-ru'r-Râik*. Serhu Kenzı'd-Dekâik, Beyrut, ts. el-Esbah ve'n
Nezâir. (I-IV), Beyrut,

İbn Mâce, E. A. M. b. Y. el-Kazvinî. (1981). *Süneni İbn Mâce*, İstanbul: Çağrı Yayınları
: 5-9

İslam Konferansı Teşkilatı (1985). *İslam Fıkh Akademisi, II, Dönem Toplantısı, Cidde*.

- Kahraman, A. (1997). *İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana bilim Dalı, İstanbul,
- Karadağı, A. M. (1997). *"İslama Göre Finans ve Borsa"*, I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya
- Karaman, H. (1987). *Mukayeseli İslam Hukuku (I-III)*, İstanbul, 25-572
----- (1989). *İslam Hukuk Tarihi*. İstanbul.: 337
----- (2015). Karaman, H. *Teverruk ve Vadeli İşlemler*. Yeni Şafak Web Sitesi: <https://www.yenisafak.com/yazarlar/hayrettinkaraman/teverruk-ve-vadeli-islemler-2023239> (Erişim Tarihi: 10.10.2018)
- Kasânî, A. E. B. M. (1996). *Kitabu Bedaiu's-Sanai Tertîbi's-Serâi*. (I-VII), Beyrut, Dâru'lFikir. ts.
- Kurtûbî, E. A. M. (1985). *el-Câmi 'li Ahkâmi'l-Kur'ân. Daru'l Kütübî'l-İlmiyye*, (I-XX), Kahire,: 69
- Mecelle, (1982). *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*. Açıklama: Ali Himmet Berki, İstanbul: Hikmet Yayınları.
- Merginânî, E. B. A. B. (1990). *El-Hidaye Şerhu Bidâyetü'l-Mübtedi*. (I-IV), Beyrut, Dâru'l-Hayai't-Türasi'l-Arabi.
- Mevsili, A. B. M. (1989). *El-İhtiyâr:li-Ta'lîli'l-Muhtâr*. İstanbul: Pamuk Yayınları: 167-223

Molla Hüsrev, M. B. F. B. A (1884). *Dürrü'l-Hükkâm fi Şerhi Gürrü'l-Ahkâm*. (I-II), İstanbul, 1884.

Müslim, E. M. B. H. (1983). *el-Câmiu's-Sahîh*. Trc. Ahmed Davudoğlu. İstanbul: Sönmez Yayınları.:58-109

Odabaşı, M. (2016). *Kuveyt Türk Faizsiz Bankacılık İlkeleri Eğitim Notları*.

Oser, S. (1964). *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, trc, İsmet Sungurbey, Ankara,: 2-68

Reisoglu, S. (1964). *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara,: 6-240

Remli, Ş. M. A. B. H. (1967). *Nihâyetü'l-Muhtac Serhu'l-Minhac*. Daru'l-Kütübi'l ilmiyye (I- VIII), Kâhire,

Sahnun, B. A. B. S. (1968). *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*. (I-VI), Beyrut, ts. 257-269

Smerkandî, E. B. A. M. (1955). *Mizânu'l-Usûl fi Netâici'l-Ukûl*. nşr, Muhammed Zeki Abdilber, Kahire,

Serahsî, M. A. (1912). (v.490/1097), *el-Mebsût*. nşr. Şeyh Muhammed Radı, (I-XV), Beyrut,

-----*Usûl*, (2009). I, 9. Ayrıca bk. Muhammed Hamidullah, “Serahsî, Şemsüleimme”, *DÎA*, XXXVI,

Tahâvî, E. C. A. (1950). (v.321/933), *el-Muhtasar*. nşr. Ebu'l-Vefâ Efgâni, Kahire,

Tan, O. (2007). *İbn Hazm ve Usûl Anlayışı* (Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara

Tanaydın, Y. (2016). *Türk Katılım Bankacılığının Kurumsal Performansı ve Sürdürülebilir Rekabetteki Strateji Hedefleri; Türkiye Uygulama Örnekleri*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, Konya.

Tandoğan, H. (1989). *Borçlar Hukuku. Özel Bore İlişkileri*. İstanbul

Tekinalp, Ü. (1988). *Banka Hukukunun Esasları*. İstanbul.: 411

TKBB internet sitesi. www.tkbb.org.tr.

Umur, Z. (1984). *Roma Hukuku*, İstanbul,: 193-317.

Ustaoglu, D. (2014). *Türkiye’de Katılım Bankacılığı Sektördeki Yeri ve Önemi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilimdalı, Aydın.

Zeydan, A. (2011). *İslam Hukukuna Giriş*, (Trc.:Ali Şafak), Kayıhan Yay., İstanbul

----- (1985). *el-Havale ve'l-Kefale*, Bağdat

Zeylaî, E. M. F. O. (1984). (v.743/1342), *Tebyînu'l-Hakâik Serhu Kenzi'd-Dekâik*. (I-VI), Beyrut, ts.149-150