



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA TEZİ

MECELLE'DE HAVALA AKDİ

AFRA UYSAL

KAMU HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

DANIŞMAN

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İSTANBUL-2022



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DOKTORA TEZİ

MECELLE'DE HAVALE AKDI

AFRA UYSAL

KAMU HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

DANIŞMAN

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İSTANBUL-2022

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün safhalarda etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışmasıyla elde edilemeyen bütün bilgi ve yorumlara kaynak göstermediğimi ve bu kaynakları da kaynaklar listesine aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

Afra UYSAL

ÖNSÖZ

Havale ilişkisi, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da üç köşeli bir ilişki olup, çeşitli nüanslar barındırması sebebiyle de titizlikle çalışılmayı gerektiren bir konudur. Mecelle'nin İslam özel hukukunun tedvininden başka yeni bir kanunlaştırma faaliyeti olmadığı düşünülürse, Mecelle'de havale akdini çalışabilmek için öncelikle İslam hukuku konusunda birincil nitelikteki kaynakların kullanılması gerekir. Bununla birlikte Osmanlı hukuku ve mezhep uygulamasının etkisini inceleyebilmek için Osmanlı'da kadıların sıklıkla müracaat ettikleri fetva mecmualarının ve uygulamayı görebilmek için de Osmanlı mahkeme kayıtlarını oluşturan kadı sicillerin taranması gerekmektedir. Bununla birlikte havale uygulamasının tarihsel gelişimini tespit edebilmek için de farklı hukuk sistemlerinin tarihi gelişimine ve kaynaklarına bakmak gerekir. Bütün bunların yanında, Cumhuriyet sonrasında medeni kanun ve borçlar kanununun İsviçre'den iktibas edilmesi nedeniyle, özel hukukun Avrupa'daki tarihsel gelişimi, Roma hukuku, Cermen hukuku ve son dönem Avrupa kanunlaştırmalarına değinmek de gerekli görülmüştür. Nitekim hukuk bir bütündür ve farklı milletler arasındaki etkileşime kapalı bir alan değildir.

Bu bağlamda tezimiz kapsamında Mecelle bakımından maddi hukuk incelemesine geçilmeden önce birinci bölümde, çeşitli hukuk sistemlerinde karşılaşılan havale türleri ele alınarak karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamlı başlangıç bölümü ile havale kavramına geniş bir bakış sağlanmaya çalışılmıştır. Bunun devamında ise ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerde Mecelle'de kabul edilen havale akdinin sırasıyla kurulması ve şartları, hüküm ve sonuçları ile sona ermesi ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Son bölümde ise havale akdinin uygulama bakımından incelenmesi amacıyla, Mecelle'nin havale kitabının hazırlanışı, kıymetli evrak hukuku bakımından havale ile Osmanlı mahkeme kayıtlarında karşılaşılan havaleye ilişkin dava örnekleri ele alınmıştır. Böylelikle İslam hukuku ve Mecelle'de kabul edilen havale akdi kurumu kapsamlı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

Bu vesileyle tez çalışmalarım süresince desteğini ve himmetini her daim yanımda hissettiğim muhterem hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Mehmet Âkif AYDIN'a teşekkürü bir borç bilirim. Kendisi ile çalışabilme fırsatını ve rahle-i tedrisini ilim yolunda bana bahşedilen en değerli nimet olarak gördüğümü de eklemek isterim. Ayrıca tezin yazılma sürecindeki katkı ve yönlendirmeleri gibi yazıldıktan sonra tezin okunması ve değerlendirilmesi konusunda gösterdiği ilgi ve alaka için kendisine minnettarım. Tez çalışmalarımın izlenmesi hususunda ise katkılarını esirgemeyen tez izleme komitesi üyeleri kıymetli hocalarım Prof. Dr. Cevdet YAVUZ ve Prof. Dr. Mehmet AKMAN'a da teşekkür etmek isterim. Ayrıca diğer tez jürisi üyeleri değerli hocalarım Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU ve Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ'ye de teşekkür etmek istiyorum. Bu süreçte maddi ve manevi olarak desteklerini yanımda hissettiğim, çeşitli konularda yardımlarına başvurduğum değerli mesai arkadaşlarım Öğr. Gör. Kerime Fatma GÜNTÜRK, Ar. Gör. Dr. Muhammed Emin BİNGÖL, Ar. Gör. Abdullah Musab ŞAHİN, Ar. Gör. Zeynep Şeyda UYSAL ve Ar. Gör. Hilal ALKILIÇ BALCI'ya da ayrıca teşekkür etmek istiyorum. Son olarak ise her daim yanımda olan ve bu zorlu sürecin stresini benimle birlikte göğüsleyen aileme minnettar olduğumu belirtmeliyim.

Uzun süren bir çabanın ürünü olan bu çalışmanın literatüre katkıda bulunabilmesini ve bu alandaki diğer araştırmacılara fayda sağlayabilmesini umuyorum.

Afra UYSAL

Temmuz 2022, İstanbul

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR.....	x
YAZIM KURALLARI.....	xiii
ÖZET.....	xvi
ABSTRACT.....	xvii
GİRİŞ	1
§ 1. HAVALEYE DAİR TEMEL MESELELER.....	5
I. GENEL OLARAK.....	5
II. HAVALE KAVRAMI	14
III. HAVALENİN MAHİYETİ	19
IV. İSLAM HUKUKUNUN TEMEL KAYNAKLARINDA HAVALE 23	
V. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE KARŞILAŞILAN HAVALE YÖNTEMLERİ.....	28
A. Borç Havalesi (Roma / Fransız Sistemi).....	33
B. Havale İşlemi (Alman, İsviçre / Türk Sistemi)	47
C. Havale Akdi (İslam Hukuku / Mecelle Sistemi).....	58
1) Havale Akdine İlişkin Terimler	61
a) Havale	62
b) Muhil.....	65
c) Muhalün Aleyh.....	66
d) Muhalün Leh.....	67
e) Muhalün Bih.....	67

2) Havale Akdinin Çeşitleri.....	68
a) Mutlak Havale.....	68
b) Mukayyet Havale.....	71
VI. HAVALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KURUMLARLA KIYASLANMASI.....	76
A. Borç Havalesinin Hukuki Niteliği.....	77
B. Havale İşleminin Hukuki Niteliği.....	82
1) Sözleşme Görüşü.....	84
2) Temsil Yetkisi Görüşü.....	87
3) Çifte Yetkilendirme Görüşü.....	89
C. Havale Akdinin Hukuki Niteliği.....	92
1) Klasik Literatüre Göre.....	93
a) Genel Olarak.....	93
b) Naklin Kapsamı Konusunda.....	102
2) Mecelle'ye Göre.....	106
3) Genel Değerlendirme.....	109
D. Havalenin Kefalet Akdi ile İlişkisi.....	113
E. Havale Akdinin Deyn Satışından Farkı.....	115
F. Deynin Havalesi ve Hakkın Havalesi Farkı.....	117
§ 2. HAVALA AKDİNİN KURULMASI VE ŞARTLARI.....	120
I. HAVALA AKDİNİN UNSURLARI.....	121
A. Taraflar.....	122
B. Karşılıklı İrade Beyanları (İcap-Kabul).....	126
1) Muhil, Muhalün Aleyh ve Muhalün Leh Arasında.....	131
2) Muhil ve Muhalün Leh Arasında.....	132
3) Muhil ve Muhalün Aleyh Arasında.....	137

4) Muhalün Aleyh ve Muhalün Leh Arasında	141
C. Akdin Konusu	145
II. İNİKAT ŞARTLARI	147
A. Ehliyet	147
B. Akit Meclisi.....	156
III. SIHHAT ŞARTLARI.....	158
A. İrade Beyanlarının Sıhhati.....	159
B. Akdin Konusuyla İlgili Şartlar	162
1) Deyn (Borç) Niteliği Taşınması.....	163
2) Kefaleti Sahih Bir Borç Olması	165
3) Malum Bir Borç Olması.....	166
4) Lazım Bir Borç Olması.....	167
5) Mukayyet Havaleye Konu Olan Borçlara İlişkin Şartlar	168
IV. NEFAZ ŞARTLARI	172
A. Ehliyet	173
B. Akit Meclisi.....	176
C. Muhalün Leh ve Muhalün Aleyhin Havaleyi Kabulü.....	178
V. LÜZUM ŞARTLARI.....	179
VI. İHTİYARİ ŞARTLAR.....	182
VII. ŞARTLARA RİAYET ETMEMENİN SONUÇLARI	184
A. Butlan	185
B. Fesat	186
C. Adem-i Nefaz	188
D. Adem-i Lüzum	189
§ 3. HAVALE AKDİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	191
I. BORÇ BAKIMINDAN.....	191

II. TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN.....	197
A. Muhil ile Muhalün Leh Arasındaki İlişki.....	197
B. Muhil ile Muhalün Aleyh Arasındaki İlişki.....	202
1) Mutlak Havalede.....	204
2) Mukayyet Havalede	208
3) Diğer Mezheplere Göre.....	217
C. Muhalün Aleyh ile Muhalün Leh Arasındaki İlişki.....	219
III. İTİRAZ VE DEF'İLER.....	222
IV. TEMİNATLAR.....	226
V. HAVALEDE VADE.....	230
VI. HAVALEDE RÜCU.....	234
VII. HAVALEDE İSPAT.....	240
§ 4. HAVALE AKDİNİN SONA ERMESİ.....	245
I. İFA.....	245
II. İBRA.....	247
III. TAKAS.....	251
IV. MUHALÜN BİHİN TEKRAR BAŞKASINA HAVALESİ ...	252
V. TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ.....	254
VI. ALACAKLI VE BORÇLU SIFATLARININ BİRLEŞMESİ. 257	
A. Halefiyet.....	258
B. Muhalün Aleyhin Alacağı İktisap Etmesi.....	260
VII. HAVALENİN İPTALİ.....	261
A. Tevâ.....	261
1) Muhalün Aleyhin Havaleyi İnkâr Etmesi.....	265
2) Muhalün Aleyhin Müflis Olarak Ölmesi.....	266
3) Hayatta İken Muhalün Aleyhin İflasına Karar Verilmesi.....	269

B. Akdin Feshi	270
1) İ kale.....	271
2) Şart Muhayyerliği	272
C. Ödeme İmkansızlığı	273
VIII. BORCUN MUHİLİN ZİMMETİNE DÖNMESİ	275
§ 5. UYGULAMA BAKIMINDAN HAVALE AKDİ	277
I. MECELLE'DE HAVALE AKDİNİN İŞLENİŞİ.....	277
A. Kitab'ül-Havale'nin Hazırlanışı.....	281
B. Tartışma Konusu Olan Hükümler	282
II. HAVALENİN KIYMETLİ EVRAK HUKUKU VE SÜFTECE BAKIMINDAN İNCELENMESİ.....	286
III. OSMANLI UYGULAMASINDAN HAVALE ÖRNEKLERİ.....	292
A. Kadı Sicillerinde Geçen Bazı Karar Örnekleri.....	293
1) XVII. Yüzyıl	293
a) Havale Yoluyla İfanın Tespiti.....	294
b) Havale Yoluyla Kısmî İfa	295
2) XVIII. Yüzyıl.....	296
a) Poliçe (Süftece) Borcu	297
b) Süftece Tarafları Arasında Uyuşmazlık Olmadığının Tespiti 299	
3) XIX. Yüzyıl.....	300
a) Süftece (Poliçe) Borcunun Tespiti	301
b) Havalede Sulh	302
B. Ceride-yi Mehâkim'de Geçen Bazı Karar Örnekleri (XIX. Yüzyıl Sonu)	304
1) Mukayyet Havale İle Ödenen Borcun Toplam Borçtan Mahsubu 305	

2) Mukayyet Havale İle Borcun Ödenmesi.....	307
SONUÇ.....	310
KAYNAKÇA	315
EKLER.....	340
Ek. 1: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Kitâbü'l-Havâle'sinin Latinize Edilmesi	341
Ek. 2: Mürşidü'l-Hayrân'ın Kitâbü'l-Havâle'sinin Türkçe Tercümesi	348



KISALTMALAR

A.Ş.	: Anonim Şirketi
ABGB	: 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1.6.1811)
ALR	: 1794 tarihli Prusya Medeni Kanunu (Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten- 1794)
Art.	: Article / Artikel (madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bin (oğlu)
BGB	: 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18.8.1896)
Bkz	: Bakınız
bs.	: baskı
b.y.	: basım yeri yok
C.	: Cilt
CÜİFD	: Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
D.	: Digesta
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
dn.	: dipnot
eBK	: 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
Eİ2	: Encyclopaedia of Islam (Second Edition)
eİBK.	: 1881 tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanunu
E.T.	: Erişim Tarihi
FMK	: 2012 tarihli ve 4 sayılı Filistin Medeni Kanunu
Fr.MK / CC	: 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code Civil)
H.	: Hicrî
Haz.	: Hazırlayan
H.z.	: Hazreti
IMK	: 1951 tarihli ve 40 sayılı Irak Medeni Kanunu
İBB	: İstanbul Büyükşehir Belediyesi

İBK. / OR	: 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht vom 30 März 1911)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İSAM	: İslam Araştırmaları Merkezi
m.	: madde
MLA	: Modern Language Association
MMK	: 1948 tarihli ve 131 sayılı Mısır Medeni Kanunu
MÖ	: Milattan Önce
MS	: Milattan Sonra
no.	: numara / number
nşr.	: neşir / neşreden
OA	: Osmanlı Araştırmaları
OANNES	: Uluslararası Eskiçağ Tarihi Araştırmaları Dergisi
OSAV	: Osmanlı Araştırmaları Vakfı
OTAM	: Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi
ö.	: ölüm tarihi
r.a.	: Radiyallahu Anh
s.	: sayfa
s.a.v.	: Sallaallahü Aleyhi ve Sellem
sy.	: sayı
SBF	: Sosyal Bilimler Fakültesi
TBK	: 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDJ	: The Digest of Justinian
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
t.y.	: tarih yok
U.A.E.	: United Arab Emirates
UAÜHFD	: Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
v.	: veledi

vd. : ve devamı
vol. : volume
VT : Veri tabanı
ZGB : 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu
(Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907)



YAZIM KURALLARI

Burada yazım kurallarından kasıt, Osmanlıca ve Arapça kaynaklarda kullanılan ve tez bakımından kullanılması zaruri görülen eser veya müellif isimlerinin, hukuki terimlerin veya eski kelimelerin Latin harflerine çevrilirken uyulacak kurallardır. Bu kurallar belirlenirken, büyük oranda Osmanlıca kadı sicilleri ve fetva mecmualarının Latin harfleriyle yapılan baskılarında kullanılan yazım kuralları takip edilmiştir¹. Bu doğrultuda tezimizde aşağıdaki yazım kuralları benimsenmiştir:

1- Tez bakımından kullanılması gereken alıntılarda, dava veya fetva örnekleri gibi, orijinal metinler italik şekilde aynen alınırken, metne anlam bakımından bağlı kalınmakla birlikte, bazı kelimeler günümüz Türkçesine uygun yazılmıştır. Bunun yanında, günümüz Türkçesinde yaygın olarak kullanılan kelimeler de günümüz imlasına uygun yazılmıştır.

2- Osmanlıca yazılışları bakımından farklı şekillerde karşımıza çıkan bazı kelimeler ve fiiller için, tek bir yazım şekli (mevcutsa günümüz Türkçesinde kullanılan şekli) esas alınmıştır. (dain, dayın gibi/-idüğü, -idiği gibi)

3- Arapça ve Farsça asıllı uzatma (med) içeren kelimelerde, harf üzerine konulan uzun çizgiyi (kādı vb.) kullanmayı gerekli görmedik. Neticede bu tez, yasal metinleri aktarmaktan çok o metinlerdeki anlamı ortaya koyma amacı gütmektedir. Fakat anlam kargaşası oluşturmaması bakımından gerekli görülen yerlerde ve genellikle günümüz Türkçesinde fazla karşılaşılmayan kelimelerde şapka kullanılmıştır. Örneğin; fetâvâ, hamâle vb.

¹ İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, C. I, İSAM Yayınları, İstanbul 2008, s. 65-68; İstanbul Kadı Sicilleri, Balat Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, C. XLI, İBB Kültür A.Ş. Yayınları, İstanbul 2019, s.17-19; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziye, (Haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul 2009, s. vii.

4- Tezimizde kaynak olarak kullanılan latinizasyonlarda, esas metni okumaya bağlı olarak kullanılan işaretler aynen muhafaza edilmiştir. Örneğin, tam olarak okunamayan yerlerde kullanılan soru işaretleri, fetva numaraları ya da anlamı kuvvetlendirmek için parantez içinde metne eklenen ifadeler gibi.

5- Kaynak metinlerde geçen özel isim ve yer adları -halen kullanılıyorsa- günümüz Türkçesine göre yazılmıştır.

6- Günümüz Türkçesinde çok fazla kullanılmayan Arapça kelimelerde gerekli görülmesi halinde, hemzeler düz tırnak işaretiyle (’), ayın harfleri ise ters tırnak işaretiyle (‘) yazılmıştır. Ancak hemze ve ayın harfi kelime başında ise gösterilmemiştir.

7- Arapça asıllarında son harfi şeddeli olan kelimelerin yalın halde kullanılmaları durumunda son harf bir kere yazılmıştır. Örneğin; hacc-hac vb.

8- Belirtme edatı (harf-i ta‘rif) ile başlayan özel adlarda belirtme edatı, cümle başında olmadığı sürece küçük harfle yazılmıştır. Örneğin; es-Serahsı vb.

9- Birden fazla kelimededen oluşan ve tamlama halinde yazılan özel adlarda, tamlamanın ilk harfi büyük harfle başlarken diğerleri için küçük harf kullanılmıştır.

10- Osmanlıca tamlamalarda, tamlama harekesi son harfe göre belirlenmiştir. Son harf kalın ise -ı eki, son harf ince ise -i eki almıştır. Örneğin; Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye.

11- Arapçada ift sessiz ile biten ve günümüz Türkçesinde de kullanılan bazı kelimeler, yalın halde ise sesli harfle, tamlama halinde ise aslına uygun olarak yazılmıştır (hüküm ve hükm-i şerif gibi).

Bu ayrık hallerin dışında tezimizde, Türk Dil Kurumunun benimsemiş olduğu yazım kılavuzuna bağlı kalınmıřtır².



² TDK Yazım kılavuzu için Bkz: <https://www.tdk.gov.tr/kategori/icerik/yazim-kurallari/> (E.T. 6.1.2022).

ÖZET

Mecelle'nin dördüncü kitabında düzenlenen havale akdi, temelde borcun naklinin İslam hukuku ve devamında Osmanlı uygulamasında karşımıza çıkan şeklidir. İsviçre / Türk hukukundaki havale usulü ile yapılan ancak nitelik itibariyle Roma / Fransız hukukundaki borç havalesi gibi bir taahhüt havalesi niteliği taşıyan havale kurumu, bu çalışmada İslam hukukunun birincil kaynakları ışığında ele alınmış, Mecelle kapsamında kanunlaştırılan hükümleri de ayrıca incelenmiştir. Osmanlı hukuku özellikle XVI. yüzyıldan itibaren Hanefi mezhebi içerisinde baskın olarak kabul edilen hukuki görüşlere dayanmaktadır. Ancak Mecelle'nin havale kitabında birkaç hususta bu baskın görüşlerden ziyade mezhepte ikincil konumda olan bazı görüşler tercih edilmiştir. Tercih edilen bu görüşler ile birlikte bazı noktalarda klasik dönem Osmanlı uygulamasından ayrılan Mecelle, tedvin ettiği maddelerin yürürlüğe girmesi ile birlikte uygulanacak hukuk bakımından havale kurumunun sınırlarını da belirlemiştir. Bu nedenle tezimiz, genel olarak İslam hukukunda kabul edilen havale akdinin Mecelle düzenlemesi ile sınırlı tutulmuştur. Bununla birlikte gerek Roma ve diğer Avrupa hukukları, gerek İslam hukukunda Hanefi mezhebi dışında kalan diğer fıkıh mezhepleri tarafından benimsenen havale usulleri ve hükümleri de incelenerek konuya karşılaştırmalı bir bakış sağlanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: havale, mecelle, kitabü'l-havale, borcun nakli, süftece

ABSTRACT

Hawala contract which is codified in Majalla's fourth book, basically is a version of transfer of debt encountered in Islamic law and afterwards in Ottoman practice. The concept of hawala which is performed by the way of delegation in Swiss / Turkish law, but has the feature of commitmental delegation like debt assignment in Roman / French law, was addressed in this study under the light of primary sources of Islamic law, and its provisions codified by Majalla was examined addedly. Ottoman law is based on the prevailing legal view in Hanafi school especially from 16th century. However in some points, secondary legal views were opted in Majalla's fourth book rather than the prevailing ones. Majalla which diverged from classical Ottoman practice in some points by these opted secondary views, drew the line of the concept of hawala in applicable law by the enforcement of codified provisions. Hence our thesis is limited generally by Majalla regulation of hawala contract accepted by Islamic law. In the meantime, a comparative look is tried to be provided by delegation forms whether in Roman and other European laws or other legal schools of Islamic law besides Hanafi school.

Key Words: hawala, majalla, kitabu'l-havale, transfer of debt, suftadja

Tezde Kullanılan Atıf Usulü: MLA

GİRİŞ

Borç kavramı ve onun hukuki niteliği, yüzyıllar içerisinde ait olduğu zamana ve hukuki sisteme göre farklı anlamlar taşımıştır. Roma hukuku gibi kimi sistemler borcun devredilmezliği ilkesini benimserken, kimileri ise başından beri onu malvarlığının pasif bir unsuru olarak kabul etmiş ve bu nedenle borcun bir başkasına devredilebileceğini kabul etmişlerdir. Borca karşı takınılan bu ikinci tutum, İslam hukukunun doğduğu yıllardan beri kabul ettiği ve bütün borçlar hukukunu bu temel üzerine inşa ettiği bir tutumdur³. Bu temel kabulün bir sonucu olarak da İslam hukuku, Roma hukukunun aksine başından beri borcun bir malvarlığından başka bir malvarlığına nakledilmesi fikrini kabul etmiş ve bu nakli “havale” olarak adlandırmıştır.

Borcun nakli yani İslam hukuku anlamında havale, dünya üzerinde farklı adlar ve yöntemler altında özünü korumuş, tarafların çeşitli ticari veya özel ihtiyaçlarını karşılayan bir araç olarak uzun yıllardan beri uygulanagelmıştır. Arap coğrafyasında doğan ve kervan ticaretinin önemli unsurlarından biri olan havale, hukukun tanıdığı ve düzenlediği bir kurum olarak İslamiyet sonrasında da uygulanmaya devam etmiştir. Ferdi içtihatlarla gelişen İslam özel hukuku, bu kurumu fıkıh kitaplarının havale bahislerinde ayrıntılı olarak ele almıştır. Havale, İslam hukukunun kapsamlı ilk resmi kodifikasyonu olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de de yerini korumuş ve ayrı bir kitap halinde kodifiye edilmiştir.

Çalışmamızda havalenin tarihi gelişimine ve farklı hukuk sistemlerindeki yerine genel olarak değinilecek olsa bile, bu konu esas olarak İslam hukuku ve özellikle de Mecelle kodifikasyonu temelinde ele alınacaktır. Bu noktada Mecelle’nin

³ İslam hukukunda borç (deyn) kavramı malvarlığının bir unsuru olarak kabul edilmekte ve terim anlamı “*zimmette sabit olan itibarî mal*” olarak ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Aydın, M. Âkif, “Deyn”, DİA, C. IX, İstanbul 1994, s. 267 (“Deyn”). *Senhûrî* ise, deyni “*zimmete taalluk eden ve konusu belirli bir meblağ para veya misli eşya olan iltizâm (yani borç ilişkisi)*” olarak tanımlamıştır. Deyn tanımı ve iltizam ile farkı hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Senhûrî, Abdürrezzak Ahmed es-Senhûrî, Mesâdirü'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî: Dirase Mukarene bi'l-Fıkhi'l-Garbî, C. I,2. bs, Beyrut 1998, s. 14-15.

İslam hukukunun yüzyıllardır süregelen fikhî birikiminden farklı yeni bir kodifikasyon olmadığı, bu nedenle Mecelle’yi temel almanın pratik bir faydasının bulunmadığı itirazı yöneltilebilir. Bu itiraza ise şöyle cevap verilebilir:

İçerik bakımından Mecelle’nin İslam hukuku doktrininden farklı hiçbir yeni içtihat ortaya koymadığı doğrudur. Ancak padişahın emri ile Mısır ve Arap yarımadası dışında kalan bütün Osmanlı coğrafyasında yürürlüğe giren Mecelle⁴, fıkıh kitaplarındaki bütün görüşleri ifade etmekten uzak olan ve kanunun tabiatı gereği sadece Osmanlı mahkemelerinde uygulanacak cari doktrin (mezhep) görüşlerini derleyen bir hukuk kaynağıdır. Ayrıca Mecelle’nin diğer kitaplarında olduğu gibi Havale Kitabı’nda da o dönemde uygulanan baskın görüşlerin yanında, bazı meselelerde dönemin ihtiyaçlarını dikkate alarak mezhep içindeki ikincil görüşlerin tercih edildiği olmuştur. Bu nedenle, İslam hukukunun klasik doktrinine göre farklılık arz eden söz konusu hususlara dayanılarak çalışmamızda, havale kurumunun Mecelle düzenlemesinden hareketle incelenmesi uygun görülmüştür.

Mecelle’deki birçok hukuki kavram ve kurum üzerine çeşitli araştırmalar olsa da dördüncü kitap olan Havale Kitabı üzerine tez veya bilimsel makale düzeyinde yapılmış çalışma sayısı oldukça sınırlıdır. Özellikle hukuk tarihçileri tarafından bu konu üzerinde pek fazla çalışılmamıştır. Türkiye’de yazılmış tezlere bakıldığında, bu konuda İlahiyat fakültesi bünyesinde yürütülmüş ve 1991 yılında tamamlanmış bir yüksek lisans tezi mevcuttur⁵. Bu tezin konusuna bakıldığında görüleceği üzere, hukuk tarihi bakımından önem arz eden, havalenin karşılaştırmalı hukuktaki tarihsel seyri ve nihayet Mecelle düzenlemesi yeterince ele alınmamış, ancak havalenin İslam hukukunun klasik doktrinindeki yeri kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Buradan yola çıkılarak ve bahsedilen hususlar da dikkate alınarak, İslam hukukundaki ve özellikle

⁴ Mısır’ın özerk statüsü ve Arap yarımadasının Hanefi mezhebi dışında kalması nedeniyle Mecelle bu bölgelerde uygulanmamıştır. Bkz: Aydın, Mehmet Âkif, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, DİA, C. XXVIII, Ankara 2003, (“*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*”), s. 233.

⁵ Şahin, Muzaffer, “İslam Hukukunda Borcun Nakli (Havale)”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1991, (*Havale*).

Mecelle'deki havale akdinin doktora tezi düzeyinde incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.

Tezimizde, öncelikle Türk hukuk tarihi bakımından önemli olan hukuk sistemlerinde karşılaşılan türlerine göre bir havale tasnifi yapılacaktır. Buna göre halihazırda İsviçre'den iktibas edilen bir borçlar hukuku sistemimizin olması nedeniyle, başta Roma hukuku ve diğer Kara Avrupası hukuk sistemleri, bununla birlikte Cumhuriyet öncesi dönemde yürürlükte olan İslam borçlar hukuku (muamelat) ve özellikle Mecelle incelenecektir. Türk hukuk tarihi bakımından önem taşıyan bu hukuk sistemlerine tarihsel bir yelpazede bakıldığında, karşılaşılan havale çeşitleri üç başlık altında toplanabilir. Bunlar, Roma hukuku ve onu takip eden Fransa, İtalya, Belçika ve İngiltere hukuklarında kabul edilen "borç havalesi"⁶; Alman hukuku, İsviçre hukuku ve onu takip eden Türk hukukunda kabul edilen sistem olan "havale işlemi"⁷ ve bu tezin esas konusunu oluşturan İslam hukuku ve özellikle de Mecelle kapsamında kabul edilen "havale akdi"⁸ sistemidir. İslam hukukunun düzenlediği havale akdinin hükümlerini ve işleyişini karşılaştırmalı olarak değerlendirebilmek adına, birinci bölümdeki genel tasnifin altında öncelikle bahsedilen bu sistemler incelenecektir. Nitekim havale akdi, hukuki nitelik ve konusu bakımından borcun nakli ve borç havalesi kavramlarına benzemekle birlikte, gözettiği iktisadi ve sosyal amaç bakımından havale işlemine benzemektedir. Bu nedenle, söz konusu sistemlerin de tezimiz kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Elbette ki, tezimizin esas konusunu oluşturması bakımından, İslam hukukundaki ve Mecelle'deki şekliyle havale akdi, diğer türlere göre daha geniş bir kapsamda ele alınacaktır. Bu bağlamda İslam hukuku doktrininde işlendiği şekilde havale akdinin kurulması, doğurduğu hüküm ve sonuçlar ile akdin sona ermesi

⁶ Kahraman, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (*Borcun Dış Üstlenilmesi*), s. 40 vd.

⁷ Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, 10. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 619 vd.

⁸ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye madde 673-700 için Bkz: Ek. 1; Düstur, C. I, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1289 (1872), s. 122-125.

meseleleri ayrı bölümlerde incelenecektir. Son bölümde ise uygulamada karşılaşılan havale meseleleri, kıymetli evrak hukuku bakımından havale ve özellikle Mecelle'nin havale düzenlemeleri üzerinde durulacaktır. Son olarak da havale akdinin Osmanlı'daki uygulama örneklerine yer verilmesi ve bu vesileyle İslam hukukundaki havale teorisine pratik bir bakış sağlanması planlanmaktadır.

Tezimizde temel olarak Hanefi mezhebinin doktrinine dayanan bir İslam havale (borcun nakli) teorisi ortaya konmaya çalışılacaktır. Hanefi mezhebi, esasında Ebu Hanîfe'nin hukuki ekolü olmakla birlikte, bazı konularda öğrencilerinin fikirleri hukuk tarihi bakımından daha etkili olmuştur. Bu nedenle onun mezhepte sözü geçen ve görüşleri hukuk kitaplarında zikredilen öğrencileri Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve İmam Züfer'in havale konusundaki görüşleri ve bunlarla ilgili doktrin tartışmaları da aktarılmaya çalışılacaktır. Hanefi mezhebinin yanında hukuk tarihi bakımından gerekli oldukça Şafii, Maliki, Hanbeli, Zahiri ve bazı Şii mezheplerinde karşılaşılan havale teorilerine de değinilecektir. Dileriz ki, böylelikle İslam hukukunda havale konusunda savunulan bütün hukuki görüşlerin ve bunlara dayanan uygulamaların bir eser altında derlenmesi sağlanabilir.

§ 1. HAVALEYE DAİR TEMEL MESELELER

I. GENEL OLARAK

İnsanoğlunun ticari ilişkilerinin tarihi, dolayısıyla da borcun ve borç ilişkilerinin tarihi çok eski zamanlara dayanır⁹. Borç ilişkisinin eski çağlardaki Mezopotamya ve Anadolu medeniyetlerinde, ciddi sonuçlar doğurabilen ve kişinin malvarlığı gibi şahıs varlığına ilişkin etkileri de olan bir hukuki ilişki olarak anlaşıldığı görülmektedir. Nitekim bu dönemlerde borcun ödenmemesi durumunda borçlunun kendisinin veya aile bireylerinin özgürlüğünün rehin verilmesini veya tamamen feda edilmesini düzenleyen hukuk metinlerine rastlanmaktadır¹⁰. Örneğin, Hammurabi Kanunlarının 117. paragrafında borçlunun ödeyemediği borcu için aile üyelerinden birisini alacaklının hizmetinde çalışmak üzere rehin bırakması ve bunun sınırları

⁹ Medeniyetin gelişimi, insanoğlunun tarıma geçişi ile ilişkilendirilse de tarım öncesi toplumlarda da ticari ilişkilerin izlerine rastlanmıştır. MÖ 18.000 ile 10.000 yılları arasında bugünkü Rusya'nın orta kısımlarında yaşayan, avcı toplayıcı ancak yerleşik hayata geçmiş bazı toplulukların, yaklaşık 800 kilometre uzaklıktaki Karadeniz bölgesinde yaşayan bazı gruplarla ticari ilişkilerinin bulunduğu tespit edilmiştir. Ancak bu ilişkilerin hukuki bir sisteme bağlanması, daha sonraki dönemlerde kurulan medeniyetlerde görülmektedir. Örneğin; esasında daha önceki medeniyetlerin hukuk birikimine dayansa da elimizde bulunan en eski kodifikasyon örneklerinden biri olan Hammurabi Kanunları, borç ilişkilerine ve ticaret hukukuna ilişkin bazı kurallar içermektedir (Sümerlerde çeşitli kanun metinleri olsa da bu denli kapsamlı bir kanunlaştırma mevcut değildir. Bkz: Tutkaoglu, U., "Babil Hukukunda Awilum, Muşkēnum ve Wardum", OANNES- Uluslararası Eskiçağ Tarihi Araştırmaları Dergisi, 2, 2020, s. 213; Weidner, Ernst, "Dünyanın En Eski Kanunnameleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)" (Çev. Hasan Sevimcan), AÜHFD, C. VII, Sayı:1, 1950, s. 382). Yaklaşık olarak MÖ XIX. ve XVI. yüzyıllar arasında hüküm süren Eski Babil İmparatorluğu'nda, imparator Hammurabi tarafından yasalaştırılan ve teknik bakımdan günümüz örneklerinden farklı olan Hammurabi Kanunları, örnek davalar üzerinden açıklanan kurallar bütünüdür. Bu kanunlarda sistematik bir borçlar hukukuna rastlanmasa da borcun şahsi bir ilişki niteliği taşıdığı ve onu ifa etmemenin ciddi yaptırımlar doğurduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Tosun, Mebrure / Yalvaç, Kadriye, Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, 2. bs., Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1989, s. 196; Stearns, Peter N. / Adas, Michael / Schwartz, Stuart B. / Gilbert, Marc Jason, World Civilizations: The Global Experience, Fourth Edition, Pearson Longman, New York 2004, s. 11.

¹⁰ Eski çağ medeniyetlerinden Sümerler, Akadlar, Babiller ve Hititlerden günümüze ulaşan kanun metinlerinde sıkça karşılaşılan borç köleliği kurumu ile ilgili geniş bilgi için Bkz: Dinçer, Mehtap, "Çivi Yazılı Kanun Metinlerinde 'Borç Köleliği' Olgusu", ASOBİD, C. I, Sayı:1, 2017, s. 21-40.

düzenlenmektedir¹¹. Ancak bu metinlerde borcun devri veya satışı konusunda açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, Antik döneme ilişkin kil tabletlerde kargo ve para havalelerine ilişkin kayıtlara rastlanmaktadır. Söz konusu para havaleleri kervanlarda günümüz bankalarının yerini tutan tüccarlar vasıtasıyla yapılmaktadır¹². Bu örneklerin günümüzde kabul edilen banka havaleleri ve havale işleminin en ilkel yöntemi olduğu kabul edilebilir.

Borcun ödenmemesi durumunda ortaya çıkan bu sonuçlar eski Türk töresinde de mevcuttur. Uygur Türklerine ait hukuk vesikalarında borç karşılığı aile bireylerinin, özellikle borçlunun oğlunun alacaklıya rehin olarak verildiği örneklerle karşılaşılmaktadır¹³. Borçlunun borcundan bu şekilde bütün şahıs varlığı ile sorumlu tutulması ve borç için öldürülme, kölelik veya hapis ile cezalandırılması zamanla yerini malvarlığı ile sorumluluk esasına bırakmıştır¹⁴. Kişinin borcunu ödeyememesi durumunda şahsı veya malvarlığı ile sorumlu olduğu durumda üçüncü bir kişinin onun borcunu ödeyerek, onu sorumluluktan kurtarması mümkündür. Bunun yanında ölüm sebebiyle borçların ve alacakların mirasçılara nakledilmesi anlamına gelen külli halefiyet de murisin şahsiyetinin mirasçının şahsiyetinde devam etmesi düşüncesi ile çok eski kanunlardan beri genel olarak kabul edilmiştir¹⁵. Ancak sağlar arasında bir işlem ile borcun nakledilmesi anlamına gelen cüzî halefiyet ve bir kişinin borçlu adına

¹¹ Johns, C. H. W., *Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters*, Charles Scribner's Sons, New York 1904, s. 30.

¹² Hukuki niteliğine ilişkin yeterli veri olmamakla birlikte para havalelerine ilişkin tablet metinlerinden anlaşıldığı üzere söz konusu yöntem, havale akdinde olduğu gibi borcun nakli üzerinden işletilmektedir. Tablet örnekleri ve Türkçe çevirileri için Bkz: Gümüş, Arif, "Asur Ticaret Kolonileri Döneminde (MÖ 1974-1719) Anadolu'da Muhasebe ve Finans Uygulamaları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya 2019, s. 69-71.

¹³ Caferoğlu, Ahmed, "Uygurlarda Hukuk ve Maliye İstihlamları", *Türkiyat Mecmuası*, C. IV, İstanbul 1934, 17-18. Erkek evladı rehin verme vesikaları için ayrıca Bkz: İzgi, Özkan, *Uygurların Siyasî ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1987, s. 95-97.

¹⁴ Kocayusufoğlu, Necip (ve Diğerleri), *Borçlar Hukukuna Giriş: Hukukî İşlem, Sözleşme*, C. I, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 29.

¹⁵ Ez-Zerka, Mustafa Ahmed / Sellâme, İbrahim Abdülhamid / Atiyye, Cemal, "el-Havale", *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, 18. bs., el-Va'yü'l-İslâmî, Kuveyt 2011, s. 35 ("el-Havale").

ödeme yapmaktan ziyade hukuken borçlunun yerini alması sisteminin gelişmesi çok uzun zaman almıştır.

Bu şekilde borcun üçüncü bir şahsa havalesi, tam olarak ne zaman doğduğu bilinmemekle beraber, özellikle ticari hayatta para transferleri, kredi ve ödemenin dünya genelinde karşılaşılan en eski yollarından biridir. Ortadoğu ve Hindistan alt kıtasında doğan bir yöntem olan “havale” teriminin kökeni ise Arapçadır¹⁶. Hz. Peygamber döneminde varit olan hadislere bakıldığında, en azından MS 610-632 yılları arasındaki peygamberlik döneminde havalenin bilinen bir yöntem olduğu söylenebilir. Fakat havale ile ilgili hadislerde, havale kurumunu tesis eden veya yeni bir olgu olarak tanımlayan bir delil yoktur. Buradan anlaşıldığına göre, ticari hayatın canlı olduğu Arap toplumunda, Hz. Peygamber’den önce de havale kurumu bilinmekte ve uygulanmaktadır. Ancak bu kurumun İslam öncesi Arap toplumundaki uygulamasına ilişkin elimizde yeterli veri yoktur¹⁷. Bununla birlikte bazı araştırmacılara göre, Yakındoğu’da *havale*, Hint alt kıtasında *hundi*, Uzak doğu ve Asya Pasifik’te *hui kuan*, *pedal* ya da *phi khan* (veya *phoe kuari*) olarak bilinen ve günümüzde kayıt dışı para transferi yöntemleri olarak kabul edilen nakil sistemlerinin tarihinin M.Ö. 3800 yılına kadar dayandığı söylenmektedir¹⁸.

¹⁶ Thompson, Edwina A., “An Introduction to the Concept and Origins of Hawala”, *Journal of the History of International Law*, 10, 2008, s. 83. Yine aynı eserde *Thompson*’ın belirttiğine göre Arapça havale terimi Afganistan ve Ortadoğu’da kullanılırken, Somalililer ise Afrika kıtasında karşılaşılan aynı uygulamayı karşılamak üzere “havlâd /hawilaad” terimini kullanırlar.

¹⁷ *Mahmasânî*, İslamiyet öncesi cahiliye dönemi Arap toplumlarında yazılı kanun geleneğinin olmadığını ve hukukun genellikle örf ve âdet hukuku ile kabile teamüllerine dayandığını belirtmektedir. Bununla birlikte bu dönemde de satım, karz, kefalet ve rehin gibi birçok akit türünün Araplar tarafından bilindiğini ve uygulandığını belirtmiş, ancak havale akdine ayrıca değinmemiştir. Fakat borcu ifa etmemenin sonuçlarının eski medeniyetlerde olduğu gibi Araplarda da şahıs varlığına ilişkin yaptırımlar içerdiğini ve borcunu ödemeyen kişinin alacaklısı tarafından köle olarak alıkonabileceği veya satılabileceğini ifade etmektedir. Bkz: Mahmasânî, Subhî, *el-Evdâ’ut-Teşri’iyye fi’l-Düvel el-Arabiyye*, 2. bs., Dârü’l-İlm lil-Melâyîn, Beyrut 1962, (*el-Evdâ’ut-Teşri’iyye*), s. 18-19, 78-80. Bununla birlikte Cahiliye Araplarında borç kavramı ile borçtan bütün malvarlığı, şahıs varlığı ve hatta aile üyeleri ile birlikte sorumlu olunması konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz: Ali, Cevad, “El-Mufassal fi Tarihi’l-Arab kable’l-İslâm”, C. V, 2. bs., Câmiatü Bağdâd, Bağdad 1993, s. 617-619.

¹⁸ Oswald, Charles A., “A Comparative Historical, Legal and Policy Analysis of Informal and Formal Money Transfer Systems”, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Saint Thomas University School of Law, Florida 2007, s. 59; Çınar, Ali Ekber, “Situating an Informal Funds Transfer

MS XII. ve XIV. yüzyıllar arasında yazıldıkları düşünülen¹⁹ Turfan yöresi Uygurlarına ait vesikalardan anlaşıldığına göre, Türk töresinde de borcun devrine rastlanmaktadır. *Arsal*'ın Uygur vesikalari arasında naklettiği bir gayrimenkul ipoteği sözleşmesinde, taraflardan biri, mevcut olan borçlarını karşı tarafın ödemesi şartı ile evini ona ipotek etmektedir. Bu vesikaya göre, Parça Toyın, Kartuk, Yumşak ve Kıta Bukay isimli şahıslara çeşitli borçları olan Tasık, senetleri alması ve söz konusu borçları ödemesi karşılığında üzüm bağını Turı'ya satmaktadır. Üç yıl içinde borç miktarını Turı'ya ödemesi durumunda, Turı üzüm bağını Tasık'a iade edecektir²⁰. Bu sözleşme bir geri alma şartı ile satış niteliğinde olsa da²¹ aynı zamanda bir borcun devri sözleşmesi niteliğindedir. Burada borcun bir ivaz karşılığında devredilmesi, muamelenin borcun nakli niteliği taşımasına engel değildir. Bunun gibi bazı vesikalarda da borçlunun borcunu ödemediği durumda borcu üstlenecek üçüncü kişi açıkça belirtilmiştir²². Bu örneklerde ise borcun ölüme bağlı tasarruf ile üçüncü şahsa devredildiği kabul edilebilir.

Yakın ve Orta Doğu'da durum bu şekilde iken, Avrupa'ya dönülecek olursa karşımıza modern hukuk sistemlerinin temeli olarak kabul edilen Roma Hukuku çıkacaktır²³. Roma Hukuku, MÖ VIII. yüzyıldan -Doğu Roma'nın devamı olan Bizans İmparatorluğu da sayıldığında- MS XV. yüzyıla kadar devam eden çok geniş bir dönemde oluşturulmuş, daha sonra ise kiliseler ve devamında farklı hukuk okulları

System in Islamic Legal Theory: The Origin of Hawala Revisited", Darulfunun İlahiyat, Cilt 33, Sayı 1, 2022, s. 2.

¹⁹ *Caferoğlu*, Kutadgu Bilig'de karşılaşılmayan Arapça ve Farsça kökenli bazı kelimelerin bu vesikalarda kullanılması nedeniyle, vesikalaların en azından MS XI. yüzyıldan sonra yazıldığı kesin olarak söylenebileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte vesikalarda geçen bazı hükümdar adlarına dayanarak metinlerin XII-XIV. yüzyıla ait olduğu tahmin edilmektedir. Bkz: *Caferoğlu*, s. 6; *Özyetgin, A. Melek*, "Eski Türklerde Ödeme Araçları: Kâğıt Para Çav'ın Kullanımı", *Modern Türklük Araştırmaları Dergisi*, C. I, Sayı:1, 2004, s. 92.

²⁰ Sözleşmenin tam metni için Bkz: *Arsal, Sadri Maksudi*, *Türk Tarihi ve Hukuk*, 2. bs., Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020, s. 77.

²¹ *Şahin, Abdullah Musab*, *Mecelle'de Vefaen Satış Sözleşmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, (*Vefaen Satış*), s. 6-7.

²² *Arsal*, s. 341; *Caferoğlu*, s. 10-11; *İzgi*, s. 73-74. Borç vesikalarında genel olarak karşılaşılan bu usule dair örnekler için ayrıca Bkz: *Keskin, Berker*, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri ve Söz Varlığı", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Türk Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı, İstanbul 2020, s. 468 vd.

²³ *Schwarz*, Roma hukukunu "*cihan hukuku*" olarak nitelendirmektedir. Bkz: *Schwarz, Andreas B.*, "Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku", *İÜHFİM*, C. XI, sayı 3-4, s. 181.

tarafından korunmuş bir hukuk sistemidir. Bu nedenle de dönemine göre, aynı konuda farklı düzenlemeleri içerebilmektedir. Ancak Roma hukukunun tüm dönemlerinde, borcun şahsi bir bağ olduğu fikrinden yola çıkılarak sağlar arasında borcun nakledilemeyeceği kabul edilmiştir²⁴. Dolayısıyla da bu sistemde havale konusunda İslam hukukundaki gibi bir sistem ortaya koyulamamış, farklı enstrümanlarla sosyal hayattaki bu ihtiyaç giderilmeye çalışılmıştır²⁵.

²⁴ Şahin, Havale, s. 14; Bardakoğlu, Ali “Havâle”, DİA, C. XVI, İstanbul 1997, s. 507-512, (“Havâle”), s. 507. Tarihsel gelişim dikkate alındığında, Roma Hukuku borçlar hukuku bakımından; eski ius civile devri, Praetor ius civile devri ve imparatorluk ius civile devri olmak üzere üç dönemde incelenmektedir.

Eski hukuk döneminden beri Roma’da borç ilişkisi borçlu ile alacaklının şahsında belirlenmiş bir ilişki olarak kabul edilir. Şahsi bir bağı ifade ettiği için, borcun ödenmemesi durumunda kişi borcundan bütün şahsıyla sorumludur. Bu dönemin yazılı hukuk kaynaklarından olan XII Levha Kanunları’nın 3. levhasında bu durum şöyle düzenlenmiştir: Borçlunun borcunu ödememesi durumunda mahkeme tarafından borçluya ödeme için 30 gün süre verilir (madde 4), bu süre sonunda hala borcun ödenmemesi durumunda alacaklı borçluyu zorla mahkemeye getirebilir (madde 5), ikinci kez mahkemeye çıkan borçlu borcunu yine ödemezse alacaklı kendisini 60 gün süreyle hapsedebilir ve zincire vurabilir (madde 6-8), bu süre içinde de borcun ödenmemesi durumunda takip eden üç iş günü içinde borçlu hakim karşısına çıkarılır ve borç miktarı Forum’da ilan edilir (madde 8), yapılan üç ilandan sonra hala borcu ödeyen birisi çıkmazsa borçlu alacaklısı tarafından köle olarak satılabilir (madde 9), birden fazla alacaklı olması durumunda alacaklılar payları oranında borçluyu parçalara ayırabilirler (madde 10). Bu son maddede bahsedilenin borçlunun kendisi değil malvarlığı olduğunu savunan yorumcular mevcuttur. Ancak o dönemde alacaklının borcunu ödememesi durumunda borçlusunu öldürme hakkı olduğu da kabul edilmektedir. Bkz: Scott, S. P., The Civil Law, vol. I, The Central Trust Company, Cincinnati 1932, s. 62-64; Somer, Pervin, “Roma Hukukunda Mahkûmiyet Kararına Rağmen Borcun İfa Edilmemesinin Borçlu Bakımından Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. VIII, S. 1-3, 1994, s. 223-227; Mommsen, Theodor, Roma Tarihi: Krallık Dönemi, Cilt I, (Çev. Mehmet Ali Erbak), Say Yayınları, İstanbul 2021, s. 117.

Praetor döneminde bu şahsi sorumluluk giderek azalmış ve imparatorluk döneminde bugünkü hukukumuza en yakın hale gelmiştir. Artık borçlu alacaklılara karşı sadece borcu oranındaki malvarlığı ile sorumlu olur. Borcu nedeniyle fiziksel bütünlüğüne ya da alacak miktarını aşan derecede malvarlığına dokunulmaz. Fetihlerle birlikte ticari hayatın gelişmesi sonucunda, MÖ IV. yüzyılda, borçlu hür kişinin borcunu ödeyene kadar alacaklının emri altında çalışma zorunluluğu kaldırılmış ve sözlü akit yoluyla yapılan kefalet yöntemi uygulanmaya başlanmıştır. Bkz: Tahiroğlu, Bülent, “Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet”, İÜHFİM, C. XLII, Sayı: 1-4, İstanbul 1976, s. 327-328 (“Kefalet”).

Ancak bu gelişime rağmen Roma hukukunda eskiden beri cari olan genel kural, yani borcun devredilmezliği prensibi, imparatorluk döneminin en önemli hukuk metni olan *Corpus Iuris Civilis*’te de korunmuş, haklar ve borçların yaşayan kişiler arasında intikal etmesi fikri kabul edilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, 14. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 169 vd.; Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2005, s. 38-39.

²⁵ İlerleyen bölümlerde, Roma hukukunda ve onu takip eden diğer hukuk sistemlerinde karşılaşılan yenileme ve borç havalesi yöntemleri ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz: § 1-V-A.

Borcun nakli konusunda iki farklı çizgide gelişen bu havale yöntemleri, Orta Çağ'da Avrupa ile Müslümanların etkileşimleri sonucu karşılaşma fırsatı bulmuştur. Müslümanlarla girişilen ticari ilişkiler ve haclı seferleri gibi etkileşimler vesilesiyle, havale kurumunun İspanya ve Sicilya üzerinden XII. yüzyılda Avrupa'ya taşındığı savunulmaktadır²⁶. Bunun gibi, Müslümanların özellikle ticarete süftece²⁷ ile birlikte kullandıkları havale yöntemlerinin de “*aval*” adı altında Avrupa'ya taşındığı söylenmektedir²⁸. Aval ile havale arasındaki dilsel ve hukuki benzerlik de bu durumu doğrular niteliktedir²⁹.

İslam hukuku terimi olan havalenin Avrupa hukuklarına etkisi konusunda zikredilen söz konusu iddiaların -kuvvetli olmakla birlikte- kesinlik arz ettiği söylenemez. Ancak kesin olarak söylenebilecek bir şey var ki, o da İslam hukukunda borcun naklinin kabul edilmesinin, Avrupa hukuklarında kabul görmesinden yüzyıllar öncesine dayanmasıdır. Roma hukukunun ve onun koyduğu borcun devredilmezliği prensibinin etkisinin zayıflaması ve Avrupa hukuklarında da borcun naklinin kabul görmesi, XIX. yüzyıl Pandekt hukukçularının çalışmaları neticesinde gerçekleşmiştir. Borcun sadece hukuki bir ilişki olmaktan öte, malvarlığının pasif bir unsuru olarak kabul edilmesiyle birlikte, bu pasif unsurun devredilebileceği fikri de kabul görmeye

²⁶ *Huvelin*'den naklen *Mahmasani*. Bkz: Mahmasani, Subhi, “Transactions in the Shari'a”, Ed. Majid Khadduri / Herbert J. Liebesny, Law in the Middle East, Vol. I, The Middle East Institute, Washington D.C. 1955, s. 202 (“*Transactions*”); Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 37.

²⁷ Süftece, İslam hukukunda kabul edilen, kambiyo senedi olarak da ifade edebileceğimiz bir fıkıh terimidir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kallek, Cengiz, “Süftece”, DİA, C. XXXVIII, İstanbul 2010, s. 19-21, (“*Süftece*”).

²⁸ Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, Clarendon Press, Oxford 1982, s.78; Mahmasani, “Transactions”, s. 202; Dietrich, A., “Hawâla”, EI2, vol. III, 1986, s. 283; Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 37.

²⁹ Esasen Fransız hukuku terimi olan aval, sonrasında Türk hukuku tarafından da iktibas edilmiştir. Türk hukukunda aval, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 700. ve 702. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Madde metinlerinden anlaşıldığı üzere, poliçe bedelinin kısmen veya tamamen ödenmesinin, poliçe borçlusu dışındaki üçüncü bir kişi veya poliçede imzası bulunan bir kişi tarafından teminat altına alınmasına aval denmektedir. İslam hukukunda karşılaşılan havale yönteminin de borçlunun borcunun ödenmesinin, üçüncü bir kişi tarafından teminat altına alınması işlevi taşıdığı düşünülürse, iki kurum arasında hukuki işlev bakımından benzerlik olduğu söylenebilir. Avalin kökeni hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 37. Türk hukukunda kabul edilen aval kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Aksu, Raziye, “Aval Kurumu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2015.

başlamıştır³⁰. Bu çalışmalar esasında, uygulamada karşılaşılan ancak hukuki zemini olmayan borcun nakli tasavvurunu, hukuki zemine taşıma çabalarıdır. Nitekim uzun doktrin tartışmaları neticesinde borcun nakli fikri, Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında kendisine yer bulabilmiştir³¹.

Havale, bu etkileşim sürecinde farklı ihtiyaçların ve hukuki gayelerin de devreye girmesiyle dönüşüm yaşamıştır. İslam hukukundaki orijinali borcun nakli gayesi güden bir akit muamelesi olmakla birlikte, Avrupa'daki gelişimi sadece borcun nakli ile kalmamıştır. Özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında borcun nakli müessesesi dışında, akdi temelden bağımsız bir ödeme ve kabul yetkilendirmesi niteliği taşıyan havale işlemi müessesesi tesis edilmiştir. Bu kırılmanın, devrin ekonomik ihtiyaçları ve finansal araçlarının gelişimine bağlı olduğu söylenebilir³². İslam hukuku doktrininde ise durum daha sabit kalmış ve havalenin bir ödeme yöntemi haline gelmesi noktasında Mecelle ile başlayan adımlar devam edememiştir³³. İslam hukukunu benimseyen bazı devletlerdeki modern kanunlaştırmalarda medeni havale ve banka havalesi şeklinde bir ayrıma gidilmiş ve medeni havale İslam fıkıhındaki klasik havaleyi ifade ederken, banka havalesi ise Batı kanunlarından alınan ve ticari işlerde borç dışında belirli miktar parayı da konu edinebilen havale işlemi ifade etmek üzere kullanılmıştır. İslam hukukunu benimseyen bazı ülkelerde uygulamada gelinen nokta borcun nakli ile havale işleminin ayrı düzenlenmesi olsa da ticari banka havalesi fıkıhın geliştirdiği değil, batıdan ithal edilen bir kurumdur³⁴. İhtiyatı elden

³⁰ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 1.

³¹ Cheron, Albert / Fahmy, Sadek, "İslam Hukukunda Özellikle Hanefi Mezhebine Göre Havale", (Çeviren: Halil Cin), AÜHFD, C. XXVIII, Sayı:1, 1971, s. 414. Tartışmanın tarafları ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 22-38. Tartışmanın temelini oluşturan borç üzerindeki hakların devri konusundaki tarihsel gelişim ve görüş ayrılıkları konusunda Bkz: Holdsworth, W. S., "Origins and Early History of Negotiable Instruments I", Law Quarterly Review, vol. 31:1, 1915, s. 18 vd. ("I").

³² Nitekim alacağın devri, borcun nakli ve kıymetli evrak kavramlarının tarihsel gelişimi, ticari hayatın gereklilikleri neticesinde uygulamada bulunan bazı pratik yollar ile antik hukukun katı ve şekilsel yaklaşımının kırılması ile mümkün olmuştur. Bkz: Holdsworth, I, s. 17.

³³ İslam hukukunun klasik doktrininden uzaklaşan ve farklı mezhep görüşlerini kabul eden havale maddeleri konusu ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz: § 5-I-B.

³⁴ Filistin'de 1928 yılında İngiliz mandası altında çıkarılan 47 sayılı Deynin Havalesi Kanunu, banka havaleleri ve ticari işlerde borç dışında paranın havalesini düzenleyen bir kanundur. Halen yürürlüktedir ve 1966 tarihli Ticaret Kanunu ile birlikte uygulanmaktadır. Bkz: El-Hacce, Emir Ahmed Fettuh, "Âsâr Akdi'l-Havaleti'l-Medeniyye: Dirase Mukarene", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Nablus Necah el-Vataniyye Üniversitesi, Filistin 2008, s. 10.

bırakmadan bu durumun sebebinin İslam hukukunda yaşanan fikrî durgunluk olduğu ve havale konusunda içtihadın en son Mecelle'deki haliyle donduğu ifade edilebilir.

Mecelle'den sonra Cumhuriyet Dönemi ile birlikte Türkiye'de İsviçre Borçlar Kanunu iktibas edilmiş ve borcun nakli ile havale işleminin ayrı düzenlendiği bir hukuk sistemi benimsenmiştir. Fakat İslam hukuku ve Mecelle ile yetişmiş hukukçular, bu kanunu kendi bildikleri tanımlarla tercüme etmiş ve havale işleminin tarafları ve işleyiş bakımından benzerliği neticesinde Mecelle'de borcun naklini ifade eden terimlerle havale işlemini tanımlamışlardır. Havale teriminin kendisi bile bu duruma örnek gösterilebilir. Böylelikle Türk hukukunda havale denilince borcun nakli değil, üç köşeli ve çifte yetkilendirme içeren bir hukuki işlem kastedilmeye başlanmıştır.

Elbette bu konunun sadece bir tercüme hatası olduğu söylenemez. Çünkü İsviçre / Türk medeni hukuk sisteminde kabul edilen borcun üstlenilmesi (nakli) kurumu ile İslam hukukunda kabul edilen havale (borcun nakli) birebir aynı kurumlar değildir. Borcun üstlenilmesinde, asıl borçlu borcun nakli ile tamamen borcundan kurtulurken, havalede muhilin yani havale edenin borçtan kurtulması muhalün aleyhin (borcu üstlenenin) borcu ödemesi şartına bağlı geçici bir kurtulmadır. Burada İslam hukukundaki havalenin, İsviçre / Türk sistemindeki havaleye yaklaştığı söylenebilir. Çünkü İsviçre / Türk hukukundaki havale işleminin sona ermesi ve havale edenin sorumluluğuna etkisi ile İslam hukukundaki havale akdinin hükümleri bu konuda oldukça benzerdir. Ancak iki kurumu ayıran iki önemli fark vardır. Birincisi İslam hukukundaki havale bir akit niteliği taşımaktadır. İsviçre / Türk sistemindeki havale ise çifte yetkilendirme içeren bir hukuki işlem niteliğindedir. İkincisi de İslam hukukundaki havalenin konusu sadece havale edenin malvarlığında yani zimmetinde sabit olan bir borç iken, İsviçre / Türk hukukunda böyle bir şart söz konusu değildir. Bu sisteme göre borç ilişkisine bağlı olmaksızın para, kıymetli evrak veya benzeri misli eşya havalenin konusu olabilir. Neticede Türk hukukundaki havale işleminin akit formundan uzaklaşıp konu bakımından da borç ile bağlı kalmaması, onu borçtan bağımsız bir ödeme yöntemi haline getirmiştir. Ekonomik ihtiyaçlar bakımından, bu

şekilde havale akdinin formunun kırılarak ve kapsamının genişletilerek daha etkin bir ödeme aracı haline getirildiği söylenebilir.

Doktrin açısından bakıldığında havale, İslam hukukunda Mecelle'den sonra bir tercih veya içtihat faaliyetine konu olmamıştır. İslam hukukunda havale tasavvuru, Mecelle ve muasırı olan Mısır Medeni Kanunu tasarısı Mürşid'ül-Hayrân ile çizilen şeklini korumaktadır. Ancak uygulama her zaman hukukun sınırları ile bağlı kalmaz. Uygulamada, özellikle terörün finansmanı kaygılarıyla ekonomik ambargo uygulanan bölgelerde havale bir ödeme aracı olarak etkin bir şekilde kullanılmaktadır. Hatta batı literatüründe havale terimi, çoğunlukla olumsuz anlamda, kayıt dışı piyasanın temel ödeme aracını ifade etmek için kullanılmaya başlanmıştır³⁵. Bu noktada içtihadın uygulamanın gerisinde kaldığı ve kitaplarda bahsedilen havale yöntemi ile uygulamada karşılaşılan havale yönteminin nitelik itibariyle farklılaştığı söylenebilir. Çalışmamızda da yeri geldikçe bu konudaki ayrıntılardan bahsedilecektir. Fakat hemen belirtmek gerekir ki, uluslararası ceza hukuku kapsamında incelenen ve terörün finansmanı yöntemleri arasında sayılan “havale”, tezimizin kapsamı dışında kalan ve ayrıca çalışılmayı gerektiren bir konudur.

Tezin esas konusunu İslam hukukunda borcun nakli olan havalenin oluşturması nedeniyle ve Türk hukuku bakımından bir kavram kargaşasına sebep olmamak için iki kurumun farklı ifade edilmesi uygun görülmüştür. Bu nedenle tezimiz kapsamında “havale akdi” ifadesi ile İslam hukukunda kabul edilen borcun nakli, “havale işlemi” ifadesi ile de İsviçre / Türk hukuk sisteminde kabul edilen ve çifte yetkilendirme niteliği taşıyan ödeme yöntemi kastedilmektedir. Bunların dışında kullanılan “havale” ifadesi bağlı bulunduğu kapsama göre anlamlandırılmalıdır.

³⁵ Thompson, s. 83 vd. Kayıt dışı para transferi sistemi olarak yabancı literatürde kullanılan “*hawala*” kavramının İslam hukukunda kabul edilen havale yöntemine dayanmadığı görüşü için Bkz: Çınar, s. 4, 23 vd.

II. HAVALE KAVRAMI

Havale kavramı, yüzyıllardır parasal ilişkilerin önemli bir unsuru olarak varlığını çeşitli görünüşler altında sürdürmektedir. Çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şekillere bürünse de genellikle borcun nakledilmesi veya kredi ihtiyacına cevap veren bir hukuki müessese olmuştur. Bu tez kapsamında incelenen havaleden maksat, İslam hukukunda kabul edilen ve borcun bir zimmetten diğer bir zimmete nakli anlamına gelen havale akdi yani borcun naklidir³⁶. Türk hukukunda kabul edilen ve bir çifte yetkilendirme işlemi olan havale ile İslam hukukundaki borcun nakli olan havale akdinin, farklı kurumları ifade etseler de tarihsel olarak birbirine bağlı gelişikleri söylenebilir. Biz de İslam hukukundaki havale akdinin ayrıntılarına geçmeden önce, havale kavramını ortak bir zeminde ele alarak havale tasavvurunun tarihsel gelişimini ve farklı hukuk sistemlerinde ne tür şekillere büründüğünü kısaca inceleyeceğiz.

Havale, batılı hukuk sistemlerine nazaran³⁷ İslam coğrafyasında çok daha eski zamanlardan beri uygulama alanı bulan, İslam hukukunda da Hz. Peygamber döneminden beri varlığını sürdüren bir müessese olmuştur. Ayrıca İslam hukuku doktrininde yani fıkıh kitapları ve resmi hukuk kaynaklarında “Kitâbu’l-Havâle” adı altında ayrı bir bölüm halinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İslam dünyasında durum bu şekilde iken, batıda havale tasavvurunun gelişebilmesi için öncelikle borcun nakledilebilmesi düşüncesinin gelişmesi gerekmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere, İsviçre / Türk medeni hukuk sistemindeki havale, borcun naklinden bağımsız

³⁶ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507; Bilmen, Ömer Nasuhi, “Hukukî İslâmîyye ve İstılahatı Fıkhiyye” Kamusu, C. VI, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul 1985, s. 286.

³⁷ Batılı hukuk sistemlerinin temelini oluşturan Roma hukukunda genel anlamıyla bir havale müessesesi olmadığı kabul edilir. Çünkü eski hukuk döneminden beri Roma’da, borç ilişkisi borçlu ile alacaklının şahsında belirlenmiş bir ilişkidir ve borcun borçlunun şahsından ayrılması düşünülemez. Bu nedenle Roma hukukunda, borçların devredilmezliği prensibinin hâkim olduğu söylenmektedir. Bkz: Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 37-84; Rado, s. 171 vd.; Cheron/Fahmy, s. 413. Roma borçlar hukukunda taraf değişiklikleri prensip olarak yenileme (*novatio*) ile yapılmaktadır. Ancak sosyal ve ekonomik hayatın gereklilikleri içinde Roma’da da alacağın temliki, borcun nakli veya ödeme havalesi gibi, borç ilişkisine üçüncü kişilerin katılmasına ilişkin ihtiyaçlar sadece yenileme ile karşılanamamış ve bu ihtiyacı gidermek için yenilemeyi temel alan farklı hukuki yöntemler gelişmiştir. Bu yöntemlerden biri olan “borç havalesi sistemi (*stipulatio debiti alieni*)”, devam eden bölümde incelenecektir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: § 1-V-A; Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 39 vd.

bir ödeme ve kabul yetkilendirmesi haline geldiyse de müessesenin temellerini borcun naklinde aramak gerekecektir. Nitekim havale işlemi, kendisini doğuran ödeme ihtiyacına hizmet edebilmesi için, borcun nakli ile sınırlı bir akit olmayı aşarak, hukuki sebepten bağımsız ödeme ve kabul yetkilendirmesi içeren bir hukuki işleme dönüşmek zorundadır. Aksi takdirde iktisadi hayatta üç köşeli ödeme ilişkilerini, konusu yalnızca borç olabilen bir akit ile karşılayabilmek mümkün gözükmemektedir.

İslam hukukunda parasal ilişkilerde akde bağlı kalınması prensibinin³⁸ bu noktada havalenin dönüşümünü sınırlayan bir etken olduğu düşünülebilir. Ancak uygulama, hukukun sınırlarına bağlı kalmaksızın ihtiyaçlarını gidermenin bir yolunu her zaman olduğu gibi yine bulmuştur. Her ne kadar kayıt dışı para transferlerinde karşımıza çıksa da bizim için önemli olan havale uygulamasının güncel hayatta izini takip edebilmektir. Daha önce de bahsedildiği üzere 11 Eylül saldırıları ile batıda başlayan terörle mücadele furyası sonucu banka işlemleri sıkı takibe alınan bölgelerde, para transferi ihtiyacı büyük oranda havale kurumu ile karşılanmaktadır. Havale ile sadece bir borcun ödenmesinin amaçlandığı durumlar olduğu gibi, kredi verme ya da herhangi başka bir ödeme işleminin gerçekleştirilmesi de söz konusudur. Bu noktada havale uygulamasının hukukun kontrolü dışında gelişimini sürdürdüğü ve İsviçre / Türk hukukundaki havale işlemine yaklaştığı söylenebilir. Bu havale uygulamalarında önceden mevcut olan bir borcun söz konusu olmaması nedeniyle İslam hukukuna göre meşruiyeti tartışmalı olmakla birlikte, bahsedildiği gibi bu uygulamalar genellikle herhangi bir hukuki sistemin denetimi olmaksızın gerçekleşmektedir³⁹.

³⁸ Bakara Suresi, 282. ve 283. ayetleri (müdâyene ayeti) ve bu ayetlerle sadır olan temel prensipler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, Abdullah, “Müdâyene Âyetinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, CÜİFD, cilt 4, 2000, s. 195-197, (“Müdâyene Âyeti”); Karayaka, Hüseyin, “Akit Hürriyetinin Kur’ânî Dayanakları”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı 36, 2020, s. 241-243.

³⁹ Uluslararası fon kuruluşları ve çeşitli araştırmacılar söz konusu havale uygulamalarının denetimini sağlayabilecek çeşitli yöntemler üzerinde halen çalışmalarını sürdürmektedir. Bkz: International Monetary Fund, Regulatory Frameworks for Hawala and Other Remittance Systems, Monetary and Financial Systems Department, Washington, D.C., 2005; Passas, Nikos, “Hawala and Other Informal Value Transfer Systems: How to Regulate Them?”, Risk Management, vol. 5, 2003, s. 49-59. Ayrıca Birleşik Arap Emirlikleri Merkez Bankası, havale uygulamalarının suiistimalinin engellenmesi ve finansal kontrolünün sağlanması için çeşitli uluslararası havale kongreleri düzenlemiştir. 15-16 Mayıs 2002 tarihinde gerçekleşen ilk havale

Havale konusunda İslam hukuku doktrininde ortaya konan modern dönem eserleri ve kanunlaştırmaları dikkate alındığında özellikle İslam hukuku mirasından halen istifade eden Arap ülkelerinin havale doktrinlerinde karşımıza çıkan bir meseleye daha değinmek elzemdir. Özellikle Osmanlı Devleti'nin dağılması ile İslam ülkelerinde siyasi birliğin yanında hukuki birlik de bozulmuştur. İslam coğrafyasında Osmanlı hakimiyetinin devam ettiği XIX. yüzyıla kadar farklı coğrafyalar için farklı değerlendirmeler yapmak gerekmezken, özellikle Arap ülkelerinin batılı devletlerin manda ve himayelerine girmesi ve dolayısıyla batılı hukuk sistemleri ile İslam hukukunun uygulama alanının kesişmesi, bu dönemden sonrası için her bölge bakımından farklı bir doktrin değerlendirmesi yapmamızı gerektirmektedir. Bu değerlendirmelerde hâkim rol elbette ki Fransız Medeni Kanunu ile İslam muamelat hukuku pratiğini birlikte ihtiva eden Mısır doktrinine aittir. Diğer Arap ülkeleri ise Mecelle'nin hakimiyet alanından çıktıktan sonra az veya çok Fransız Medeni Kanunu veya Mısır Medeni Kanunu'nu örnek alarak kanunlaştırmalar yapmıştır⁴⁰. Mısır doktrini ve pratikte onu takip eden güncel İslam hukuku doktrininde XIX. yüzyıl sonrasında, İslam hukukunun klasik bablarından biri olan ve sadece borcun nakli için kullanılan havale kavramı⁴¹, medeni hukukun genel hükümlerinde “borç ilişkisinin intikali” (*intikalü'l-iltizâm*) başlığı altında incelenmektedir. Buna göre iltizamın bir kişiden diğer bir kişiye intikali iki çeşittir: Hakkın havalesi (*havaletü'l-hak; cession de créance*) ve deynin havalesi (*havaletü'd-deyn; cession de dette*)⁴². Hakkın havalesi hukuk literatürü bakımından alacağın temliki anlamına gelirken, deynin havalesi ise borcun üstlenilmesi veya borcun nakli anlamında kullanılmaktadır. Bu ayırım ile birlikte alacak ve borcu içeren borç ilişkisinin pasif unsuru gibi aktif unsuru olan

kongresinde kabul edilen ortak bildiri için Bkz: Central Bank of the U.A.E., “Abu Dhabi Declaration on Hawala”, Homeland Security Digital Library, <https://www.hsdl.org/?view&did=455469> (E.T. 6.1.2022).

⁴⁰ Mecelle sonrasında Arap ülkelerinde görülen medeni hukuk gelişmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Uysal, Afra, “Mecelle'nin Arap Ülkelerindeki Yürürlüğü”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Sayı: 1, İstanbul 2022, <https://dergipark.org.tr/pub/imuhfd/issue/69681/1111030> (E. T. 6.6.2022).

⁴¹ Senhûrî, el-Vasît, C. III, s. 422.

⁴² Es-Senhûrî, Abdürrezzak Ahmed, el-Vasît fi Şer' el-Kânûn el-Medenî el-Cedîd: Nazariyyetü'l-İltizâm bivechi'l-Âm, C. III, Beyrut, t.y., s. 413. Bununla birlikte hakkın havalesi ve deynin havalesi kavramlarının aralarında zaman farkı olmaksızın İslam hukuku tarafından birlikte kabul gören kurumlar olduğu da ifade edilmektedir. Bkz: Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 36.

alacağın da üçüncü bir şahsa nakledilmesi kabul edilmiş olmaktadır. Bu durum alacağın temlikî konusunda İslam hukukunun klasik yorumu ile oldukça farklıdır⁴³. Ancak tezimizin konusu dışında kalması nedeniyle bu konu hakkında daha fazla ayrıntıya girilmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Bu vesileyle üzerinde durulması gereken şey, havale kavramının klasik İslam hukuku eserleri ve doktrininde borcun nakli anlamında kullanılırken, XIX. yüzyıl sonrası batı hukuku etkileşimi ile gelişen güncel İslam hukuku doktrininde alacağın temlikî ve borcun naklini içine alan üst bir kavram olarak değerlendirilmesidir. Havale kavramındaki bu dönüşüm, İslam borçlar hukuku bakımından oldukça kritik bir kırılma noktası olarak kabul edilebilir⁴⁴.

Havalenin İsviçre kanunlarındaki gelişimi de benzer bir şekilde olmuştur. Havale ilişkisi, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda bir vekalet sözleşmesi olarak tanımlanırken, sonraki kanunlarda akit niteliğinden uzaklaşmış ve çift taraflı yetki verme işlemine dönüşmüştür⁴⁵. Her ne kadar söz konusu iki sistemde havale ilişkisine temel teşkil eden akit tipleri farklı olsa da görünen o ki, akit temelinden bağımsız bir ödeme ilişkisi tasavvuru o dönemde İsviçre'de de tam olarak gelişmemiştir.

İslam hukuku doktrininde kabul edilen anlamıyla havale (حوالة), Arapça havav-lam (حول) kökünden gelmektedir. Sözlükte mutlak nakil, değiştirmek, bir halden başka bir hale getirmek olarak geçen havale, ayn veya deyn⁴⁶ -yani borç için

⁴³ Klasik fıkıh literatürüne göre alacağın temlikî, Maliki mezhebi dışındaki mezheplere göre caiz değildir. Malikiler ise hazır bulunsun veya bulunmasın borçlunun rızası olmaksızın alacağın temlikîni kabul etmezler. İmam Mâlik'ten nakledildiği üzere alacağın başkasına nakledilmesi ancak borçlunun rızası ile mümkündür. Bkz: Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Ebî Âmir el-Asbahî el-Yemenî (ö. 179/795), (Haz. Muhammed Mustafa A'zamî), el-Muvatta', C. IV, Müesseses Zâyed b. Sultân, Abu Dabi 2004, s. 974; Senhûrî, Mesadirü'l-Hak, C. V, s. 75-77. Hakkın havalesi konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz: Şehhâte, Şefik, Muhâdarât fi'l-Kânun el-Medenî: Havâletü'l-Hak fi Kavânin el-Bilâd el-Arabiyye, Ma'hed ed-Dirâsât el-Arabiyye el-Âliyye, Kahire 1954, s. 10 vd.

⁴⁴ Klasik havale doktrininde mukayyet havale ile dolaylı olarak kabul edilen alacağın temlikî kurumunun doğrudan hakkın havalesi şeklinde düzenlenmesi ve bu konuda bir doktrin oluşması İslam borçlar hukukunun güncel pratiği bakımından oldukça önemlidir.

⁴⁵ Özakman, Cumhuriyet, "Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü", İÜHF, C. XI, İstanbul 1975, s. 263.

⁴⁶ Burada deyn illa para borcu olarak algılanmamalıdır. Nitekim paranın yanında kıymetli evrak veya sair misli eşya da deyn kapsamına alınabilir. Ancak havale işlemi ile havale akdi arasındaki

kullanılabilir⁴⁷. Hukuki terim olarak ise, bir borcun bir zimmetten⁴⁸ başka bir zimmete, yani bir kişiden başka bir kişiye nakledilmesidir ki, bu surette o borcun ikinci zimmet sahibinden talep edilmesi gerekir⁴⁹. Burada bahsedilen terim anlamı elbette ki, İslam hukukundaki havaledir. Havalenin kökeninin İslam hukuku veya onunla aynı coğrafyada uygulanagelen örf ve âdet hukuku olduğu düşünülürse, havalenin anlamını burada aramak tabiidir. Bununla birlikte havale uygulamasında, havalename veya kambiyo senetleri gibi bir evrak karşısında veya bir vezneden ödenecek bir meblağ için ödeme emri anlamını da kazanmıştır⁵⁰.

İsviçre ve Türk hukuku doktrinlerinde baskın olarak kabul edilen havale tanımı ise, İslam hukukundaki havaleden bazı noktalarda ayrılmaktadır. Şöyle ki, ileride de anlatılacağı üzere İsviçre / Türk hukukunda havale, havale edenin havale ödeyicisine bir miktar parayı, kıymetli evrakı veya sair misli eşyayı havale alıcısına ödeme yetkisi verirken, aynı zamanda havale alıcısına da kendisine gönderilen havale konusunu kendi namına ve havale eden hesabına kabul etme yetkisi vermesidir⁵¹. Buna göre havale, çifte yetki veren üç köşeli bir hukuki işlemdir. İslam hukukunda kabul edilen havaleden farklı olarak, havale işleminin sebebi havale alıcısı ile havale eden arasındaki temel ilişkide yatan bir borç olsa da havale ilişkisi bu borçtan bağımsız bir işlemdir. Ödeme niyetiyle yapılsa bile, havale işlemi ile borç kendiliğinden havale ödeyicisinin zimmetine geçmez. Havale ödeyicisinin kabulü ile temel ilişkiden

temel fark borcun niteliği değil, taraflar arasında temel bir borç ilişkisinin varlığının mecburi olup olmamasıdır.

⁴⁷ Bilmen, C. VI, s. 286; Şahin, Havale, s. 20; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

⁴⁸ Zimmet, İslam hukukunda hak ve borçların varlık zemini olarak tanımlanmaktadır. Bkz: Kaya, Eyyüp Said / Hacak, Hasan, “Zimmet”, DİA, C. XLIV, İstanbul 2013, s. 424; Akman, Ahmet, İslâm Hukuku’nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, (*Akdî Mesuliyet*), s. 26. Türk hukukunda ise çeşitli anlamlarda kullanılmakla birlikte, konumuz bakımından malvarlığı, mal edinme/ temellük veya bir ticaret kuruluşunun borçlarının tümü anlamları tercih edilebilir. Bkz: T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, “zimmet”, <https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/Z> (E.T. 20.12.2020).

⁴⁹ Cessâs, Şerhu Muhtasari’t-Tahâvî, C. III, s. 221; Nesefti, Kenzu’d-Dekâ’ik, s. 458; Bilmen, C. VI, s. 286.

⁵⁰ Huart, Cl., “Havâle”, İslam Ansiklopedisi, C. V, 1. Kısım, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1987, s. 375. Havalenin kazandığı bu anlam, akit formunun onun havale işlemindeki gibi bir ödeme emri haline dönüşmesine engel olamadığını da göstermektedir.

⁵¹ Özakman, s. 255.

bağımsız bir borç doğmuş olur⁵². Havale, havale ödeyicisinin ödemesi veya ödememesi ile sonuçlanıncaya kadar, ilk borçluya yani havale edene başvuru imkanını ortadan kaldırır⁵³. Konusu bakımından farklı olsa bile, havale edene (muhile) başvuru imkanını geçici olarak kaldırması bakımından, havale akdinin havale işlemine benzediği söylenebilir.

Roma ve Fransız hukukunda karşılaşılan borç havalesinde ise, İslam hukukundaki gibi bir borcun ödenmesi amacı güdülmekle birlikte, gerçekleşen işlem de yenileme yoluyla borcun bir nevi naklidir. Bu müessesenin İslam hukukundaki havaleden ayrılan yönü ise, borç havalesinde, havale akdindeki gibi borcun yan hakları ve def'ileriyle aynı şekilde başka bir zimmete nakledilmesi söz konusu değildir. Borç havalesi ile ilk borçlunun, üçüncü bir kişiye kendisi yerine borcu üstlenmesi için talimat vermesi ve alacaklının da bu durumu kabul ederek üçüncü kişiyle bir taraf yenileme anlaşması yapmaları durumunda, alacaklıya olan borcu sona erer ve ikinci borçlu ile, yani havaleyi üstlenenle alacaklı arasında yeni bir borç ilişkisi kurulmuş olur⁵⁴. Bu sistem, borcun nakli bakımından havale akdine benzese de aynı konuda ilkinden bağımsız yeni bir borç doğurması ile de havale işlemine benzemektedir.

Havale kavramı konusunda bu farklı yaklaşımlara kısaca değindikten sonra İslam hukukunda havalenin mahiyetini incelemek yerinde olacaktır. Havale kavramının bu farklı görünümleri hakkında ayrıntılı bilgi ilerleyen bölümlerde verilecektir.

III. HAVALENİN MAHİYETİ

Hukuk, esasında evrensel olarak bir bütündür. Hukuki sistemleri farklılaştıran şey, kabul edilen çözüm yöntemlerinden çok, her birinin arkasında yatan felsefe ve

⁵² Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 12. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 636.

⁵³ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 926.

⁵⁴ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 41-43.

hizmet ettiği üstün değerlerdir. Nitekim insanların adalet hissi kişiden kişiye değişmemekte, kabul edilen felsefi normlar sebebiyle adil bulunan çözüm etkilenebilmektedir. Pozitif hukuk, tabii hukuk ya da sosyalist hukuk sistemleri farklı felsefelere dayanırken, İslam hukukunun esas aldığı felsefe ise İslam dininin kabul ettiği temel prensiplere dayanmaktadır. Bu noktada İslam hukukunun gözettiği en temel konulardan biri de iktisadi hayatta zorluk içinde kalan kişinin güçlü tarafından ezilmesini önlemektir. Sosyal adaleti sağlamak ancak bu şekilde mümkün olabilir. Nitekim İslam hukukunun zekât ve sadaka hükümlerinde borçlunun, yolda kalanın ya da yoksulun öncelikli olarak sayılması da bunu göstermektedir⁵⁵.

Havalenin önemini göstermesi bakımından Hz. Peygamber döneminden rivayet edilen bir vaka oldukça önemlidir. Şöyle ki; bir gün Hz. Peygamber'e namazını kılması için bir cenaze getirilmiştir. Cenaze sahiplerinin bu talebi üzerine Hz. Peygamber ölenin geride bir mal bırakıp bırakmadığını sorar. Cevap, ölenin geride bir mal bırakmadığı yönündedir. Bunun üzerine Hz. Peygamber ölenin borcu olup olmadığını sorar. Oradakiler, ölenin üç dinar borcu olduğu cevabını verirler. Bunun üzerine Hz. Peygamber cenaze namazını kendisi kıldırmak istemez ve hazır bulunanlara arkadaşlarının namazını kılmalarını buyurur. Bunun üzerine Ebu Katâde, *"Ya Resulallah! Cenaze namazını kıldırınız. Onun borcunu ben üstlendim"*, deyince Hz. Peygamber borçlunun cenaze namazını kıldırmıştır⁵⁶.

İslam dininden önce Arap kavimleri arasında uygulandığı anlaşılan havale akdinin, İslam hukuku tarafından da kabul görmesinin en önemli sebebi, gözetilen üstün yarardır. Havalenin gözettiği, borçlunun dar boğazdan kurtarılması ve aynı zamanda alacağına ulaşamayarak mağdur duruma düşen alacaklının hakkının teslim edilmesi amaçları bir kenara bırakılacak olursa, havale İslam hukukunun genel

⁵⁵ Bakara, 2/177, 215; Tevbe, 9/60.

⁵⁶ Buhari, Havâlât, 3, Kefâlet, 3; Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil b. İbrâhîm el-Cu'fi el-Buhârî (ö. 256/870), Sahih el-Buhârî (nşr. Dârü's-Selâm lin-Neşr vet'Tevzî'), Riyad 1997, s. 449-451; Şahin, Havale, s. 10. Bu hadise dayanarak, bir kişinin ölümünden sonra da borcunun, kendisine borçlu olan bir kimse tarafından üstlenilebileceğini kabul eden Hanbeli mezhebinin görüşü için Bkz: Cheron / Fahmy, s. 418-420.

prensiplerine uygun bir akit değildir. Çünkü İslam hukukunda borcun bir borç karşılığında satışı, faizi engellemek adına genellikle caiz görülmemiştir⁵⁷. Örneğin havale akdinin çeşitlerinden biri olan mukayyet havalede, muhalün aleyhin muhile olan borcunu, muhilin muhalün lehe olan borcunu üstlenerek ödemesi söz konusu olabilir. Bu da muhilin muhalün aleyhte olan alacağını, ona muhalün lehe olan borcu bedelinde satması anlamına gelebilir.

Bu örnekten de anlaşıldığı gibi borcun havale yoluyla nakli, bir borcun diğer bir borç (alacak) karşılığında satılması mahiyeti taşıyabilir. İslam hukukçularının çoğuna göre de borcun borç ile mübadelesi caiz değildir⁵⁸. Bu genel prensibe rağmen, sosyal hayatta duyulan ihtiyaç neticesinde insanlara kolaylık ve müsamaha gösterilmek adına, bütün İslam hukuku (fıkıh) mezheplerinde havale caiz kabul edilmiştir⁵⁹.

Batı hukuklarında alacağın temlikinin, borcun naklinden çok daha önce gelişmiş olmasına rağmen İslam hukukunda ise bunun aksine borcun nakli kurumlaşırken, alacağın temlikinin gelişmesi çok daha uzun süre almıştır. Önceleri alacağın sadece miras yoluyla nakli kabul edilirken, daha sonra sınırlı da olsa akit yoluyla nakledilmesi kabul edilmiştir⁶⁰. Bunun sebebi olarak da alacağın hukuki işlemlere konu edilmesi konusunda İslam hukukçularının, hukuki ilişkilerde güvenin

⁵⁷ Satım akdinde mebi' ve semenin her ikisinin de deyn olması durumunda öncelikle sarf akdinden söz edilir. Bkz: Bardakoğlu, Ali, "Bey", DİA, C. VI, İstanbul 1992, s. 14 ("Bey"). Sarf akdinde ileri sürülen şartlar ise tamamen para mübadelelerinde faiz ihtimalini ortadan kaldırmaya yönelik şartlardır. Bkz: Aybakan, Bilal, "Sarf", DİA, C. XXXVI, İstanbul 2009, s. 138 ("Sarf"). Sarf akdinin şartlarına uymayan, para mübadelesi değil de borç satışı niteliği taşıyan, akit konusu deynler arasında miktar veya vade farkının olduğu diğer akitlere "bey'u'd-deyn bi'd-deyn" denilmekte ve genellikle bu tür akitler caiz görülmemektedir. Hanefiler ise deynin satışını borçluya satış ve üçüncü kişiye satış olarak ikiye ayırmakta ve deynin sadece borçluya satışına cevaz vermektedirler. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kara, Yakup, "İslam Hukuku'nda Deyn'in Deyn Karşılığında Satımı", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 20, 2012, s. 398-399; Kararât ve Tavsiyât (1958-2019), 4. bs., Mecmau'l-Fıkh el-İslamî, 2020, s. 323.

⁵⁸ Râfî, Fethu'l-aziz, C. X, s. 338.

⁵⁹ Zeyla'î, Tebyînu'l-Hakâik, C. IV, s. 171; Şîrâzî, el-Mühezzeb, C. II, s. 143; Desûki, Haşiyetü'd-Desûki, C. III, s. 325; İbn Kudâme, el-Muğnî, C. IV, s. 390. Bilmen, C. VI, s. 299; Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, İstanbul 2013, s. 563 (*Mukayeseli İslam Hukuku*); Bardakoğlu, "Havâle", s. 508.

⁶⁰ Bardakoğlu, "Havâle", s. 507; Senhûrî, Mesadirül-Hak, C. V, s. 77.

sağlanması ve üçüncü kişilerin haklarının korunması amacıyla muhalif bir tavır sergilemeleri gösterilebilir⁶¹.

Havalede karşılaşılabilecek söz konusu sakıncalar karşısında İslam hukuku borçluyu ve alacaklıyı korumayı tercih etmiş ve istisnai olarak havale akdini caiz kabul etmiştir. Peki havale akdinin daha önce bahsedildiği şekilde akit formundan çıkarılarak ve borç dışında para, kıymetli evrak veya sair misli eşya için bir ödeme yetkisi olarak kabul edilmesi, İslam hukukunun koruduğu bu dengeyi bozar mı? Yani İslam hukukunda kabul edilen havale akdinin borcun naklini aşarak bir ödeme ve kredi yöntemi haline gelmesi mümkün müdür? Avrupa hukuklarında havale konusunda yaşanan dönüşüm, İslam hukukunda içtihadın donması sonucu olmayıp kasıtlı olarak tercih edilmemiş olabilir mi?

Bu soruların cevaplarını bulabilmek için, akit formundan uzak bir havale yönteminin İslam hukukunun temel gayelerinden olan zayıfı koruma ilkesi kapsamında borçlunun durumunu ağırlaştırma veya iktisadi hayatı tehlikeye sokma gibi sonuçlar doğurup doğurmadığına bakmak gerekir. Eğer öyle ise havalenin bir ödeme yöntemi haline gelmesinin kasıtlı olarak istenmediği söylenebilir. Çünkü bu gaye nedeniyle İslam hukukunda hukuki işlemlerin, özellikle alacak-verecek işlerinin akde dayanması ve yaşanabilecek uyuşmazlıkların asgari düzeye indirilmesi istenmektedir⁶². Günümüzde EFT veya banka havalesi yoluyla yapılan para transferleri, hukuken geçerli işlemler olarak kabul edilmiş ve bankanın bu işlemleri hizmet veya vekalet akdine dayandırılmıştır⁶³. Yine kredi kartları ile yapılan ödeme

⁶¹ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

⁶² Kur’an-ı Kerim’de sadece akde bağlılık değil, bunun yanında borçlanmaların yazışma ve şahitlerle belgelenmesinin istenmesi (Bakara, 2/282), taraflar arasında alışverişten kaynaklanan uyuşmazlıkların en aza indirgenmesi ve toplumsal huzurun ticari ilişkilerle tehdit edilmesine fırsat vermemek için olmalıdır. Bkz: Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

⁶³ Bu konuda Din İşleri Yüksek Kurulu’nun fetva derleminde geçen 983 numaralı fetva metni şöyledir:

“Bir borcun EFT ve havale gibi yollarla gönderilmesi karşılığında ücret ödenmesi caiz midir? Bir borç EFT veya havale gibi para transfer yollarıyla ödenir ve bu işlemde dolayı masraf olursa verilen hizmetin karşılığı olarak makul bir ücretin alınması caizdir. Zira havale işlemi esnasında verilen hizmet, vekâlet akdi kapsamında değerlendirilebileceği gibi hizmet alım akdi olarak da değerlendirilebilir. Her iki akitte de ücret almak caiz görülmüştür”. Bkz: Din İşleri Yüksek Kurulu, Fetvalar, TDV Yayınları, 4. bs., Ankara 2018, s. 510.

işlemleri, bazı fetva meclislerince havale akdinin içerisinde değerlendirilmekte ve caiz görülmektedir⁶⁴. Dolayısıyla güncel fihhi yorumlarda da borcun nakli veya ödeme işlemlerinin akdi bir temele dayanması prensibine bağlı kalındığı görülmektedir. Ancak hukuk sistemi olarak, banka havalelerinin havale işlemi kurumuna dayandığı düşünülürse, uygulamada fihhi olarak geçerli kabul edilen işlemlerin esasında İsviçre / Türk hukukunda kabul edilen havale işleminin bir türü olduğu görülecektir⁶⁵. Yani akde bağlılık esası metin olarak korunmak istense de uygulamada *de facto* olarak var olan durum, hukuken geçerli kabul edilerek bir nevi meşruiyet kazanmıştır. Bu nedenle havale akdinin yeni fihhi içtihatlarla konu olarak, akdi temelden bağımsız bir hukuki zemine oturtulmasında bir sakınca olmamalıdır.

IV. İSLAM HUKUKUNUN TEMEL KAYNAKLARINDA HAVALE

Bu mesele güncel kaynaklarda genellikle havalenin meşruiyeti başlığı altında ele alınmaktadır⁶⁶. Bir kurumun İslam hukuku bakımından meşru kabul edilmesi demek, söz konusu kurumun İslam hukukunun kaynakları bakımından hukuka uygun bulunması ya da hukuka aykırı bulunmaması demektir. Yani bir hukuki kurum İslam hukuku kaynaklarında açıkça caiz olarak kabul edilebileceği gibi, bu kaynaklarda söz konusu kurumun caiz olmadığına ilişkin bir delilin bulunmaması da yeterlidir. Nitekim İslam hukukunda genel olarak kabul edilen “*Eşyada asıl olan ibâhadır*” ilkesi⁶⁷ gereği

⁶⁴ Bu konudaki bir fetva örneği için Bkz: Mufti Muhammad Ibn Adam, Question no. 6139: “Credit Cards and Contracts Involving Three Parties”, Darul Iftaa, Leicester-UK, 15.02.2005, <https://daruliftaa.com/business-trade/credit-cards-and-contracts-involving-three-parties/> (E.T. 12.12.2021).

⁶⁵ İslami bankacılık literatüründe banka havalesi, (*havale masrifiyye*) veya (*havale nakdiyye*) olarak geçmektedir. Hukuki nitelik itibariyle ise, banka havalesinin klasik doktrinde kabul edilen havale akdinden farklı olduğu, bankalar ve müşteriler arasında gerçekleşen bu para transferlerinin borcun naklinden ziyade yerine göre vekalet akdi veya alım satıma dayandığı ifade edilmektedir. Bkz: Şebîr, Muhammed Osman, el-Muâmelâtü'l-Mâliyyetü'l-Muâsiratü: Fi'l-Fikhi'l-İslâmî, 6. bs., Dârü'n-Nefâis, Amman 2007, s. 276-278.

⁶⁶ Ebu'l-Ala, Huseyn Abdu'l-Mecîd Huseyn, Ahkâmü'l-Havâle fi Fikhi'l-İslâmî, Matbaatu's-Safâ ve'l-Merva, Asyut/Mısır, (tarih yok), s. 6-9; Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 34-45.

⁶⁷ İbaha, mubah sıfatının mastar halidir. Mubah ise fıkıh literatüründe Şariin mükellefi yapıp yapmamakta serbest bıraktığı fiilleri ifade etmek için kullanılan bir hukuk terimidir. Fıkıhta kişiye verilen bazı izin ve yetkiler de ibaha terimi ile ifade edilir. Mubah kavramı ve söz konusu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Dönmez, İbrahim Kâfî, “Mubah”, DİA, C. XXX, İstanbul 2005, s. 340 (“*Mubah*”).

havalenin temel kaynaklarda yasaklanmamış olması, meşru bulunması için yeterlidir. Dolayısıyla bir kurumun hukuken geçerli kabul edilebilmesi için İslam hukuku kaynaklarında yasaklanmamış olması yeterlidir. Havale konusunda ise İslam hukukunun kaynaklarında böyle bir yasakla karşılaşılmamaktadır.

İslam hukuku metodolojisine göre, bütün kaynakların üzerinde olan en temel kaynak Kur'an-ı Kerim ayetleri, sonrasında ise Hz. Peygamber'in söz ve davranışlarıdır. Bu kaynaklar İslam hukuku bakımından üst normu temsil eder ve "nas" olarak adlandırılır⁶⁸. Yani diğer bütün hukuki kaynakların Kur'an ve Sünnet'e aykırı olmaması gerekir. Çünkü Kur'an ve Sünnet ilahi vahye dayanır. Dolayısıyla İslam hukukuna göre Kuran ve Sünnet'te hata bulunmaz. Buna göre İslam hukukunun temel kaynağı hukukçuların içtihatları değil, ilahi vahiydir⁶⁹. Bu temel kaynaklardan sonra ise hukukçuların içtihatlarına dayanan kaynaklar gelmektedir. *Seviğ*'in naklettiği üzere, *Snouck-Hurgronje* Fransızca bir makalesinde Kitap ve Sünnet'i İslam hukukunun tarihi kaynakları olarak tanımlarken, içerik bakımından bu iki kaynağı kapsayan icmâyı fikhin dogmatik esası ve kıyası da fikhin mantıki esası olarak nitelendirmiştir⁷⁰.

Binaenaleyh havaleyle ilişkin delilleri de öncelikle Kur'an ve Sünnet'te aramak gerekir. Kur'an-ı Kerim'de borçlar hukukuna ilişkin genel prensipler yer almakla

⁶⁸ Nas, genel terim anlamı itibariyle Kuran ve Sünnet'in ifadelerine denir. Bu anlamıyla nas, vahyin metinsel verilerini ifade etmektedir. Dolayısıyla da yasama faaliyetlerinin (teşriî) ve dini bilgilerin temelini oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Apaydın, H. Yunus, "Nas", DİA, C. XXXII, İstanbul 2006, s. 391 ("Nas").

⁶⁹ Hz. Peygamber bir insandır ancak yaşayışı, söz ve davranışları ilahi denetime tabidir. Hz. Peygamber'in vahiyle uyarıldığı ve düzeltildiği örnekler mevcuttur. Bu nedenle Sünnet'in de vahye dayandığı kabul edilmektedir. *İmam Şafîî*, İslam hukuku metodolojisi alanında günümüze ulaşan ilk eser olan *er-Risâle*'sinde, Kur'an-ı Kerim'in birçok ayetinde Kitap ile birlikte anılan ve itaat edilmesi emredilen Hikmet'in Hz. Peygamber'in sünneti olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz: Bakara, 2/129,151; Âl-i İmran, 3/164; Ahzâb, 33/34; Şafîî, Muhammed b. İdris eş-Şafîî (ö. 204/820), *er-Risâle* (İslam Hukukunun Kaynakları), (Çeviren: Şener, Abdülkadir / Çalışkan, İbrahim), TDV Yayınları, 4. bs., Ankara 2010, s. 50-52.

⁷⁰ Seviğ, Vasfi Raşid, "Fıkıh ve Medeni Kanun", AÜHFD, C. VIII, Sayı: 3, 1951, s. 222; Karakoç, İrem, "Roma Özel Hukuku ile Osmanlı Özel Hukukundaki Gelişmeler Bağlamında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Özellikleri", I. Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Ed. Fethi Gedikli, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 96.

birlikte havaleyle ilişkin açık bir delil bulunmamaktadır⁷¹. Fakat Sünnet'te mevcuttur. Klasik fıkıh kitaplarının çoğunda da açıkça belirtildiği üzere havalenin hukuki dayanağı Hz. Peygamber'in bir hadisi şerifine, yani bir nassa dayanmaktadır⁷². Hz. Peygamber (s.a.v.), Ebu Hureyre'den (r.a.) rivayet edilen bir hadisinde şöyle buyurmuştur: “Zengin bir insanın borcunu ödememekte ısrar etmesi zulümdür; herhangi biriniz, ödeme gücü olan birine havale edildiğiniz zaman bunu kabul etsin”⁷³. Görüldüğü gibi, hadis-i şerifin açık ifadesi havale işleminin hukuken meşru kabul edildiğini göstermektedir⁷⁴. Dolayısıyla doktrinde karşılaşılan tartışmalar havalenin meşruiyetinden çok, hadisin hükmünün emir veya ibaha olması konusundadır⁷⁵. Metinde geçen emir kipinin hükmünün emir niteliğinde olduğunu ve havaleyi kabul etmenin zorunluluğunu savunan görüşler olduğu gibi, doktrinde ağırlıkta olan görüşe göre Sünnet'te geçen ifade emir anlamı taşımamaktadır ve taraflar havaleyi kabul edip etmemekte serbesttirler⁷⁶.

Davud ez-Zahiri'ye göre bu hadis vücup⁷⁷ hükmündedir. *İbn Hazm* ve bir rivayete göre *Ahmed b. Hanbel* de bu görüştedir. *Zahiri* ve *Hanbeli* mezheplerine göre

⁷¹ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

⁷² Kudûrî, et-Tecrîd, C. VI, s. 2981; Cessâs, C. III, s. 221; Semerkandî, Tuhfetü'l-Fukahâ', C. III, s. 247; Merğînânî, el-Hidâye, C. III, s. 99; Ebu'l-Alâ, s. 6.

⁷³ Buhârî, Havâlât 1, 2, İstikrâz 12; Nesâî, Büyü' 100, 101; İbn Mâce, Sadakât 8; Müslim, Müsâkât 33; Ebû Dâvûd, Büyü' 10; Tirmizî, Büyü' 68. Ayrıca Bkz: Kudûrî, et-Tecrîd, VI, 2981; Mâlik b. Enes, C. IV, s. 972; Bilmen, C. VI, s. 298; Şahin, Havale, s. 22; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 563. Havale hadisine ilişkin bütün rivayetler ve ayrıntılı incelemeleri için Bkz: Ebu Zeyd, Bekir b. Abdullah, Tahbîrü'l-Makâle fî Hadîs el-Havâle, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 1984, s. 15 vd.

⁷⁴ *Ebu Zeyd*'e göre, klasik fıkıh kitaplarında hakkında tek bir hadisin varit olduğu fıkıh babı olarak sadece havale bölümü gösterilebilir. Bkz: Ebu Zeyd, s. 9.

⁷⁵ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

⁷⁶ İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-Kadîr, C. VII, s. 239; Ebu'l-Alâ, s. 7; Şahin, Havale, s. 23; Zühaylî, Vehbe ez-Zühaylî, el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu, C. V, 2. bs., Dâru'l-Fıkr, Dimeşk 1985, s. 163. Bu konudaki ihtilafın esas sebebi havale hadisinin metin kısmındaki farklı rivayetlerden kaynaklanmaktadır. Hadis metnindeki iki cümlenin “fe” bağlacı ile bağlandığı rivayete dayananlar ikinci cümlenin emir anlamı taşıdığını ve bu nedenle havaleyi kabul etmenin vacip olduğu sonucunu çıkarırken, “vav” bağlacı ile bağlandığı rivayete dayanan cumhura göre ikinci cümle emir anlamı taşımamaktadır. Bu dil bilgisi ihtilafı, havalenin fıkhi hükmü konusundaki ihtilafın temelini oluşturmaktadır. Bkz: İbn Hümâm, C. VII, s. 239; Râfî, C. X, s. 337; Ebu Zeyd, s. 35-36.

⁷⁷ Vücup, vacip sıfatının master halidir. Vacip ise, terim olarak İslam hukukunda Şariin (Yaratıcının iradesi yani Kur'an ve Sünnet delili) yapılmasını mükelleften kesin ve bağlayıcı biçimde istediği fiildir. Farz ile eş anlamlı olmasına rağmen Hanefilere göre vacipte delillerin zanni olması nedeniyle farzdan bir derece aşağıda kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Dönmez, İbrahim Kâfi, “Vâcip”, DİA, C. XLII, İstanbul 2012, s. 410-414 (“Vâcip”).

söz konusu hadisin vücup ifade etmesinden dolayı, ödeme gücü olan zengin bir kimse üzerine yapılan havalenin kabul edilmesi zorunludur⁷⁸. Diğer bir rivayete göre ise *Ahmed b. Hanbel* ve Hanbelilere göre havale nedb⁷⁹ veya istihbab ifade eder⁸⁰. Bu konuda hukukçuların çoğunluğunun görüşüne göre ise söz konusu hadis bir emir yani vücup değil de nedb (istihbab) niteliğindedir. Bu görüşe göre havale emri, ödeme gücü olmayana kolaylık sağlamak için varit olmuş olup, vücup ifade etmemektedir⁸¹. Hanefilere göre de hadisteki emir ibaha içindir⁸². İmam Şafii'ye göre de bu hadise göre havaleyi kabul etmek muhalün leh bakımından menduptur⁸³. Bir rivayete göre İmam Malik, bu hadisteki emrin teşvik için olduğunu ve muhalün leh bakımından bağlayıcı (ilzami) olmadığı görüşündedir⁸⁴.

Hz. Peygamber döneminde bahsedilen hadisle İslam hukuku bakımından meşru bulunduğu sabit olan havale, ondan sonraki dönemlerde de uygulanmaya devam etmiş ve bu konuda hukukçular arasında herhangi bir itiraz söz konusu olmamıştır. İslam hukukunun kanun hukukundan ziyade hukukçular hukuku⁸⁵ niteliği taşıdığı göz önünde tutulursa doktrin görüşlerinin uygulama bakımından taşıdığı önem daha iyi anlaşılacaktır.

⁷⁸ İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 239; Bilmen, C. VI, s. 299; Saleem, Muhammad Yusuf, *Islamic Commercial Law*, John Wiley & Sons, Singapur 2013, s. 139; Zühayli, C. V, s. 163.

⁷⁹ Nedb, mendup sıfatının mastar halidir. Mendup ise, İslam hukuku literatüründe Şariin yapılmasını kesin ve bağlayıcı olmayan bir şekilde istediği fiil için kullanılan bir hukuk terimidir. Ayrıntı için Bkz: Koca, Ferhat, "Mendup", DİA, XXIX, Ankara 2004, s. 128-130.

⁸⁰ Şahin, Havale, s. 23; Saleem, s. 139.

⁸¹ Bilmen, C. VI, s. 299; Şahin, Havale, s. 23; Saleem, s. 139; Ebu'l-Alâ, s. 19.

⁸² Mevsilî, el-İhtiyâr, C. III, s. 3.

⁸³ Râfî, C. X, s. 337; Şahin, Havale, s. 9, 23.

⁸⁴ Şahin, Havale, s. 23.

⁸⁵ Schwarz'ın da belirttiği gibi hukuk sistemleri hukukçular hukuku (*Juristen recht*), kanunlar hukuku (*Geetzesrecht*) ile örf ve âdet hukuku anlamına gelen halk hukuku (*Volksrecht*) şeklinde tasnif edilebilir. İslam hukuku da Roma hukuku (*civil law*) ve İngiliz hukuku (*common law*) gibi evrensel nitelikte sayılabilecek tam anlamıyla bir hukukçular hukukudur. Bkz: Schwarz, s. 186. İslam hukukunun temelini oluşturan Kuran ve Sünnet, hukukçuların içtihatlarından bağımsız olmakla birlikte bu temelin üzerine geliştirilen hukuk nosyonu büyük oranda hukukçuların içtihatları ile oluşturulmuştur. Bu konuda ayrıca Bkz: Karakoç, s. 103. Bununla birlikte Aydın da İslam hukukunun siyasi otoriteden çok ilmî otoriteye bağlı olarak geliştiğini ifade etmektedir. Bkz: Aydın, M. Âkif, *Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, İSAM Yayınları, Ankara 2020, ("*Osmanlı Hukuku*"), s. 43.

İslam hukuku açısından havale, ikinci olarak icmâya dayandırılmaktadır⁸⁶. İslami literatürde taşıdığı terim anlamına göre icmâ (*icmâ-yı ümmet*), Müslüman toplumundaki müçtehit hukukçuların, Hz. Peygamber'in vefatından sonraki herhangi bir zaman diliminde karşılaşılan meselelerin hükmü konusunda fikir birliği etmeleri demektir⁸⁷. İcmâ delili, kuvvet bakımından nasdan sonra gelen en güçlü hukuki kaynaktır. Havale konusunda fukaha arasında icmâ olduğu, Hanefî mezhebinden *İbnü'l-Hümâm*, Şafii mezhebinden *Remlî* ve Hanbeli mezhebinden de *İbn Kudâme* gibi hukukçular tarafından nakledilmiştir⁸⁸.

Sahabe döneminde de çeşitli havale uygulamaları ile karşılaşmaktadır. Bu konuda kaynaklarda özellikle iki önemli örneğe rastlanmaktadır. İlk olarak Hz. Osman'a havalede tevânın gerçekleştiği muhalün aleyhin müflis olarak ölmesi ihtimalinin sorulduğu ve bu durumda Hz. Osman'ın muhile rücuyla kabul ettiği görülmektedir⁸⁹. İkinci olarak da Hz. Ali ile Müseyyeb arasında geçen havale örneği⁹⁰, alacağın temlik işlevi de gördüğünden önemlidir. Sahabe ve devamında tabiin dönemlerinde bunlar gibi başka havale uygulamaları ve yargılama örnekleri de mevcuttur⁹¹.

Sonrasında içtihat faaliyetlerine dayanan aklî delillere bakılacak olursa, havalenin her ikisi de teminat akdi olması bakımından kefalete kıyasen geçerli kabul edildiği söylenmektedir. Bunun yanında insan ilişkilerinde havaleye duyulan ihtiyaç ve özellikle mukayyet havale durumunda borçlunun borcunu başka birinden olan alacağı ile ödeme kolaylığının olması nedeniyle havalenin zarureten kabul edilmesi gerekmektedir⁹². İslam hukukçularının genel kabulüne göre havalenin meşruiyeti

⁸⁶ Zeyla'î, C. IV, s. 171; İbn Hümâm, C. VII, s. 239; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm min Şerhi-Mecelleti'l-Ahkâm*, C. II, İstanbul 1316 (1900/1901), (C. II), s. 261.

⁸⁷ Dönmez, İbrahim Kâfi, "İcmâ", DİA, C. XXI, İstanbul 2000, s. 417 ("*İcmâ*").

⁸⁸ İbn Hümâm, C. VII, s. 239; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, C. IV, s. 421; İbn Kudâme, C. IV, s. 390; Ebu'l-Alâ, s. 8.

⁸⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, C. VI, s. 393; İbn Kudâme, C. IV, s. 393; Ebu Zeyd, s. 42; Bardakoğlu, "Havâle", s. 508.

⁹⁰ İbn Hazm, C. VI, s. 393-394; Ebu Zeyd, s. 43; Bardakoğlu, "Havâle", s. 507.

⁹¹ Tabiin döneminin meşhur kadılarında Kadı Şüreyh'in yargılama örnekleri ve Hasan-ı Basrî gibi bazı tabiin dönemi alimlerinden nakledilen havale örnekleri için Bkz: Ebu Zeyd, s. 43-46.

⁹² Bâbertî, *el-İnâye*, C. VII, s. 238; İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 238; Ebu'l-Alâ, s. 9.

Sünnet ve icma ile sabit olup⁹³, akli deliller de havalenin gerekliliğine işaret etmektedir⁹⁴.

İslam hukuku literatüründe ilk dönem hadis mecmualarının havale bölümlerinde, İslam'ın ilk yüzyılındaki havale geleneğinin aktarıldığı, daha sonraki hukuk kitaplarında ise ikinci yüzyıldan itibaren kazuistik olarak gelişen İslam hukuku literatürü ve Müslüman toplumların havale konusundaki uygulamalarının yansıtıldığı söylenebilir⁹⁵. Bununla birlikte söz konusu kaynaklarda havale kavramı konusunda bir farklılık görülmemektedir. Sonuç olarak, İslamiyet öncesinde uygulanagelen bir yöntem olduğu anlaşılan havalenin İslam hukukunda da geçerli kabul edilerek uygulanmaya devam ettiği, temel kaynaklardan Sünnet, icmâ ve kıyas ile sabittir⁹⁶.

V. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE KARŞILAŞILAN HAVALE YÖNTEMLERİ

Havalenin farklı hukuk sistemlerinde kabul edilen, farklı çeşitleri mevcuttur. Genel olarak bakıldığında, bir hukuk sisteminde yapılan ayırımın, diğer bir hukuk sistemindeki havale kurumunu kavramayı kolaylaştırdığı görülebilir. Bazı hususlar ise, inceleyeceğimiz her hukuk sisteminde karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle tezimiz kapsamında havale akdinin ayrıntılarına geçmeden önce, özellikle Türk hukuk tarihi bakımından önemli olan diğer hukuk sistemlerinde karşılaşılan havale yöntemlerine de kısaca temas edilecektir.

Her ne kadar, zaman ve mekân bakımından var olmuş bütün havale türlerini inceleme imkânımız olmasa da Türkiye coğrafyasının İslam hukukuyla olan tarihsel bağı ve Kara Avrupası hukukuna ait güncel pratiği, bize, havale bakımından birçok hukuk sistemini içine alan bir değerlendirme yapabilme imkânı tanımaktadır. Genel

⁹³ Zühaylî, C. V, s. 163.

⁹⁴ Bâbertî, C. VII, s. 239; İbn Kudâme, C. IV, s. 390; Ebu Zeyd, s. 37; Şahin, Havale, s. 22.

⁹⁵ Bardakoğlu, "Havâle", s. 508.

⁹⁶ Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, "el-Havale", s. 36.

olarak, bir kişinin borç veya başka bir temel ilişkiye dayanarak, maddi değer taşıyan bir varlığı muhatabına ödeme veya devretme yükümlülüğünü üçüncü bir kişiye, hukuki işlem, yenileme veya bir sözleşme ile devretmesi ya da bu konuda onu yetkilendirmesi, karşılaşılan bütün havale türlerinin ortak noktasını oluşturur. Farklı sistemlerde nakledilen değer veya devredilen yetkinin içeriğine göre farklı şekillerde nitelendirilse de havale başlığı altında bu örnekleri toplamamızın temel nedeni, baz aldığımız kriterin, bu örneklerin her birinde havale yani nakil iradesinin varlığının aranmasıdır. Nitekim havalenin özü, kişinin başkası hesabına hareket etmesinin yanında, aynı zamanda onun verdiği talimat üzerine hareket etmesidir⁹⁷.

Burada İslam hukukundaki havale akdinin aslında bir borç nakli olduğu ve havale işlemlerinden ayrı tutulması gerektiği itirazında bulunulabilir. Bu itiraza cevabımız ise şu şekildedir: Havale akdinde nakledilen değer bir borç olmak zorunda olması işleme borcun nakli niteliği kazandırıyor olsa da İslam hukukunda taşıdığı mahiyet gereği burada tarafların aynı zamanda ifa yetkisini de devretme iradesi taşınması gerekir⁹⁸. Nitekim Avrupa hukukları temelinde gelişen havale teorisinin doğuşu da borcun nakli tasavvurunun gelişmesi ve borç naklinin bir ödeme yöntemi haline dönüştürülmesi ile gerçekleşmiştir. Bu nedenle söz konusu kurumların borç tasavvuru ve borcun nakli ihtiyacına bağlı olarak doğup gelişmesi de bu üç farklı kurumu aynı başlık altında inceleyebilmemizi sağlar⁹⁹. Karşılaşılan bu havale çeşitleri,

⁹⁷ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 40, dn. 136.

⁹⁸ Nitekim alacaklı, havale akdi olmaksızın üçüncü kişinin ifasını kabul etmek zorunda değildir. Bkz: Yahya, s. 105. Bununla birlikte 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nun ilk şerhlerinden olan Sabri Şakir (Ansay) / Fuad Hulusi (Demirelli) şerhinde havale bahsi anlatılırken madde 457 ve devamındaki havale hükümlerinin Mecelle'de kabul edilenden daha geniş kapsamlı bir kurum olduğu ifade edilmiştir. "...Halbuki bu kanunumuzun havaleye verdiği mana daha şümüllüdür. Ve bir deynin mevcudiyeti yani muhilin muhalün lehe medyun olması akdin bir rüknü olmayıp tâli ve ârizi bir keyfiyettir..." Bkz: Sabri Şakir / Fuad Hulusi, Borçlar Kanunu Şerhi: Akdin Muhtelif Nevileri, C. II, Yeni Matbaa, İstanbul 1926, s. 276.

⁹⁹ Nitekim Düren de eserinde *delegatio* ile borçlar hukuku anlamındaki havale işleminin hukuki niteliklerini birlikte kıyaslamaktadır. Bkz: Düren, s. 9. *Delegatio* esasında yetki devrine dayanan üç köşeli bir havale ilişkisi olup, Roma hukukunda alacağın temlik veya borcun nakli kurumları yerine başvuru bir yöntemdir. Halen bazı hukuk sistemlerinde uygulanan bu yöntem, borcun nakli amacıyla borçlu değişimini konu alıyorsa pasif havale (borç havalesi, *delegatio debiti*), alacağın temlik gibi alacaklının değişimini hedefliyorsa aktif havale (*delegatio nominis*) olarak adlandırılmaktadır. Hala güncelliğini koruması ve tezimizin esas konusunu oluşturan havale akdinin de borcu konu alması nedeniyle, çalışmamızda sadece borç havalesi (*delegatio debiti*) üzerinde durulacaktır. Yeri geldikçe *delegatio nominis*'e temas etmekle yetinilecektir. Aktif

üç tür olarak sıralanabilir: “borç havalesi”, “havale işlemi” ve “havale akdi”. Bunlardan borç havalesi ve havale işlemi Kara Avrupası ülkelerinde ortaya çıkan türler iken, havale akdi İslam hukuku ve Mecelle’de karşımıza çıkmaktadır.

Kara Avrupası’ndaki hukuki gelişime biraz daha yakından bakacak olursak, havalenin uygulanması bakımından, kendi içinde neden böyle bir ayrımın ortaya çıktığını daha net anlayabiliriz. Tarih boyunca Avrupa hukuk sistemlerinin oluşmasında etkili olan başlıca iki hukuk sistemi vardır. Bunlar Roma hukuku ve Cermen hukukudur. Roma hukuku, Roma İmparatorluğunun siyasi birliği altında ve sonrasında yüzyıllar içinde hukukçular tarafından oluşturulmuş bir hukuk iken, Cermen hukuku Avrupa devletlerinin örf ve âdet hukukuna dayanan yerel hukuklarıdır. Kara Avrupası hukukunun genel olarak bir Roma-Cermen hukuk sistemi olduğu söylenebilir¹⁰⁰. Devletler bazında bakıldığında ise, tarihsel gelişimlerinde bazılarında Roma hukuku, bazılarında ise Cermen hukuku daha baskın rol oynamıştır¹⁰¹. Örneğin, kantonlardan oluşan Federal İsviçre’nin hukuk kanunları,

havale / pasif havale ayrımı ve *delegatio* çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Düren, s. 10, 34-38; Üçer, Mehmet, “Roma Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, AÜHFD, C. LIV, Sayı: 3, Ankara 2005, s. 401-402; Yahya, s. 25 vd.

¹⁰⁰ Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 113. Cermen kavimlerinin Roma’yı istilası sonrasında Roma hukukunu kendi yerel hukuklarıyla birlikte uygulama yöntemleri bakımından geçirilen evreler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Karakoç, s. 64.

¹⁰¹ Batı Romanın yıkılışı ile birlikte (MS 476) Roma hukuku Avrupa’da etkisini kaybetmiş, kültürüne yabancı olduğu Bizans’ta (Doğu Roma’da) da varlığını çok fazla koruyamamıştır. Yine de Bizanslılar yasaklara rağmen Roma hukukunu şerh ve yorumlarla yeni bir Bizans hukukuna dönüştürmeyi başarmışlardır. Roma hukukunun VI. ve XI. yüzyıllar arasında yok olmasını engelleyen, esas hukuki malzemesini ondan alan Kilise hukuku olmuştur. Bu durgunluktan sonra Roma hukukunun ikinci hayatı, XI. yüzyıl sonunda ve XII. yüzyılda Avrupa’da tekrar çalışılmasıyla başlar. XI. yüzyılda Bolonya’da kurulan üniversitedeki hocaların *Corpus Iuris Civilis*’i “*Glossa*” adı verilen notlarla açıklamaları Glossatorlar ve sonrasında da Post Glossatorlar döneminin başlamasına sebep olmuştur. Buradan yayılan etki ile Roma hukuku XII. ve XIII. yüzyıllarda Fransa’da, XIII. ve XIV. yüzyıllarda İsviçre’de etkili olmaya başlamıştır. Roma hukuku öncesinde bu bölgelerde örf ve âdet hukuku olan Cermen hukuku daha baskındır. XVI. yüzyılda örf ve âdet hukukunu yazılı hale getirme çabası, Roma hukukunun etkisini de biraz frenlemiştir. XVI. ve XVII. yüzyılda “*usus modernus Pandectarum*” (Pandektlerin modern şekilde kullanılması) akımı ile birlikte Roma hukuku birçok Avrupa ülkesinde iktibas edilmiştir. Bu iktibas İtalya, Fransa, İspanya, Portekiz, Hollanda ve Almanya gibi bütün Avrupa ülkelerini kapsamıştır. Roma hukuku Alman (Cermen) devletlerinde XV. ve XVI. yüzyıldan, Alman Medeni Kanunu (BGB)’nin yürürlüğe girdiği XX. yüzyıl başına kadar uygulanmıştır. Pandekt hukuku (yani Roma özel hukukunun Alman doktrini yorumu) Avrupa devletleri ve eyaletleri arasında müşterek hukuk (*ius commune*) haline gelmiştir. XVIII. yüzyılda müşterek hukuka karşı ortaya çıkan tabii hukuk akımı 1794 Prusya

Roma hukukundan çok Cermen hukukunun etkisini taşımaktadır. Cermen ırkıyla özdeşleşen Almanya'nın ise, eyaletlerinde Cermen hukuku etkin olmakla birlikte, kodifikasyonlarında Roma hukukundan daha çok etkilendiği kabul edilmektedir. Fransa'nın meşhur Medeni Kanunu Code Civil'in bilinenin aksine, Roma hukukundan çok Cermen hukukunun izlerini taşıdığı, ama neticede milli bir kanun olarak ortaya çıktığı savunulmaktadır¹⁰².

Roma hukukunun etkilerinin XVI. yüzyıl ve Rönesans ile yeniden artmasıyla birlikte bu hukukun şekilci yapısı Avrupa'da tekrar etki kazanmıştır. Cermen hukukunun baskın olduğu veya tercih edildiği bölgelerde ise Roma hukukunun söz konusu etkileri daha zayıftır. Havale ve kıymetli evrak konusunda yaşanan kırılmanın sebebi Roma ve Cermen hukuk usullerindeki farklılıkta yatmaktadır. Cermen hukuku borcu doğuran hukuki sebeple ilgilenirken, Roma hukuku dava yetkisi ile ilgilenmektedir. Cermen hukukuna göre tek taraflı irade beyanının veya sözleşmenin mevcudiyeti, hak temlikinin gerçekleşmesi için yeterli hukuki sebebi oluşturmaktadır. Ancak Roma hukuku burada borçlu veya alacaklının dava yetkisinin olup olmadığına bakar¹⁰³. Yani Roma hukukuna göre dava yetkisine sahip olmayan bir kişinin borcu

Medeni Kanunu (ALR)'yi, 1804 Fransız Medeni Kanunu (Code Civil)'i ve 1811 Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)'yi etkilemiştir. XIX. yüzyıl başlarında gelişen tarihi hukuk ekolü ve devamında gelişen Pandekt hukuk ilmi de Alman Medeni Kanunu (BGB)'yi etkilemiş ve hukukun sistemleştirilmesinde etkili olmuşlardır. Roma hukuku daha çok borçlar ve eşya hukukunda iktibas edilmiş; şahıs, aile ve miras hukukunda daha çok örf ve âdet hukuku benimsenmiştir. BGB'de Roma hukukunun etkisi, İsviçre / Türk hukukundakinden daha fazladır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Umut, Ziya, "Eski Hukuklar Arasında Roma Hukukunun Bazı Özellikleri", Anadolu Araştırmaları, Sayı 12, s. 145-146; Küçük, Eşref, "XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", AÜHF, C. LVI, Sayı 4, Ankara 2007; Tahiroğlu / Erdoğan, s. 97-116. 1871'de Alman İmparatorluğu'nun kurulması ve eyaletleri arasında siyasi birliğin sağlanması ile birlikte kanunlaştırma çabalarına başlanmıştır. 1900 Alman Medeni Kanunu (BGB)'nin borçlar kısmı büyük oranda Roma hukukuna dayanır. Kanun genel olarak Alman Pandekt hukukçularının eseridir. Bkz: Üçok, Coşkun, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", AÜHF, Cilt VII, Sayı 1, Ankara 1950, s. 320.

¹⁰² Üçok, s. 320; Karakoç, s. 71.

¹⁰³ Roma hukukunda her dava için söz konusu olan en önemli mesele, davada dermeyan edilecek talep için uygun bir dava tipi (*form of action*) olup olmadığıdır. *Corpus Iuris Civilis*'te eski dava formüllerini ifade eden *formula* terimi ile karşılaşılıyor olsa da eski hukuk dönemindeki bu şekilcilik sonraki dönemlerde de Roma hukukuna hâkim olmaya devam etmiştir. Bkz: Schwarz, s. 199.

veya alacağı devralması mümkün değildir. Çünkü devralacağı söz konusu hakkı dava etme yetkisi yoktur¹⁰⁴.

Karşılaşılan havale türleri açısından bakıldığında, Avrupa hukuklarında havalenin farklı şekil almasının, birebir uymasa da bu etkilerden bağımsız olduğu düşünülemez. Nitekim Roma hukukunda borçlunun değişmesi veya borcun nakledilmesi için kullanılan bir yöntem olan “borç havalesi” (*delegatio / stipulatio debiti alieni*) Fransız, İtalyan ve Anglosakson hukukunda havale ve borcun üstlenilmesi kurumlarını birlikte karşılamaktadır¹⁰⁵. Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde ise havalenin genel olarak borcun üstlenilmesi kavramından bağımsız bir kurum olarak ele alındığı ve genel kabule göre, çifte yetkilendirme içeren üç köşeli bir hukuki işlem olarak nitelendirildiği görülmektedir. Türkiye coğrafyasında İsviçre Medeni Kanunu’nun iktibasından önce yürürlükte bulunan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ve dayanağı olan İslam hukuku sisteminde ise, havalenin üç taraflı bir akit olarak düzenlendiği ve havale kurumu yanında borcun nakli kurumunu da karşıladığı görülmektedir¹⁰⁶.

Neticede havale, uygulandığı coğrafya ve hukuk sistemine bağlı olarak; “borç havalesi”, “havale işlemi” ve “havale akdi” olarak üç ayrı türde karşımıza çıkmaktadır. Aralarındaki en önemli fark, havale akdinde mevcut olan borç üçüncü bir kişinin zimmetine aktarılırken, borç havalesi ve havale işleminde üçüncü kişinin -yani havale ödeyicisinin- kabulüyle yeni bir borç kurulmakta ve bu borcun ödenmesiyle birlikte de temel ilişkideki ilk borç ifa edilmiş olmaktadır. Bu nedenle İsviçre / Türk hukuku doktrinlerinde bahsedilen havale kavramı veya Roma / Fransız sistemindeki borç havalesi, genellikle aynı amaca hizmet etse de İslam hukuku / Mecelle sistemindeki havale akdi kavramını tam anlamıyla karşılamamaktadır. Konuyu daha iyi ifade

¹⁰⁴ Holdsworth, I, s. 20.

¹⁰⁵ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 38.

¹⁰⁶ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 508; Dietrich, s. 283.

edebilmek için, bu kavramların ait oldukları hukuk sistemleri bakımından nasıl düzenlendiğine daha yakından bakmak gerekir.

A. Borç Havalesi (Roma / Fransız Sistemi)

Borçlar hukukundaki modern telakkilere göre borç kavramı, “dar anlamda borç” ve “geniş anlamda borç” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. En geniş anlamıyla borç, taraflar arasındaki borç ilişkisinin tamamını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Dar anlamda borç ise, taraflardan birinin diğer tarafa karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi ifade etmektedir¹⁰⁷. Kazuistik metot ile gelişen İslam hukukunda genel bir borç teorisine rastlanmamakla birlikte, genellikle dar anlamda borcu ifade eden “deyn” kavramı, fıkıh kitaplarının farklı bahislerine dağılmış bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Geniş anlamda borç ilişkisi için ise çağdaş hukukçuların ve modern kanunların ifadelerinde genellikle “iltizam” kavramının kullanıldığı görülmektedir¹⁰⁸.

Roma hukukunda da geniş anlamda borç ve dar anlamda borç kavramları arasındaki fark tam olarak belirginleşmemiştir. Borç (*obligatio*), hem taraflar arasındaki borç ilişkisini hem de tarafların ifa ile sorumlu olduğu edimi ifade etmek için kullanılmıştır. Geniş anlamda borç fikri tam anlamıyla gelişmemiş olsa da Roma hukukunun temel kaynaklarından *Institutiones*'in borçlar hukukundan bahseden kısmında (I.3.13.) geniş anlamda borç için hukuki zincir (*iuris vinculum*) ifadesi kullanılmıştır¹⁰⁹. Ancak söz konusu paragraftaki borç tanımı, dar anlamda ve geniş anlamda borç ayrımı yapmamış ve bunların ikisini de içine alacak şekilde borç

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Necip Kocayusufpaşaoğlu, s. 5-14; Aydın, Mehmet Âkif, “Borç”, DİA, C. VI, İstanbul 1992, (“Borç”), s. 285.

¹⁰⁸ MMK, madde 89 vd.; FMK, madde 73 vd.; İMK, madde 73 vd.; El-Hekîm, Abdülmecîd, El-Mûciz fi Şerh el-Kanun el-Medenî, Cüz’ül-Evvel fi Masadir el-İltizâm, Şerikettü’t-Tab‘ ve’n-Neşir el-Ehliyye, Bağdat 1963, s. 1; Aydın, “Borç”, s. 285; Senhûri, Mesadirü’l-Hak, C. I, s. 14 vd.

¹⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 5. Bununla birlikte *Kahraman*, aynı yerde geçen söz konusu ifadenin, borç tanımı olarak kabul edilen hukuki bağı ifade ettiğini belirtmektedir. Yani bu görüşe göre, *iuris vinculum* geniş anlamda borç ilişkisini tanımlamak için değil de Roma hukukunda kabul edilen borcun şahıslar arasındaki hukuki bir bağ olmasına işaret etmektedir. Nitekim devamında söz konusu tanımda borcun hukuki bir bağ olarak tanımlanırken, malvarlığının bir unsuru olarak sayılmadığı ifade edilmiştir. Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s.7-8.

ilişkinini tanımlamıştır. Klasik dönemde alacakların zamanla gayri maddi mallar arasında (*res incorporales*) malvarlığına ilişkin bir değer olarak kabul edilmesine rağmen, bunun karşılığını ifade eden borç için böyle bir anlayış gelişmemiş ve borcun şahsi bir bağ olduğu fikrinde devam edilmiştir¹¹⁰. Borç konusunda bahsedilen bu teknik ayırım ve borcun malvarlığına ait bir unsur olarak kabul edilmesi, ekonomik ihtiyaçlar neticesinde XIX. yüzyılda Alman Pandekt hukukçularının çalışmaları sonucunda gerçekleştirilebilmiştir¹¹¹.

Dolayısıyla Roma’da borç, malvarlığının iktisadi değer taşıyan bir unsurunu değil de iki taraf arasındaki hukuki bir bağı ifade eder. Bununla birlikte Roma hukukunda bu bağın şahsi bir bağ olduğu ve bu nedenle üçüncü bir kişiye devredilemeyeceği kabul edilmektedir. Latince’de karşılaşılan “*Debita sequundur personam debitoris*” yani “*Borçlar borçlunun şahsını takip eder*” ifadesi¹¹² de bu anlayışı gösteren bir delil olarak kabul edilebilir.

Geniş ve dar anlamda borç ayırımının kurumlaşmadığı Roma hukukunda, taraflar arasındaki borç ilişkisinin taşıdığı bu şahsi mahiyet, edimi ifade eden dar anlamda borç için de geçerli olmuştur. Dolayısıyla borç ilişkisinde cüzî halefiyet¹¹³ kabul edilmediği gibi¹¹⁴, dar anlamda bir borcun başkasına intikali (cüzî intikal) fikri

¹¹⁰ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 21.

¹¹¹ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 22.

¹¹² İldız, Erkan, “Eski Yunan ve Roma’da Bankerlik”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Klasik Arkeoloji Anabilim Dalı, İstanbul 2009, s. 26.

¹¹³ Malvarlığının aktif veya pasif unsurlarından belirli bir kısmının değişikliğe uğramadan bir başkasına intikal etmesine cüzî halefiyet denir. Bkz: Yaran, Rahmi, “Halef”, DİA, C. XV, İstanbul 1997, s. 233-234; Senhûrî, Mesadirü’l-Hak, C. V, s. 15 vd.; Yahya, s. 8. Ayrıca borcu üstlenenin borçlunun yerine geçmesi için “cüzî halefiyet”, münferit bir borcun bir malvarlığından diğerine nakli için ise “cüzî intikal” terimleri kullanılmaktadır. Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 2. Alman doktrininde cüzî halefiyetin selevin ibrasını gerektirip gerektirmediği konusunda tartışma vardır. Bir görüşe göre halefiyette önemli olan halefin de aynı borç için sorumluluk altına girmesidir. Baskın olan diğer görüşe göre ise halefiyet için ilk borçlunun ibrası ve ikinci borçlunun onun yerini alması şarttır. Borca katılma ve borcun nakli kurumları bakımından halefiyet tartışması hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Yahya, s. 20-21.

¹¹⁴ Bu durumun istisnası olarak *Justinianus* döneminde, asıl borçlunun borcunu ödeyen kefilin, dava haklarının kendisine devredilmesini alacaklıdan isteme imtiyazı (*beneficium cedendarum actionum*) ile alacaklının haklarına halef olması gösterilebilir. Bkz: Tahiroğlu, “Kefalet”, s. 337-338. Alacak konusunda cüzî halefiyetin gelişmesi alacağın malvarlığına ait iktisadi bir değer olarak algılanmasını sağlamıştır. Ancak Roma hukukunu takip eden sistemlerde borç için aynı gelişmenin yaşandığı söylenemez. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 413.

de kabul edilmemiştir¹¹⁵. Bunun yerine borç ilişkisinin ortadan kaldırılması ve yenileme (*novatio*) ile aynı konuda yeni bir borç ilişkisi kurulması kabul edilerek, Roma'da sosyal hayatta ortaya çıkan alacağın temliki ve borcun nakli gibi taraf değişikliği ihtiyaçları giderilmeye çalışılmıştır¹¹⁶.

Sadece sözlü akit yöntemi olan *stipulatio*¹¹⁷ yolu ile yapılabilen *novatio*, eski borcun yerini aynı konuda yeni bir borcun almasıdır¹¹⁸. Yeni borçlu ile alacaklı arasında yapılan anlaşma sonucunda eski borçlu ile olan borç ilişkisi sona erer ve aynı konuda yeni bir borç ilişkisi kurulur. Yenileme kurumunun özel görünüm şekillerinden biri olan borç havalesi (*delegatio*)¹¹⁹ de yenilemede olduğu gibi ilk borcun sona erip aynı konuda üçüncü kişi ile yeni bir borç ilişkisinin kurulmasıdır¹²⁰. Yenilemeden farklı olduğu husus ise, borç havalesinde borcun yenilenmesinin borçlunun üçüncü kişiye verdiği bir talimat neticesinde gerçekleşmesidir. Fakat bu İslam hukukunda kabul edilen anlamda bir havale ilişkisi değildir. Çünkü burada borcun üçüncü bir kişiye aynı nitelikleriyle nakledilmesi söz konusu olmaz. Borç havalesi ile birlikte eski borç sona erdiği gibi, bu borç ilişkisine bağlı olan teminatlar

¹¹⁵ Kişinin borçlarının ölümü ile mirasçılara geçmesi anlamındaki külli intikal ise Roma hukukunda istisnai olarak kabul ediliyordu. Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 11; Yahya, s. 27.

¹¹⁶ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 1; Yahya, s. 24-26.

¹¹⁷ *Stipulatio*, icap ve kabulün açık bir şekilde karşılıklı olarak ifade edilmesi ile gerçekleşen sözlü akit yöntemine denir. Soru şeklinde (*interrogatio*) icabın yöneltilmesi üzerine diğer tarafın icabın her unsurunu içine alan bir kabul cevabı (*responsio*) vermesi ile akit kurulmuş olur. *Stipulatio*'da tarafların hazır bulunması yani akit meclisi şarttır. Hazır bulunan taraflar arasındaki icap ve kabul teatisinin herhangi bir sebeple kesintiye uğraması durumunda icabın tekrar edilmesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Berger, s. 716-717. Başlangıçta *stipulatio*, soru-cevap şeklinde yapılan tek taraflı bir taahhüt olarak kabul edilirken, klasik sonrası dönemde bir sözlü akit yöntemi ve hatta Orta Çağ'da bir sözleşme tipi olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 13; Yahya, s. 38.

¹¹⁸ Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 94.

¹¹⁹ Genel olarak “bir şeyi birine devretmek”, “tahsis etmek”, “terk etmek”, “göndermek”, “tevdî etmek” ya da “bir işle görevlendirmek” anlamlarına gelen *delegare* fiili, borçlar hukuku anlamında yerine göre “bir kimseye bir şeyi nakletmek” veya “üçüncü bir kişiye edada bulunmak üzere bir kimseyi yetkili kılmak” anlamlarında kullanılmıştır. Terim anlamı ise bu son kullanımı ifade eder. Bkz: Düren, s. 2-3.

¹²⁰ Kahraman, Roma hukuku ve Fransız hukukunda her tür taraf değişikliğinin yenileme çatısı altında gerçekleştiğini ve bu konuda mevcut iki yöntem olduğunu ifade etmiştir. Bu yöntemleri de “borçluyu değiştirmek amacıyla yapılan yenileyici etkili borç havalesi” ve “borçluyu değiştirmek amacıyla yapılan taraf yenilemesi” olmak üzere ayrı başlıklar altında ele almıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 39-40. Ayrıca Bkz: Düren, Akın, Klasik Roma Hukukunda Delegatio, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 2-4.

ve def'iler de sona erer. Alacaklı eski borçluya karşı sahip olduğu bu imkanları üçüncü kişiye yani yeni borçluya karşı ileri süremez¹²¹.

Yenileme (*novatio*), borç ilişkisine dair birçok unsur bakımından söz konusu olabilir. Sadece borçlu tarafın değişmesi için değil, alacaklının değişmesi, borç konusunun veya borcun tabi olduğu hükümlerin yenilenmesi şeklinde de gerçekleşebilir¹²². Tarafların karşılıklı anlaşmasının hukuken yenileme ifade edebilmesi için yenileme niyeti (*animus novandi*) taşımaları gerekir. Aksi halde tarafların ilk borcu sona erdirmeden yeni bir borç kurmak istedikleri kabul edilir¹²³. Roma hukukunda kabul edilen ve borç havalesinin de temelini oluşturan yenileme (*novatio*) kurumu, Fransız, Alman, İngiliz, İtalyan, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri gibi birçok ülke kanunlarında kabul edildiği gibi, Avrupa kanunlarının etkisini taşıyan bazı Arap kanunlarında da karşımıza çıkmaktadır¹²⁴. Ancak bu hukuk sistemlerinin hepsi genel olarak yenilemeyi kabul etse de borcun nakli ve havale konusunda, kimisi borç havalesi, kimisi borcun üstlenilmesi ve havale işlemi, kimisi ise havale akdi sistemini kabul etmiştir.

Roma'da kabul edilen borcun şahsiliği düşüncesi neticesinde taraf değişikliği konusunda sosyal ve ekonomik hayattaki ihtiyaçların karşılanamaması, bu konuda yeni arayışlara yol açmıştır. Özellikle Roma hakimiyetinin Doğu Akdeniz havzasına

¹²¹ Rado, s. 170. Roma hukukunda ise *Ulpian*, yeni borçlunun *delegatio* sonrasında da kötü niyete ilişkin savunmalara sahip olduğunu belirtmiştir. Bkz: *Ulpian*, D.46.2.4; *The Digest of Justinian*, (Çev. Ed. Alan Watson), C. IV, gözden geçirilmiş yeni baskı, The University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1998, s. 213 ("*TDJ, (A. Watson)*"), s. 212. Bununla birlikte Fransız Medeni Kanunu'nun 1278. maddesine göre ilk borca ilişkin verilen resmi bir rehnin, borç havalesi sonrası da istisnai olarak devam edeceği kabul edilmiştir. Borç havalesinde savunma ve teminatların durumu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Yahya, s. 77-82. Bu konuda temel ilişkideki eksikliklerin *delegatio* bakımından sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Düren, s. 59-89.

¹²² Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 17. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 578.

¹²³ *Ulpian*, D.46.2.2; Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Philadelphia 1953, s. 600; Oğuzman / Öz, C. I, s. 579. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da yeni bir borç ile mevcut borcun sona erdirilmesi için tarafların bu yöndeki açık iradesi aranmaktadır. Bkz: TBK madde 133/1.

¹²⁴ Arapça modern hukuk literatüründe yenileme kurumu "*tecdid*" terimi ile, borç havalesi kurumu ise "*inâbe / inâbe selbiyye*" terinleri ile ifade edilmektedir. Bkz: MMK, madde 351-362; Yahya, s. 25, 37-40.

yayılması ve Cumhuriyet Dönemi (MÖ 509- MÖ 30) ile birlikte ticaretin hızla gelişmesi, oldukça tehlikeli olan nakit para nakilleri için bir arayışa sebep olmuştur. Yunan bankacılık sistemi Roma'yı da etkilemiş ve *argentarius* denilen bankerler ve bunlar vasıtasıyla yapılan *delegatio* işlemi ekonomik hayattaki söz konusu nakil ihtiyacını karşılamak için kullanılmaya başlanmıştır¹²⁵. Bugünkü kambiyo ve havale işlemlerinin, İslam havale teorisinden etkilendiği kadar, Roma hukukunda yenileme kurumu temelinde gelişen bu *delegatio* uygulamasına dayandığı söylenebilir.

Borç havalesi yöntemi (*delegatio*), esasında Roma hukukundan günümüze ulaşmış olan bir borcun nakli ve havale yöntemidir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi borcu kişisel bir bağ olarak kabul eden Roma hukuku, borcun nakli için temelde yenileme (*novatio*)'dan başka bir yöntemi kabul etmemiştir. Borç havalesi de nitelik itibariyle Roma hukukunun borçlu değişimi için kabul ettiği yenileme yöntemlerinden birisidir. Buna göre, ilk borçlunun (*delegans*) kendisi yerine borcu üstlenecek kişiye (*delegatus*) verdiği bir talimat veya yetki (*iussum*) sonrasında, bu kişinin gidip alacaklı (*delegatarius*¹²⁶) ile yapacağı bir yenileme anlaşması ile eski borç sona erer ve ilk borçlu borcundan kurtulur. Burada *delegans*, alacaklıya da alacağı kendi adına kabul etme yetkisi (*iussum*) vermektedir. Böylelikle yeni borçlu ile alacaklı arasında yeni bir borç ilişkisi ve yeni bir borç meydana gelir¹²⁷.

Bazı Roma kaynaklarında *delegans* ve *delegatus* arasındaki ilişkiyi ifade ederken *iussum* yanında *mandatum* ifadeleri de kullanılmıştır. Bu durum doktrinde temel ilişkinin hukuki niteliği konusunda tartışmaya sebep olmuştur. Bir gruba göre *delegans*, *delegatus*'a ödeme yetkisi, alacaklıya ise ifayı kendi adına kabzetme yetkisi verir. Diğer grup ise bu ilişkileri ödeme ve kabza vekalet üzerinden açıklar. Bu temel tartışma sonraki dönemde borç havalesinin niteliğini etkilediği gibi havale işleminin

¹²⁵ Düren, s. 1.

¹²⁶ Bu terim XVIII. yüzyılın sonlarına doğru kullanılmaya başlanmıştır. Bkz: Düren, s. 4.

¹²⁷ Ulpianus, D.46.2.11. “*Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit*”, “*Delegare, alacaklıya yahut onun yetkili kılacağı kimseye, (borçlunun) kendi yerine başka bir borçlu vermesidir*”. Bkz: Düren, s. 9; TDJ, (A. Watson), C. IV, s. 213; Yahya, s. 25-26.

niteliği konusundaki görüşleri de etkilemiştir¹²⁸. Ancak belirtmek gerekir ki Roma hukukunda da baskın olan görüşe göre *delegatio* çifte vekalet içeren bir muameledir. Müşterek hukukta kabul edilen bu baskın görüş, XIX. yüzyılda yavaş yavaş yerini çifte yetki görüşüne bırakmıştır. Yetki görüşünü ilk ileri süren ise *Von Salpius* olmuştur¹²⁹.

Roma hukukunda bu üç taraf arasında gerçekleşen *delegatio*'nun sonuç doğurabilmesi için ilk borçlunun her iki tarafı da yetkilendirmesi yeterli değildir. İlk borçlunun borcundan kurtulması ve yeni borçlu ile alacaklı arasında borç ilişkisinin kurulabilmesi için bazı hukuki işlemlerin yapılması gerekir. Klasik dönemde bu konuda kullanılan hukuki işlemler; ifa, yenileme anlaşması (*novatiostipulatio*), dava tespiti (*litis contestatio*)¹³⁰, kredi hesap defterine kayıt (*expensilatio*) ve çeyiz tesisi (*dotis dictio*) olarak karşımıza çıkmaktadır. En çok başvurulan işlemler ise ifa (*delegatio solvendi*) ve yenileme anlaşması (*delegatio obligandi*)'dir¹³¹.

Belirtmek gerekir ki, klasik dönem Roma hukukunun dava usulünün katı kuralları bir borç için birden fazla kişinin takip edilmesine elverişli değildi. Kefalette dahi alacaklı asıl borçlu veya kefilden birisini seçip (*litis contestatio*)¹³² davasını ona yöneltmek zorundaydı. Çünkü aynı ihtilaf için iki dava olmaz kuralı (*bis de eadem re ne sit actio*) neticesinde alacağı için bir kere dava açan alacaklı, bu talebini daha sonra başkasına yönlendiremiyordu¹³³. Yani bir borç konusunda dava açılması o borcu sona erdiren bir sebepti. Çünkü usul hukukuna göre Roma'da bir davanın açılabilmesi için davacı tarafından dava konusuna ilişkin bir *formula* hazırlanması ve davalının da bunu kabul etmesi gerekiyordu. Davalı tarafından esas uyuşmazlığa ilişkin *formula* kabul

¹²⁸ Havale türlerinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: §1-VI-A, B, C.

¹²⁹ Düren, s. 15 vd.

¹³⁰ Şahin, Roma'da borcun nakli ihtiyacını karşılamak üzere, üçüncü bir kişinin, alacaklının borçluya karşı açtığı davaya borçlunun temsilcisi olarak katılması ve davalıyı borcundan kurtarması yöntemi uygulandığını belirtirken vekaletten ziyade *litis contestatio*'dan bahsediyor olmalıdır. Bkz: Şahin, Havale, s. 16.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Düren, s. 31 vd.

¹³² Nitekim *litis contestatio*, borcu sona erdirici bir niteliğe sahiptir. Uzun yıllar Roma borçlar hukukunu etkileyen bu durum MS 535 yılında *Iustinianus* tarafından 4. *Novella* ile değiştirilmiş, *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici etkisi ortadan kaldırılmıştır. Bkz: Tahiroğlu, "Kefalet", s. 337-339.

¹³³ Tahiroğlu, "Kefalet", s. 334.

edildiğinde, esas uyuşmazlığa ilişkin haklar sona erer ve artık sadece *formula* konusuna ilişkin haklar talep edilebilirdi. Bunun sonucu olarak, *litis contestatio* ile borca ilişkin davanın tarafı olarak yeni borçlunun tanınması ile asıl borçlunun borcu sona ererek, söz konusu borç alacaklı ile yeni borçlu arasında kazaî olarak yenilenmiş olurdu¹³⁴. Alacaklı veya borçlu için gerçekleştirilen bu yöntem ile Roma hukukunda alacağın temliki ve borcun nakli ihtiyaçları karşılanmıştır.

Yine esas borç devredilmeksizin üçüncü bir kişi tarafından borcun ödenmesi vaadinde bulunulabilir. Bu vaat ile birlikte asıl borçtan bağımsız yeni bir borç doğmaktadır. *Praetor* anlaşmalarından ödeme vaadi (*constitutum*) türü olan ve *constitutum debiti alieni*¹³⁵ olarak adlandırılan bu anlaşma ile üçüncü kişi, başkasına ait para veya sair misli eşyayı konu alan bir borcu ödeme vaadinde bulunabilir. Bu vaat *stipulatio* gibi özel bir şekle de tabi değildir¹³⁶. Roma uygulamasında bu yöntem de borcun nakli ihtiyacı için kullanılmıştır¹³⁷. Yeni borçlu tarafından yapılan bu ödeme vaadi, yenileme ve bir *stipulatio* ile bu kişinin alacaklı karşısında borcu üzerine alması şeklinde gerçekleşiyorsa buna *expromissio*¹³⁸ denir. *Expromissio* asıl borçlunun talimatı veya havalesi olmaksızın hatta onun rızası hilafına da gerçekleştirilir. Yine bu yenileme yöntemi de *delegatio* gibi Roma hukukunda borcun nakli ihtiyacı için kullanılmıştır¹³⁹.

¹³⁴ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 16-17. Doktrindeki baskın görüşe göre bu yöntem bir yenileme niteliği taşımakta ve cüzî halefiyet doğurmamaktadır. Ancak *von Blume*, bu usulün modern anlamda kabul edilen borcun nakli niteliği taşıdığını ve cüzî halefiyete sebep olduğunu savunmuştur. Bkz: Yahya, s. 30-31.

¹³⁵ Asıl borcu konu alan bu ödeme vaadi bir borç yenilemesi değildir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Berger, s. 410. Bu usul, asıl borçlunun ifa anına kadar borçtan kurtulması sonucu doğurmadığı için esasında bir ödeme vekaleti niteliği taşır. Nitekim *constitutum debiti alieni*, eski borcu sona erdirerek yeni bir borç doğurmaz. Eski borç devam ettiği için ona bağlı savunma ve teminatlar da devam eder. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Yahya, s. 31-32.

¹³⁶ Tahiroğlu, “Kefalet”, s. 338.

¹³⁷ Yahya, s. 26.

¹³⁸ Berger, s. 465.

¹³⁹ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 15-16; Yahya, s. 25-26. Üçüncü şahıs ile alacaklı arasındaki yenileme, asıl borçlunun haberi olmaksızın veya onun rızası hilafına gerçekleşiyorsa *expromissio*, asıl borçlunun talimatı ve üçüncü kişiye verdiği yetki ile gerçekleşiyorsa *delegatio* olarak adlandırılır. Bkz: Yahya, s. 40.

Halen Fransız, İtalyan, Belçika ve Anglosakson hukuk düzenlerine hâkim olan borç havalesi yöntemi ise, Roma uygulamasında en çok karşılaşılan *delegatio* yöntemi olan yenileme anlaşması ile yeni borçlunun borcu üzerine alması şeklinde gerçekleşir¹⁴⁰. Bu nedenle konumuz bakımından borç havalesi ile sadece yenileme (*novatiostipulatio*) ile gerçekleşen *delegatio* kastedilmektedir.

Roma'da borcun tarafının değiştirilmesi konusunda benimsenen yöntemlerin zaman içinde değişiklik gösterdiği söylenebilir. Yukarıda da bahsedildiği üzere öncelikle katı bir borcun şahsiliği prensibi benimseyen Romalılar, daha sonra vekalet veya yenileme yöntemleriyle taraf değişikliği ihtiyacını karşılamaya çalışmışlardır. Roma hukukunun son dönemdeki hukuk birikimini yansıtan *Corpus Iuris Civilis*'te ise yenileme (*novatio*) ve borç havalesi (*delegatio*) kavramları birlikte ele alınarak taraf değişikliği konusunda yerleşik bir yöntem benimsendiği anlaşılmaktadır¹⁴¹.

Roma hukukunda borcun naklinin ve cüzî halefiyetin kabul edilmemesi konusunda şu sebepler ileri sürülebilir: Öncelikle daha önce de belirttiğimiz gibi diğer antik hukuklarda olduğu gibi Roma hukukunda da borcun, kişinin şahsına sıkı surette bağlı olduğu kabul edilmekteydi. Bunun yanında Roma hukukunun sıkı şekilci yapısı, hukuki işlemlerin ve özellikle usul hukuku muamelelerinin öngörülen usuller dışında gerçekleşmesine fırsat vermiyordu. Bununla birlikte borçlu, borcundan sadece malvarlığı ile değil, aynı zamanda bütün şahıs varlığı ile sorumluydu. Borcunu ödemeyen ve alacaklının güvenini boşa çıkaran borçlu, şeref yoksunu (*infamis*)¹⁴² ilan edilerek sosyal konumu ve bazı medeni hakları zarar görebilmekte, bunun yanında borcunu ödemediği için hapsedilebilmekte, zorla çalıştırılabilmekte hatta Roma dışında köle olarak satılabilmekteydi. Cebri icra yöntemlerinin de borçlu dışında bir

¹⁴⁰ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 30, 40-41.

¹⁴¹ D.46.2; TDJ, (A. Watson), C. IV, s. 211-216. *Iustinianus* döneminde yenileme (*novatio*), borç havalesinin (*delegatio*) gerçekleşmesini sağlayan tabi bir vasıta olarak görülüyordu. Bkz: Yahya, s. 37. Kanaatimizce aynı yazarın aynı yerde ve devamında borç havalesinde asıl borçlunun havale üstlenicisine verdiği talimat ve yetkiyi ifade eden *iussum* için *el-vekale* kavramını kullanması, kavramın hukuki niteliği açısından doğru değildir. Vekalet yerine yetkiyi ifade eden (*es-sulta*) veya talimatı ifade eden (*et-ta'limat* veya *el-emr*) ifadelerinin tercih edilmesi hukuken daha yerinde olacaktır. Bkz: Yahya, s. 37-40.

¹⁴² *Infamis* ilan edilmek ve hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Berger, s. 500.

kimseye karşı kullanılabilmesi pek de mümkün değildi. Borç tasavvuru konusunda kabul edilen bu şahsîlik prensibi *Iustinianus* döneminde de devam etmiş, bütün bu sebeplerle de Roma hukukunda borcun cüzî halefiyet doğuracak şekilde devredilmesi hiçbir dönemde kabul edilmemiştir¹⁴³.

Roma hukukunu takip eden Latin kanunlarında borç ilişkisinin ya da dar anlamda alacağın veya borcun nakli fikri uzun süre boyunca kabul görmemiştir. Kabza vekalet yöntemi ve yenilemenin barındırdığı sakıncalar neticesinde zamanla borç ilişkisinin alacaklı tarafından ikinci bir alacaklıya devredilmesi yani alacağın temlikî fikri gelişmiştir. Böylelikle borç ilişkisinin taraflar arasında şahsî bir bağ olmaktan ziyade malvarlığına ilişkin bir unsur olduğu tasavvuru oluşmaya başlamıştır. Ancak alacağın temlikindeki bu gelişme borcun naklinde görülmemiştir¹⁴⁴. Avrupa’da borcun nakli fikri, XIX. yüzyılda Pandekt hukukçularının çalışmalarıyla ortaya çıkmıştır. Bu dönemde geniş anlamda borç ilişkisi ve dar anlamda borç ayırımının kabul edilmesi ve borcun sadece taraflar arasında şahsî bir hukukî ilişki değil, ayrıca malvarlığının pasif bir unsuru olduğu fikrinin kabul edilmesiyle birlikte, borcun nakli fikri de kabul edilmeye başlanmıştır¹⁴⁵.

XIX. yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde Avrupa’da hukukçular arasında borcun nakli konusunda ciddi tartışmalar yaşanmıştır. Tartışmanın tarafları iki görüş üzerinde yoğunlaşmaktadır. Buna göre bir grup, borçlar bakımından cüzî halefiyetin kabul edilmesi ve borcun nakline imkân sağlanması görüşünde idiler. Bu görüş sahiplerine göre, borç Roma hukukunda kabul edildiği gibi sadece şahsî bir bağdan ibaret değildir. Aksine iktisadî bir değer taşımaktadır. Nitekim borç, üçüncü birine

¹⁴³ Borcun naklinin Roma’da kabul görmemesinin sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Yahya, s. 32-36.

¹⁴⁴ Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 35-36.

¹⁴⁵ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 5.

devredildiği zaman sorumluluk veya borcun vasıfları bakımından bir değişiklik yaşanmayacaktır¹⁴⁶.

Tartışmanın diğer tarafı ise Roma hukukunun prensiplerine bağlı kalınması gerektiğini ve borçta cüzî halefiyetin imkânsız olduğunu savunmaktaydılar. Bu görüş sahiplerine göre, iktisadi hayatta karşılaşılan sıkıntılar Roma hukukunun bulduğu çözüm yöntemleri ile giderilmelidir¹⁴⁷. Bu tartışmalar yaşanırken, XIX. yüzyılın ilk yarısında bazı Alman eyaletlerinin kanun taslaklarında dahi borcun üstlenilmesi fikri kabul edilmemiş ve bu konuda Roma hukukundan gelen taraf yenilemesi yöntemleri tercih edilmiştir¹⁴⁸.

İktisadi ihtiyaçlar neticesinde ilk olarak Prusya hukukunda kabul edilen *expromissio*, borcun içeriğinin aynı kalacağı şekilde düzenlenmekle cüzî halefiyete yaklaştırılmıştır¹⁴⁹. Yine Prusya’da *delegatio* yerine, borçluyu değiştirirken borcu sona erdirmeyen ve borcun içeriğine dokunmayan *assignatio* (*Anweisung*) kavramı gelişmiştir¹⁵⁰. Devamında 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)’de, borçlunun değişmesi kurumu olarak *assignatio* düzenlenmiştir¹⁵¹. Ancak bu gelişmelere rağmen söz konusu hükümler borcun cüzî intikalini tam olarak

¹⁴⁶ Şahin, Havale, s. 16. Borcun nakli ve cüzî halefiyet meselesi hakkında XIX. yüzyılda Avrupalı hukukçular arasında yaşanan doktrin tartışmasında borcun nakli ve cüzî halefiyeti kabul eden görüşler ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Yahya, s. 46-59.

¹⁴⁷ Şahin, Havale, s. 16. Söz konusu tartışmada borcun nakli ve cüzî halefiyeti kabul etmeyen görüşler ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Yahya, s. 60-68.

¹⁴⁸ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 22.

¹⁴⁹ ALR, I, 14, §399 vd.; Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 23.

¹⁵⁰ ALR, I, 16, §264 vd.; Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 23. Almanca’daki kelime anlamı talimat olan *Anweisung*, aynı zamanda havale için kullanılan hukuki terimi ifade eder. Bkz: Kocaman, Arif B., Türk Borçlar Hukukunda Havale, 2. bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2020, (*Havale*), s. 19. İsviçre / Türk hukukunda kabul edilen havale işleminin de tarihsel seyir itibarıyla borcun nakli fikrinden doğması, İslam hukukundaki havale akdinin, benzer süreç tamamlanmadan içtihadın Mecelle’deki haliyle donması sonucu akit formunda kaldığı fikrimizi destekler niteliktedir. Bkz: §1-III. Orta Çağ’da Flandre (Flanders) şehirlerinin ticari teamülleri neticesinde doğan ve sonrasında Cermen devletleri tarafından da iktibas edilen *assignatio* ile asıl borçlunun ifadan önce borcundan kurtulabilmesi, sadece alacaklının bu ibrayı açıkça kabul etmesi ile mümkün olabilir. Bununla birlikte yeni borçlu sadece *assignatio* ile alacaklıya karşı ifa borcu altına girmez. Borçtan sorumlu olabilmesi için alacaklı ile arasında ayrıca sözleşme ilişkisinin kurulması gerekir. Bu nedenle *Yahya*, *delegatio* için tam inâbe (*el-inâbetü'l-kâmile*) terimini kullanırken, *assignatio* için eksik inâbe (*el-inâbetü'n-nâkusa*) terimini kullanmıştır. Bkz: Yahya, s. 40-45, 70-83.

¹⁵¹ ABGB §1400 vd.; Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 23-24.

sağlamadığı için temelde Roma sistemine dayanmaktadır. Avusturya hukukuna borcun üstlenilmesi ve cüzî intikal, Alman hukukunun etkisi ile ABGB'nin 1916 revizyonu ile girmiştir¹⁵².

Borcun iktisadi bir değer taşıyan malvarlığı unsuru olduğu, dolayısıyla üçüncü bir kişi tarafından üstlenilebileceği fikri ve borçta cüzî halefiyet ilk olarak *Delbrück* tarafından 1853 tarihinde ileri sürülmüştür. Doktrinde Alman hukukunda borcun üstlenilmesinin bağımsız bir kurum olarak doğuşu bu tarihe dayandırılmaktadır¹⁵³. *Windscheid* ise, bu fikre katılmış ve borcun üstlenilmesinin ya borçlu ile üstlenen arasındaki üstlenme sözleşmesinin alacaklı tarafından onaylanması, ya da doğrudan üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak bir üstlenme sözleşmesi ile gerçekleşeceğini ileri sürmüştür. Bugün dahi literatürde sözleşme ve onay yöntemleri olarak adlandırılan bu yöntemler Alman Medeni Kanunu ve Avusturya Medeni Kanunu'nda da kendine yer bulmuştur¹⁵⁴.

Alman kanun koyucuları böylelikle borcun nakli konusunda ilk grubun görüşüne katılmış oldular. Nitekim 18 Ağustos 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu ile birlikte Alman hukukunda Roma temelli borç havalesi yönteminden vazgeçilerek borcun aynı şekilde nakledilmesi anlamına gelen cüzî halefiyet kabul edilmiştir¹⁵⁵.

Fransız doktrini ise, Alman hukukundaki bu tartışma ve gelişmeleri yakından takip etmiş, ancak borcun taraflar arasındaki hukuki ilişki niteliği görmezden gelinerek

¹⁵² ABGB §1405; Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 24.

¹⁵³ Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 24-29. Bununla birlikte Cermen örf ve âdet hukukunda kabul edilen ve eski dönemlerden beri ticari hayatta karşılaşılan bazı uygulamalarda, borç ve alacakların malvarlığına ait iktisadi unsurlar veya mallar olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim Cermen hukukunda XIII. yüzyıldan itibaren alacak hakkının menkul mallar gibi satışa konu olabildiği kaynaklarda geçmektedir. XV. yüzyıl sonlarında Roma hukukunun devreye girmesi ile alacak, tereke veya zimmet satışı gibi teamüller, hukuk doktrininde borç havalesi ve yenileme üzerinden işletilmeye çalışılmıştır. Bazen *constitutum*, bazen âkit tarafların iradesine ve bazen de üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerine dayanılmıştır. Görüldüğü gibi Alman hukuku tarihinde borcun nakli uygulamada, kanunlaştırmadan çok daha önce kabul görmüştür. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Yahya, s. 42-45.

¹⁵⁴ BGB §414 vd.; ABGB §1404-1406. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 24-29, 39.

¹⁵⁵ Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 30; Şahin, *Havale*, s. 16-17.

başka birisine cüzî halefiyet şeklinde nakledilmesi kabul edilmemiştir. Böylelikle ikinci görüşü benimseyen Fransız hukukunda, borcun nakli konusunda Roma hukukunun yöntemlerinden mühlhem bir sistem olan borç havalesi yöntemi benimsenmiştir¹⁵⁶.

Doktrinde baskın olan görüşe göre Fransız Medeni Kanunu'nun bu konuda hüküm içermemesi bilinçli bir susmadır. Ayrıca borcun üçüncü kişiye nakledilmesi onu sebebinden de koparacaktır. Fr.MK madde 1131'de sebepsiz bir borcun hüküm doğurmayacağı düzenlenmiştir. Azınlıkta olan görüş ise Fransız hukukunda kabul edilen alacağın temlik ve külli halefiyet ile kıyas yaparak borcun cüzî halefiyet şeklinde nakledilebilmesi gerektiğini savunmuşlardır¹⁵⁷.

Bu konuda tezimiz açısından dikkat çeken iki önemli görüş vardır. Öncelikle *Lapp*, borçlu ile borcu üstlenen arasındaki sözleşmenin hemen sonuç doğuracağını, ancak yeni borçlunun borcunu ödemeyeceğinin anlaşılması durumunda alacaklının eski borçluya rücu hakkının olduğunu ifade etmiştir. *Andreu* ise, borcun naklinin üç taraflı bir sözleşme ile gerçekleşeceğini, alacaklının katılımının zorunlu olması gibi borçtan kurtulan ve borcu üstlenenin katılımlarının da zorunlu olduğunu savunmuştur¹⁵⁸. Fransız doktrininde borcun üstlenilmesi yöntemleri olarak ileri sürülen bu düşünceler, İslam hukukunda kabul edilen havale akdine de uygun görüşlerdir. Nitekim havale akdi, asıl borçlunun alacaklının hakkının zayi olmaması şartı ile borçtan kurtulduğu ve çoğu hallerde üç taraflı kurulan bir akit olarak kabul edilmektedir¹⁵⁹. Sonuç olarak bu görüşler kabul edilmemiş ve Fransız hukuku

¹⁵⁶ Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 30. Borç havalesi ile birlikte doktrinde bazı görüşler üçüncü kişi yararına sözleşme ve sözleşme serbestisi prensibine dayanarak uygulamada borcun nakli amacına ulaşabileceğini savunmuştur. Fransız hukukunda borcun nakli için kullanılan yöntemler ve bunlar hakkındaki doktrin tartışmaları için Bkz: Yahya, s. 68-100.

¹⁵⁷ Fransız doktrinindeki tartışmanın tarafları ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 30-37.

¹⁵⁸ Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 36-37. *Lapp*'in görüşleri hakkında ayrıca Bkz: Yahya, s. 97-100.

¹⁵⁹ Muhilin yokluğunda veya onun rızası hilafına, muhalün aleyh ve muhalün leh arasında yapılan havale akdi geçerlidir ve bütün sonuçlarını doğurur. Sadece rızası olmadığı için muhalün aleyh ifadan sonra muhile rücu etme imkanına sahip olmaz. İleride de inceleneceği üzere Bkz: §2-I-B-4; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509; Cheron / Fahmy, s. 422-423.

Roma'dan kalan borç havalesi yöntemini benimsemeye devam etmiş, Fr.MK madde 1275'teki yenileyici etkili havale (*délégation novatoire*) hükmü geçerliliğini korumuştur¹⁶⁰.

Ayrıca Fransız doktrininde kabul edildiği üzere, borç havalesi ile taraf değişikliğinin meydana gelebilmesi için yenileme iradesinin (*animus novandi*) aranması gerekir. Fr.MK madde 1273 ve 1275'e göre de borç havalesi ile taraf değişikliğinin gerçekleşebilmesi için yenileme niyeti açık olmalı ve asıl borçlunun borçtan kurtulacağı açıkça beyan edilmelidir¹⁶¹.

İngiltere'de 1875 yılına kadar hakkın veya borcun bir zimmetten diğer bir zimmete nakledilmesi söz konusu olmamıştır. 1875'ten 1925 yılına kadar, yeni alacaklının eski alacaklı adına talepte bulunabildiği bir alacak nakli söz konusu olmuş, 1925 yılında yürürlüğe giren Mülkiyet Kanunu ile birlikte yeni alacaklının eski alacaklının ismini kullanmaksızın, kendi adına alacağı talep etme yetkisi kabul edilmiştir¹⁶². İngiltere'de alacağın temlikinde durum bu şekilde iken borcun nakli konusunda aynı gelişme sağlanamamış ve yukarıda da ifade edildiği üzere Roma / Fransız sistemi olarak ifade ettiğimiz borç havalesi yöntemi ile iktifa edilmiştir.

Farklı bir örnek olarak, İtalyan Medeni Kanunu'nun 1272. maddesinde borçlu değişikliğinin alacaklının rızasına bağlı olarak hem taraf yenilemesi hem de cüzi halefiyet yoluyla yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu nedenle İtalyan hukukunda borç havalesi yanında borcun üstlenilmesi kurumunun da kısmen kabul edildiği ifade

¹⁶⁰ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 44.

¹⁶¹ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 45.

¹⁶² Ayrıntılı bilgi için Bkz: Law of Property Act 1925, Art. 136 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20> (E.T. 5.2.2022); Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, "el-Havale", s. 36. Bu konuda Roma hukukundaki katı dava yetkisi telakkisinin İngiliz hukukuna sirayet ettiği yorumu yapılabilir.

edilmektedir¹⁶³. Dolayısıyla İtalya Medeni Kanunu da Roma hukukuna dayanan borç havalesi sistemi içerisinde sayılabilir¹⁶⁴.

İsviçre’de ise borcun cüzî halefiyet şeklinde nakledilebilmesi, 1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu (BGB)’nin etkisi ile kabul edilmiştir. Nitekim 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu madde 142’de borcun nakli konusunda kabul edilen yöntem taraf yenilemesi idi. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1911 yılında yapılan revizyonu ile Alman hukukundan borcun üstlenilmesi kurumu alınmış ve sözleşme teorisi kabul edilmiştir. Türk hukukunda ise mehz İsviçre kanununa uygun olarak borcun üstlenilmesi kurumu sözleşme teorisine uygun olarak, 1926 tarihinden itibaren kabul edilmiştir¹⁶⁵. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, borcun nakli veya üstlenilmesi Türk hukukuna yabancı bir kavram değildir. Nitekim 1926’daki iktibasa kadar yürürlükte olan Mecelle’nin dördüncü kitabına göre havale akdi ile borcun bir şahıstan diğerine cüzî halefiyet şeklinde nakledilmesi mümkündür¹⁶⁶.

Sonuç olarak, borç havalesi (*delegatio*), borçlu tarafın değiştirilebilmesine imkan sağlamak amacı ile oluşturulmuş bir hukuki kurumdur. Alman, İsviçre ve Türk hukukunda ise, borcun nakledilmesi ihtiyacı, bu ülkelerin borçlar kanunlarının genel hükümler kısmında düzenlenen borcun üstlenilmesi kurumu ile karşılanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu hukuk düzenlerinde borç havalesi yöntemi ile karşılaşılmaz¹⁶⁷. Bu konuda Mısır Medeni Kanunu ilginç bir örnek olarak gösterilebilir. Fr.MK, BGB ve İslam hukukunun etkilerini taşıyan Mısır Medeni Kanunu’nda hem yenileme ve

¹⁶³ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 57; Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 36.

¹⁶⁴ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, 40-41.

¹⁶⁵ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 37-38.

¹⁶⁶ Mecelle madde 673-700.

¹⁶⁷ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 41. Alman, İsviçre ve Türk hukukunda da mevcut olan yenileme (*novatio*) kurumu, borç havalesinin temelini oluşturan bir kurum olmakla birlikte, onunla birebir aynı değildir. Yenilemede borcun nakli amacı olmaksızın, borcun içerik, vade, ödeme yöntemi ve sair hususlarda yenilenmesi amacı söz konusu olabilir. Bu hukuk sistemlerinde taraf yenilemesi için, borcun üstlenilmesi ve alacağın temlik kurumları mevcuttur. Borcun üstlenilmesi ve alacağın temlikinde taraflar borç sona ermeden değişirken, yenilemede eski borç düşer ve yeni bir borç meydana gelir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Oğuzman / Öz, C. I, s. 578.

inâbe başlıkları altında borç havalesi yöntemi¹⁶⁸, hem de borç ilişkisinin intikali başlığı altında ve havale akdi temelinde, hakkın havalesi (alacağın temliki) ve deynin havalesi (borcun nakli)¹⁶⁹ düzenlenmiştir¹⁷⁰. Mısır Medeni Kanunu’nu madde 359/1 uyarınca, borçlunun üçüncü şahsın kendisi yerine borcu ifa edeceğine dair alacaklının rızasını alması ile birlikte inâbe tamam olur. Bu maddenin Fransız doktrini esas alınarak kabul edildiği görülmektedir¹⁷¹. Böylelikle Fransız, İtalyan, Belçika ve Anglosakson hukukları ile Mısır Medeni Kanunu’nda, Roma hukukuna dayanan borç havalesinin (*delegatio*) kabul edildiği söylenebilir.

B. Havale İşlemi (Alman, İsviçre / Türk Sistemi)

Havale işlemi, havalenin Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde karşımıza çıkan şeklidir. Buna göre havale işlemi, ne Roma / Fransız sisteminde olduğu gibi yenilemenin bir uygulama şeklidir, ne de İslam hukuku / Mecelle sisteminde karşımıza çıktığı gibi borcun naklini içeren bir sözleşmedir. Bu sistemde bahsedilen havale, temelinde çifte yetki verme unsuru yatan üç köşeli bir hukuki ilişkidir. Bu hukuki ilişkinin niteliğine ilişkin söz konusu hukuk sistemlerinin doktrinlerinde farklı tartışmalar mevcut olsa da baskın olarak kabul edilen görüşe göre havale, üç köşeli ancak tek taraflı bir hukuki işlemidir¹⁷².

Havale işleminin bu hukuk sistemlerinde nasıl tanımlandığı, onun hukuki niteliğine dair de bilgi vermektedir. Üç tarafı bulunan havalenin tanımı, söz konusu hukuk doktrinlerinde zaman içerisinde farklılık göstermiştir. Esasında bir çifte yetki

¹⁶⁸ MMK, madde 359/1. Roma hukukunda kabul edilen borç havalesi daha önce de belirtildiği üzere doktrinde pasif havale (*passive delegation*) olarak adlandırılmaktadır. Arapça literatürde ise bu kavram *el-inâbetü's-selbiyye* olarak geçer. Bkz: Yahya, s. 25 vd.

¹⁶⁹ MMK, madde 315-322; Mahmasâni, Subhî, *Felsefetü't-Teşri' fi'l-İslam, Mektebetü'l-Keşşâf ve Matbaatüha*, Beyrut 1365/1946, (*Felsefetü't-Teşri'*), s. 88.

¹⁷⁰ Yahya, s. 22, 25.

¹⁷¹ Yahya, s. 25.

¹⁷² Kocaman, Arif B., “Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 01, Ankara 1994, (*“Hukuki Nitelik”*), s. 296; Özakman, s. 267; Yavuz / Acar / Özen, s. 1336.

verme işlemi olan havale işlemi, üç köşeli bir hukuki ilişkidir¹⁷³. Bu işlemin tarafları havale eden (muhi), havale ödeyicisi (muhalün aleyh) ve havale alıcısı (muhalün leh)'dir¹⁷⁴.

Türk Hukukunda havale ilişkisi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 13. bölümünde, 555. ve 560. maddeler arasında düzenlenmiştir. Ancak tarihsel olarak bakıldığında havale ilişkisi İsviçre ve Türk hukuklarında farklı seyirlerden geçmiş, niteliği konusunda her iki doktrinde de tartışmalar mevcut olmuştur. Havalenin niteliği konusundaki görüşlerin tarihsel gelişimine geçmeden önce, hukuk sistemlerindeki kanuni tanımlarında olan gelişimi üzerinde durmak daha faydalı olacaktır. İlerleyen bölümlerde de bu tanımlara dayanarak havalenin hukuki niteliği hakkında ortaya atılan görüşlere yer verilecektir¹⁷⁵.

Öncelikle Türk hukukunda kabul edilen, 1926 tarihli ve 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu madde 457'ye göre havalenin tanımı şu şekildedir:

“Havale, bir akittir ki onunla muhalünaleyh, bilvekâle kendi namına kabza salâhiyettar olan muhalünlehe muhil hesabına nakit veya kıymetli evrak veya sair misli şeyler itasına mezun kılınır.”

2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 555. maddesi ise havaleyi şöyle tanımlamaktadır:

¹⁷³ Özakman, s. 255. Bununla birlikte havale işleminin üçlü ilişkilerin tipik tarzını oluşturduğu konusunda Bkz: Kocaman, Havale, s. 22-23.

¹⁷⁴ Havale ilişkisinin tarafları konusunda doktrinde kullanılan farklı terimler mevcuttur. Ancak biz bu başlık altında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilen taraf isimlerini kullanmayı uygun buluyoruz. TBK'da havale eden olarak geçen kişi, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'na göre muhil, havale ödeyicisi muhalün aleyh ve havale alıcısı da muhalün leh olarak geçmektedir. İslam hukuku kaynakları ve Mecelle'de de bu terimler kullanılmıştır. Bunun yanında doktrinde, havale eden için havale gönderen, havaleci, yollayan ve yollayıcı; havale ödeyicisi için havale verilen, gönderilen, muhatap, yollanan ve yollama ödeyicisi; havale alıcısı için de havale lehdarı, kendisine gönderilen, havale alacaklısı ve yollama alıcısı terimleri de kullanılmaktadır. Türk hukukunda kullanılan havale terimleri için Bkz: Yavuz / Acar / Özen, s. 1335; Özakman, s. 255-256; Eren, s. 919 vd.; Velidedeoğlu / Özdemir, s. 659 vd.; Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 291 vd.; Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 40.

¹⁷⁵ Bkz: §1-VI-B.

“Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir.”

Borçlar Kanunlarımızda söz konusu hükmün mehzazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun 466. maddesinde havaleye ilişkin hüküm şu şekildedir:

“Havale ile, muhalünaleyh (yollanan), para, kıymetli evrak ya da misli başka eşyayı, muhil (yollayan) hesabına havale lehdarına vermeğe, havale lehdarı da edimi muhalünaleyhten kendi adına istemeğe yetkili kılınır (almanca metin)”¹⁷⁶.

Alman hukukunda ise havale, Alman Medeni Kanunu'nun 783 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. BGB'nin havalenin tanımına ilişkin 783. maddesi şu şekilde tercüme edilebilir:

“Eğer bir kişi, üçüncü bir kişiye, diğer bir kişiyi para, kıymetli evrak ya da diğer misli eşyayı bu üçüncü kişiye vermeyi emreden bir belge teslim ederse, üçüncü kişi kendi adına havale alandan ödemeyi kabzetmekle yetkilendirilmiş; havale alan ise lehdara havale eden hesabına ödeme yapmakla yetkilendirilmiş olur”¹⁷⁷.

Eski ve yeni Borçlar Kanunlarımızın söz konusu maddeleri lafız bakımından havaleye ilişkin birer tanım içermektedir. 818 sayılı Kanun'un lafzına bakılarak havalenin bir sözleşme olarak tanımlandığı söylenebilir. Ancak bu tanım genel anlamda doktrinde ve uygulamada kabul görmemiş, İsviçre Borçlar Kanunu'nun yanlış çevrilmesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir¹⁷⁸. Söz konusu uzun tartışmaları

¹⁷⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca madde metninin çevirisi Yavuz'dan naklen alınmıştır. Bkz: Yavuz / Acar / Özen, s. 1134.

¹⁷⁷ Alman Medeni Kanunu'nun İngilizce metni için Bkz: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3385, (E.T. 13.11.2019).

¹⁷⁸ Zevkliler / Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 634. Ancak burada yanlış bir çeviri söz konusu değildir. 1926 yılında İsviçre Borçlar Kanunu iktibas edilirken, kanunun Fransızca metni kullanılmıştır. Fransızca metinde, havale tanımı verilirken, “*contrat*” yani akit ifadesi kullanılmıştır. Bu metin halen yürürlüktedir. Ancak İsviçre doktrininde de bu ifade eleştirilmekte ve havalenin bir akit değil, çifte yetki veren bir hukuki işlem olduğu görüşü ağırlıklı olarak kabul görmektedir. Zaten kanunun Almanca metninde böyle bir ifade yoktur ve Almanca metin, yukarıda görüldüğü gibi havalenin bir çifte yetki verme işlemi olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Fakat İsviçre'de kanunun Fransızca ve Almanca metinleri resmi kodifikasyon olarak

sona erdirmek adına 6098 sayılı Kanun'da, doktrinindeki baskın görüş ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca metnine uygun olarak, havale bir hukuki işlem olarak tanımlanmıştır. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun yukarıda verilen 466. maddesi, havalenin açıkça bir hukuki işlem olduğunu belirtmemiş, sadece havale ile ortaya çıkan çifte yetkilendirmeden bahsetmiştir. Bu bakımdan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun havalenin hukuki niteliğine ilişkin açık bir ifade kullanması yerinde olmuştur.

Doktrine göre de yeni Borçlar Kanunu'ndaki havale tanımı, havale ile ortaya çıkan hukuki sonucun niteliğine ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye daha uygundur¹⁷⁹.

Alman Medeni Kanunu'nda da havalenin hukuki niteliği açıkça belirtilmemiş olsa da 783. madde düzenlemesinde, havalenin çifte yetki veren bir hukuki işlem olduğu görülmektedir. Alman doktrininde, İsviçre'deki gibi bir karışıklık ve tarihi uygulama olmadığından olsa gerek, sözleşme görüşüne rastlanmamaktadır. Ancak Alman Medeni Kanunu'nda, İsviçre / Türk sisteminden farklı olarak, havale beyanının yazılı bir biçimde açıklanması gerekir¹⁸⁰.

Görüldüğü üzere havale işlemi (*Anweisung*), günümüz Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuku kanunlarında yerini bulan¹⁸¹ ve doktrinlerinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, çifte yetkilendirme içeren üç köşeli bir işlemidir. Havale işlemi ile, havale eden tek taraflı bir irade beyanı ile, havale ödeyicisine, para, kıymetli evrak veya sair misli eşyayı havale alıcısına ödeme yetkisi verirken, havale alıcısına

aynı anda yürürlükte olduğu için, doktrinde böyle bir tartışma mevcuttur. Bkz: Yavuz / Acar / Özen, s. 1334; Özakman, s. 261. İsviçre Medeni Kanunu'nun İngilizce, Almanca ve Fransızca metinlerinin kıyaslaması için bakınız: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html#>, (E.T. 7.10.2019). Belirtmek gerekir ki, kanunun İngilizce metni, resmi kodifikasyon metni olarak sayılmamaktadır.

¹⁷⁹ Yavuz / Acar / Özen, s. 1334; Türk, Ahmet, Hukuki Yönden Banka Havalesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 50-51.

¹⁸⁰ Sabri Şakir / Fuad Hulusi, s. 277; Türk, s. 48-49.

¹⁸¹ BGB §783 vd.; ABGB §1400 vd.; İBK. m. 466-471; TBK m. 555-560; eBK m. 457-462; Kocaman, Havale, s. 19-22.

da bu ödemeyi kendi adına kabul etme yetkisi verir¹⁸². Verilen bu yetkiler, tek başına muhataplarını yükümlülük altına sokmazlar. Taraflar isterse bu yetkileri kullanır. Ancak havale ödeyicisinin havaleyi kabul etmesi ile birlikte, onun havale alıcısına karşı havale konusunu ifa etme yükümlülüğü doğar¹⁸³.

Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında kabul edilen havale işlemi bir ödeme havalesidir. Roma ve Fransız hukukunda kabul edilen borç havalesi ise bir taahhüt havalesidir¹⁸⁴. Ödeme havalesinin daha önce bahsettiğimiz taahhüt havalesinden en önemli farkı, ilkinde havale ile verilen yetki ifaya yöneliktir ve havale ödeyicisinin ifası ile havale edenin temel ilişkideki borcu sona erer. Borç havalesi olarak incelediğimiz taahhüt havalesinde ise havale yetkisi, alacaklı ile bir taraf yenilemesi yapmak ve temel ilişkideki borcu üzerine almak için verilen bir yetkidir. Taraf değişikliği için havale beyanı yeterli değildir. Devamında havale üstlenicisinin havale alıcısına karşı yenileme ile temel ilişkideki borcu taahhüt etmesi gerekir. Temel ilişkideki borç, havale üstlenicisi ile havale alıcısı arasında gerçekleşen yenileme anlaşması ile birlikte sona erer ve havale üstlenicisinin aynı içerikte yeni borcu doğar. Böylelikle taahhüdün gerçekleşmesi ile birlikte havale eden, temel ilişkideki borcundan kurtulur. Bu ihtimalde borcun sona ermesi havalenin ifasına bağlı değildir¹⁸⁵.

¹⁸² TBK madde 555; İBK. Madde 466 (Almanca metni). İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninde, söz konusu maddede havale için akit sözcüğü kullanılsa da İsviçre ve Türk hukuku doktrinlerinde bu ifadenin havalenin hukuki niteliğini yansıtmadığı baskın görüş olarak kabul edilmektedir. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu madde 457'de, havalenin bir akit olarak nitelendirilmesinin de iktibas sırasında İBK.'nin Fransızca metninin esas alınarak tercüme edilmesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bkz: Yavuz / Acar / Özen, s. 1333-1334.

¹⁸³ Özakman, 255.

¹⁸⁴ Ödeme havalesinde muhalün aleyh havale borcunu ifa etmeden asıl borçlunun borcu sona ermez. Ancak taahhüt havalesi olan borç havalesinde muhalün aleyhin alacaklı ile yapacağı üstlenme anlaşması ile birlikte asıl borçlunun borcu sona erer. Havale işlemi ile borç havalesi veya borcun üstlenilmesi arasındaki en temel fark budur. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 41. Roma hukukunda ifa sebebine (*causa solvendi*) bağlı olan ödeme havalesine *delegatio solvendi*, yenileme ile gerçekleşen ve taraf yenilemesi amacı taşıyan (*causa obligandi*) taahhüt havalesine ise *delegatio obligandi* denir. Roma / Fransız sisteminde taraf yenileme yöntemi olarak kabul edilen borç havalesi *delegatio obligandi*'ye dayanırken, Alman / İsviçre / Türk sisteminde kabul edilen havale işlemi *delegatio solvendi*'ye dayanır. *Delegatio solvendi* ve *delegatio obligandi* hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Düren, s. 31-41; Berger, s. 429.

¹⁸⁵ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 41; Düren, s. 31-41.

Roma hukukunda taahhüt havalesi (*delegatio obligandi*), yenileme (*novatio*) yoluyla gerçekleştiğinden söz konusu kurumlar da hukuken birlikte ele alınıyordu. XVIII. yüzyıla kadar birbirlerini tamamlayan kurumlar olarak görülen havale ve yenilemenin iki farklı hukuki kurum olduğu görüşü ilk defa *von Salpius* tarafından ortaya atılmıştır¹⁸⁶. XIX. yüzyılda borcun malvarlığının pasif unsuru olduğu fikri ve devamında cüzî halefiyetin kabul edilmesi neticesinde havale kavramı da borcun havalesinden daha geniş bir kapsamda kabul edilmeye başlanmış ve günümüzdeki halini almıştır¹⁸⁷.

Borcun niteliğine ilişkin daha önce de bahsedilen tarihsel gelişim, tarihçi hukuk ekolünün etkisinde gelişen Alman hukukunda tamamlanmış ve borcun şahsi bir bağ olmaktan öte, şahıs varlığından ayrı maddi bir değer olduğu fikri genel olarak kabul görmüştür. Böylelikle Alman kanun koyucuları da borcun nakli konusunda Avrupa’da XIX. yüzyılda ortaya çıkan tartışmada ilk grubun görüşüne katılmış oldular¹⁸⁸. Bunun sonucunda da 1896 Alman Medeni Kanunu (BGB) ve onu takip eden 1911 İsviçre Medeni Kanunu (OR)’de borcun nakli ve havale ayrı birer kurum olarak ele alınmıştır¹⁸⁹. Bugün de Alman, İsviçre ve dolayısıyla Türk hukuklarında borcun üstlenilmesi kurumu mevcuttur ve bu kurum sayesinde borcun nakli ihtiyacı karşılanmaktadır.

Türk hukuku bakımından İsviçre’de havalenin gelişimine biraz daha yakından bakmak gerekir. XIX. yüzyılda İsviçreli birçok hukuk profesörü Almanya’da eğitim almış ve orada ders vermiştir. Bu nedenle de Alman tarihçi hukuk ekolü, bu hukukçuları ve onlar vasıtasıyla da İsviçre’nin Almanca konuşulan kantonlarını

¹⁸⁶ *Von Salpius*’tan naklen *Kahraman*. Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 43-44. Roma hukukunun klasik döneminde de *delegatio* ve *novatio*’nun farklı hukuki kavramlar olduğu, bazı kavramların sonradan metinleri şerh edenler tarafından birleştirildiği konusunda Bkz: Düren, s. 36-38.

¹⁸⁷ Düren, s. 38.

¹⁸⁸ Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 36; Senhûrî, el-Vasit, C. III, s. 419; Şahin, Havale, s. 17.

¹⁸⁹ Bu hukuk sistemlerinde borcun nakli için daha doğru bir ifadeyle borcun üstlenilmesi kavramı kullanılmaktadır. Çünkü bu sistemlerde borcun naklinin gerçekleşebilmesi için, üstlenenin iradesi ön plandadır. Bu doğrultuda Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 3, dn. 3.

önemli ölçüde etkilemiştir¹⁹⁰. İsviçre tarihçi hukuk ekolünde, Alman tarihçi hukuk ekolünden farklı olarak Romanistler ve Germanistler arasında belirgin bir farklılık görülmemektedir¹⁹¹.

Kantonlarda gerçekleşen medeni hukuk kodifikasyonları üç grup halinde incelenmektedir. Buna göre Cenevre Blokundaki kantonlarda Fransız hukuku ve Code Civil örneği takip edilmiştir. Fransız hukukunun bu bölgelerdeki etkisi, ilk İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1883'te ve İsviçre Medeni Kanunu'nun 1912'de yürürlüğe girmesine kadar devam etmiştir. İkinci grup olan Bern Bloku kantonlarının kodifikasyonlarında Avusturya Medeni Kanunu örnek alınmıştır. Son grup olan Zürih Blokunda ise tarihçi hukuk ekolünün etkileri hakimdir. Ünlü hukukçu *Keller*'in hazırladığı bu kanun, İsviçre'nin yerel özel hukuk geleneği ile çağdaş Pandekt hukukunun başarılı bir sentezi olarak kabul edilmekte ve XIX. yüzyılın öne çıkan özel hukuk kodifikasyonu olarak görülmektedir. Nitekim 1854-1856 yılları arasında tedricen yürürlüğe giren Zürih Kantonu Medeni Kanunu, 1881 İsviçre Borçlar Kanunu ve 1907 İsviçre Medeni Kanununun temelini oluşturmuştur¹⁹². Böylelikle 1881 İsviçre Borçlar Kanunu (eİBK.), Fransız Medeni Kanunu ve Alman Pandekt hukukunun, dolayısıyla da Roma hukukunun etkilerini taşımaktadır.

Konfederasyon şeklinde örgütlenen ve yirmi iki kantondan oluşan İsviçre'de özel hukuk alanında kanun yapma yetkisi borçlar hukuku bakımından 1874 yılına kadar, genel olarak da 1898 yılına kadar kantonlara ait olmuştur¹⁹³. Bu nedenle özel hukuk alanında federal düzeyde kanunlaştırmalar yapılabilmesi için bazı anayasa değişiklikleri gerekmiştir. Öncelikle federal İsviçre Borçlar Kanunu, 14 Haziran 1881 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 1883 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Federal düzeyde bir medeni kanunun yapılması için de tekrar bir anayasa değişikliği gerekmiş ve bu

¹⁹⁰ Hamza, Gábor, "Modern Dönemde İsviçre'de Özel Hukukun Gelişimi ve Kodifikasyonu", (Çev. Kerem Öz), *UAÜHFD*, Sayı: 9, 2017, s. 216.

¹⁹¹ Hamza, s. 217.

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için Bkz: Schuster, Ernest J., "The Swiss Civil Code", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Third Series, Vol. 5, No. 4, 1923, s. 216-217; Hamza, s. 220-222.

¹⁹³ Hamza, s. 220.

değişiklik sonrasında İsviçre Medeni Kanunu ancak 1907 yılında kabul edilebilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu, Borçlar Kanununun revize edilen metni ile birlikte 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁹⁴.

Söz konusu Kanun, ilki 30 Mart 1911’de olmak üzere, 1936 ve 1984 yıllarındaki revizyonlarla birlikte üç defa kapsamlı şekilde revize edilmiştir¹⁹⁵. İsviçre Medeni Kanunu’nun ilgili hükmü gereğince Borçlar Kanunu’nun revize edilen ikinci metni, kanunun devam eden beşinci kitabı şeklinde kabul edilmektedir¹⁹⁶. İsviçre Medeni Kanunu, Roma-Cermen hukuk geleneği ile bu geleneğin Fransa, Avusturya ve Almanya’daki kodifikasyonlarının dengeli bir sentezi olarak kabul edilmektedir¹⁹⁷.

Daha önce de değinildiği gibi havale işlemini kabul eden kanunlarda, borcun nakli ve alacağın temliki ayrı kurumlar olarak düzenlenmiştir. Bu sistemlerde havale işlemi ile taraf değişikliğinden ziyade, havale edenin havale alıcısına karşı bir ödeme ihtiyacının giderilmesi veya taraflardan birine bir kredi açılması hedeflenmektedir¹⁹⁸. Havalenin, ödeme (ifa) amacıyla yapılması durumunda, havale eden ile havale alıcısı arasındaki temel ilişkiden doğan borç, havalenin yapılmasıyla değil, fakat havale ödeyicisinin havale borcunu ifa etmesi ile sona erer¹⁹⁹. Havale işleminin, borç havalesi ve havale akdinden en önemli farkı da budur. Nitekim havale akdinde temel ilişkide havalere konu olan borç, havalenin gerçekleşmesi ile birlikte havalere üstlenen muhalün aleyhe geçer. Muhil yani ilk borçlu açısından, havalenin gerçekleşmesi ile birlikte borç sona ermiş olur²⁰⁰. Havale işleminde ise havale edilen borç havale ödeyicisi tarafından ödenmedikçe havale eden borçtan kurtulmadığı için, havale

¹⁹⁴ 13 Kasım 1898 tarihli halk oylaması ile birlikte anayasanın 64. maddesi değiştirilerek federal yasama erkinin yetkileri özel hukukun tüm alanlarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bkz: Hamza, s. 223.

¹⁹⁵ Hamza, s. 222-223.

¹⁹⁶ İlgili kanun maddesi için Bkz: ZGB, Art. 7; TMK, m. 5.

¹⁹⁷ Hamza, s. 224-225.

¹⁹⁸ Zevkliler / Gökyayla, s. 635.

¹⁹⁹ Türk, s. 118-119.

²⁰⁰ Ancak bu sona erme ilerde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, alacaklının hakkının havale sonucunda zayi olmaması şartına bağlı bir sona ermedir. Tevâ denilen bu haller gerçekleşirse, alacaklı muhalün aleyhten alamadığı hakkını tekrar muhile karşı ileri sürebilir. Bkz: Kudûrî, el-Muhtasar, s. 120; Semerkandî, C. III, s. 247; Merğînânî, C. III, s. 99.

ödeyicisinin borcu ifa etmemesi durumunda havale alıcısının havale edene karşı hakları devam etmektedir²⁰¹.

Görüldüğü üzere İslam hukukunda kabul edilen havale akdi, İsviçre / Türk sisteminde kabul edilen havale işleminden farklı hukuki temellere dayanır. Havale akdi, İsviçre / Türk sisteminde kabul edilen borcun üstlenilmesi yani tam anlamıyla bir borcun naklidir. Ancak havale işleminde borcun nakledilmesi söz konusu değildir. Borç havale edenin pasifinde yer almaya devam eder. Yani havale ödeyicisi havale konusu borcu ödemediği sürece asıl borç da sona ermez. Bu işlem havale edenin, havale konusu bir borç ise, sadece borcunu ödemek konusunda havale ödeyicisine verdiği bir ödeme yetkisi ve havale alıcısına verdiği bir kabul yetkisinden ibarettir. Dolayısıyla doktrinde baskın görüşe göre ve Türk Borçlar Kanunu'nun 555. maddesine göre havale işlemi bir akit olarak adlandırılmaz²⁰². Söz konusu madde metninden de anlaşıldığına göre havale, çifte yetkilendirme içeren tek taraflı bir hukuki işlemdir.

Havale işleminin 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda akit terimleriyle ifade edilmesi, sadece bir tercüme farklılığından değil, İsviçre hukukunun iktibası öncesi sahip olunan Mecelle mirasından da kaynaklanıyor olmalıdır. Nitekim kurallar veya kurumlar değişse bile dile yerleşen kavramların değişmesi çok kolay değildir. Havale ve ona ilişkin kavramlar konusunda Türk hukuku doktrininde farklı terimler kullanmayı tercih edenler olsa da²⁰³ bu çabalar kadük kalmış ve Mecelle'de kullanılan terimlerin bu konuda hukuk dili üzerindeki etkisi devam edegelmiştir. Ayrıca 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda havale akdinin yerini tutan borcun nakli müessesesinde “*borcun nakli taahhüdü*”, “*borcun nakli müteahhidi*”, “*evvelki borçlu*” veya “*alacaklı*” gibi terimler kullanılırken, havale işleminde ise “*muhil*”, “*muhalün aleyh*”, “*muhalün leh*” veya “*muhalün bih*” gibi havaleye dair Arapça

²⁰¹ TBK madde 558.

²⁰² Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 298; Yavuz / Acar / Özen, s. 1334, Türk, s. 50-51.

²⁰³ Velidedeoğlu, “havale” yerine “yollama” terimini kullanmaktadır. Ancak görülen o ki bu terim, doktrinde havale teriminin yerini alamamıştır. Bkz: Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Özdemir, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, s. 659 vd.

orijinal terimler kullanılmıştır²⁰⁴. Türk kanun koyucunun havale işlemini, İslam hukukundaki havale kavramı üzerinden algılaması ve borcun nakli müessesesini yeni bir kurum olarak yeniden adlandırması dikkate değerdir.

Cumhuriyet Dönemi ve yeni kanunların iktibasası ile birlikte, hem Osmanlıca ve Arapça karşısında hem de mehz kanunların dili karşısında, hukuk terimleri mümkün olduğunca Türkçeleştirilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda yer alan özel hukuk terimlerinin Türkçeleştirilmesi, Mecelle'deki terim ve kavramlar kullanılarak gerçekleştirilmiştir. Mecelle'deki birçok hukuk terimi, havalede olduğu gibi, bugün hala özel hukukumuzda yaşamaya devam ederken, bazı hukukçular günümüz kanunlarımızı da Mecelle nosyonu ile algıladığımızı düşünmektedir²⁰⁵.

Söz konusu yeni kanunlaştırmalar, Mecelle ile aynı hükümleri ihtiva etmeseler da benzer düzenlemeler getirmektedirler. Bu benzerliği hukukun evrenselliği ile açıklayan görüşler olduğu gibi, Medeni Kanun iktibasının Osmanlı ve İslam hukukunun etkilerini taşıdığını savunanlar da mevcuttur²⁰⁶. Bununla birlikte günümüz doktrininde Mecelle'nin, Roma hukuku gibi kapsamlı bir özel hukuk düzenlemesi olduğu ve pozitif hukuk doktrinine ışık tuttuğu kabul edilmektedir²⁰⁷.

Havale sözcüğünün Türkçe sözlük anlamı da Arapça sözlük anlamı ile aynıdır²⁰⁸. Ancak iki dilde ifade ettiği terim anlamları farklılaşmıştır²⁰⁹. Önceden

²⁰⁴ 1926 tarihli ve 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu madde 173-181 ve madde 457-462; Koç, Nevzat / Ulusoy, Erol / Akipek, Şebnem, Karşılaştırmalı Gerekçeli 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2012, s. 263-274, 696-701; Şahin, Havale, s. 21-22.

²⁰⁵ Karakoç, İrem, s. 110.

²⁰⁶ Bu etki daha çok kişiler, aile ve miras hukuku konusunda görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Karakoç, s. 110; Miller, Ruth A., "The Ottoman And Islamic Substratum of Turkey's Swiss Civil Code", Journal of Islamic Studies, vol. 11, no. 3, 2000, s. 335-337.

²⁰⁷ Karakoç, s. 111.

²⁰⁸ TDK'nın güncel Türkçe sözlüğüne göre "havale" sözcüğünün ilk anlamı, bir işin bir başkasının sorumluluğuna bırakılması, ısmarlanması veya devredilmesidir. Bkz: <https://sozluk.gov.tr> (E.T. 28.4.2021).

²⁰⁹ Havalenin Arapça terim anlamı: "Borcun bir zimmetten diğer bir zimmete nakledilmesi"dir. Bkz: Bilmen, C. VI, s. 286. T.C. Adalet Bakanlığı'nın hukuk sözlüğünden alınan Türkçe terim

Türkçe terim anlamı olarak da Mecelle'deki anlamı, yani borcun bir zimmetten diğerine naklini ifade ediyorken, İsviçre kanunlarının iktibası ile birlikte ödeme ve kabzetme yetkisinin bir üçüncü kişiye havalesi anlamında kullanılmaya başlanmıştır. Çünkü doktrinde havale terimine ilişkin böyle bir anlam kargaşası söz konusu olmamıştır²¹⁰. Demek ki Türk hukukunda taşıdığı terim anlamı da havale sözcüğü ile ifade edilmek istenen kavrama uygundur. Uygulamada havale işlemi ile bazen ödeme yetkisinin havale edilmesi kastedilirken bazen de borcun kendisinin havalesi kastediliyor olabilir. Ancak hukuken aralarındaki fark çok açıktır. Borcun nakledilmesi kastedilse bile havale işlemi ile asıl borç sona ermez ve üçüncü bir şahsa nakli gerçekleşmez. Sadece söz konusu borcu ödeme yetkisi üçüncü bir kişiye havale edilmiş ve havale eden asıl borçlu havale işlemi neticelenene kadar borcu ile takip edilmekten kurtulmuş olur²¹¹.

anlamı ise: “Yollama ödeyicisinin, para, değerli kağıtlar veya benzeri nesnelere, yollayıcı hesabına yollama alıcısına ödemek ve yollama alıcısının da bunları kendi adına teslim almak üzere yetkili kıldığı sözleşme”dir. Bkz: <https://sozluk.adalet.gov.tr/havale> (E.T. 28.4.2021). Ancak bu tanımın doktrinde ve TBK’da kabul edilen havale terimi ile örtüşmediği görülmektedir. Burada tercih edilen anlamın, eBK zamanından kalma akit-hukuki işlem kargaşasının izlerini taşıdığı söylenebilir. Bu sözlükte her ne kadar akit olarak ifade edilse de günümüz Türkçe literatüründe kullanılan havale terimi, Arapçası gibi borcun nakli anlamını taşımaz. Yukarıda da ifade edildiği gibi Türk medeni hukuku doktrininde baskın olarak kabul edilen ve TBK madde 555’te ifade edilen havale, “havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kaldığı bir hukuki işlemidir”. Mecelle ve 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu’nda kullanılan havale terimlerinin anlam farkı için Bkz: Türk Hukuk Lûgatı, 3. bs., Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s.121.

²¹⁰ Nitekim ilk Borçlar Kanunu şerhlerinden biri olan Sabri Şakir ve Fuad Hulusi’nin şerhinde yeni kanunda kabul edilen havale işleminin mülga Mecelle’den farklı bir düzenleme getirdiğinden bahsedilirken, iki kanundaki havale kurumlarının tamamen farklı hukuki temellere dayandığından bahsedilmemiş, sadece yeni düzenlemenin Mecelle’deki düzenlemeden daha kapsamlı olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte İsviçre’de havale kavramı hakkındaki hukuki telakkilerin gelişiminden ve yeni düzenleme ile Mecelle’deki havale arasındaki temel farkın, muhil ile muhalün leh arasındaki temel ilişkide bir borç bulunmasının zorunlu olmaması olduğundan bahsedilmiştir. Bu konuda havale teriminin kullanılmaya devam edilmesinin ve iki kurumun tamamen farklı düzenlemeler olarak ele alınmamasının, havale işleminin havale akdinin devamı niteliğinde görüldüğüne işaret ettiği söylenebilir. Nitekim devamında İsviçre içtihadının muhilin muhalün lehe olan borcunu ödeme maksadının açıkça ifade edildiği havaleyi geçerli saydığı belirtilmiştir. Bkz: Sabri Şakir / Fuad Hulusi, C. II, s. 276-278.

²¹¹ Eren, s. 926.

C. Havale Akdi (İslam Hukuku / Mecelle Sistemi)

Bu başlıkta sözü edilen havale akdi ile kastedilen, havale işleminin niteliğinin İsviçre ve Türk hukuku doktrinlerinde bazı yazarlarca sözleşme olarak tanımlanması değildir. Burada incelenecek havale akdi, İslam hukukunda yüzyıllar boyunca uygulanagelen, daha öncesinde de Arap toplumlarında var olduğu anlaşılan havale kurumunun hukuki şeklidir. Havalenin akit niteliği konusunda Alman doktrininde olduğu gibi özel bir tartışma, İslam hukuku doktrininde söz konusu değildir. Klasik veya modern dönemde havaleyi konu alan eserlerde, havalenin niteliğine ilişkin hukukçuların münferit değerlendirmeleri mevcuttur.

Yukarıda da bahsedildiği üzere borç ilişkisinin malvarlığına ait maddi bir unsur sayılması ve hukuki bir işleme konu olması fikrinin Avrupa hukukunda kabul görmesi uzun bir süreç sonunda gerçekleştirilmiştir. 1804 Fransız Medeni Kanunu'na kadar alacağın temliki, 1896 Alman Medeni Kanunu'na kadar ise borcun nakli kurumları mevzu hukuk tarafından kabul edilmemiştir. Ancak borç ilişkisinin havale akdine konu olması ve hakkın veya borcun naklinin hukuken mümkün kabul edilmesi İslam hukukunda Avrupa hukukundakine nazaran asırlar önce gerçekleşmiştir²¹².

İslam hukukundaki havale akdi ile, Roma / Fransız sisteminde kabul edilen borç havalesi ile hedeflendiği gibi borcun nakli amacına ulaşılacak istenmektedir. Ancak işleyiş bakımından, borç havalesindeki gibi yenileme esasına dayanmak yerine, İsviçre / Türk sisteminde kabul edilen borcun üstlenilmesi kurumunda olduğu gibi borcun nakli fikrine dayanmaktadır. Havale akdinin hüküm ve sonuçları konusunda yeri geldikçe söz konusu hukuk sistemleri ile karşılaştırma yapılacaktır.

İslam hukukundaki anlamıyla, iki taraf arasında mevcut olan bir borcun, sağlar arası bir işlemle eski borçlunun yerini alan üçüncü bir kişi tarafından devralınması

²¹² Yahya, s. 101; Ayrıca bu hususun İslam hukukunun Roma hukukuna dayandığı iddiasına karşı bir kanıt niteliği taşıdığı ifade edilmektedir. Bkz: Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, "el-Havale", s. 36.

olan havale²¹³, en başından beri üç taraflı bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu durum, doktrini oluşturan fıkıh (hukuk) kitaplarında açıkça belirtildiği gibi²¹⁴, İslam hukukunun Osmanlı'nın son döneminde yapılan en önemli kodifikasyonu olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de de aynı şekilde düzenlenmiştir. Havalenin tanımının yapıldığı 673. maddede doğrudan akit kelimesi kullanılmamakla birlikte, havale akdinin nasıl kurulacağına ve hükümlerine ilişkin devam eden maddelerden, havalenin bir akit olduğunun evleviyetle kabul edildiği anlaşılmaktadır²¹⁵. Tarihin en önemli fıkıh kodifikasyonu olan Mecelle'ye dayanarak, en azından havalenin İslam hukuku ekollerinden biri olan Hanefî mezhebinde akit şeklinde kabul edildiği söylenebilir. Bununla birlikte Mecelle'nin çağdaşı ve Mısır'daki ilk kanun denemesi sayılabilecek Mürşidü'l-Hayrân'da Hanefî mezhebi esas alınmış, madde 766 ve devamı hükümlerinde de havale kurumu akit formunda düzenlenmiştir²¹⁶.

Esasında İslam hukukunda ve Mecelle'de kabul edilen genel prensip, alacaklının alacağını borçlusunun borçlusundan tahsil edemeyeceğidir. Mecelle 1640. maddesinde bu genel prensibi “*dâine medyunun medyunu hasım olmaz*” şeklinde ifade etmiştir. Ancak iktisadi hayattaki ödemeleri kolaylaştırmak adına, tarafların anlaşması şartıyla bir kimsenin alacaklısını borçlusu üzerine havale etmesi geçerli kabul edilmiştir²¹⁷. Havale akdinin türlerinden mukayyet havale olarak kabul edilen bu durum ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

İslam hukukunda kabul edilen havale akdinde borç havalesinde olduğu gibi, borcun nakli amacı güdülmektedir. Havalenin konusunu doğrudan bir borç oluşturmaktadır. Fakat daha sonraki dönemde süftece ve sak usulleriyle akde konu olan borcun tedavülünün sağlanmasının²¹⁸, havale akdinin amacını Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki havale işleminde olduğu gibi ödeme veya kredi amacına

²¹³ Cheron / Fahmy, s. 413.

²¹⁴ Mevsîlî, C. III, s. 5; Ali Haydar, C. II, s. 270 vd.; Bilmen, C. VI, s. 288 vd.; Yahya, s. 113 vd.

²¹⁵ Ali Haydar, C. II, s. 276 vd.

²¹⁶ Yahya, s. 102. Ayrıca söz konusu eserin havale hükümlerinin tercümesi için Bkz: Ek. 2.

²¹⁷ Kurtoğlu, Serda, İslâm Hukuku Dersleri, C. II, Fatih Matbaası, İstanbul 1972, s. 277.

²¹⁸ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

yaklaştırdığı da söylenebilir. Bununla birlikte batı hukuklarının etkisi ile bazı Müslüman devletlerin hukuklarında, havale akdinin klasik fihhi yorumu medeni havale (*havale medeniyye*) başlığı altında düzenlenirken, özellikle bankacılık ve finansman işlemleri bakımından havale işlemi temelli banka havalesi (*havale masrifiyye*) özel kanunlarla düzenlenmiştir²¹⁹. Ancak bu konu Türk hukuk tarihi bakımından konumuz dışında kalacağı için sadece değinmekle yetinilecektir.

Havale akdi, İslam hukukunu esas alan hukuk sistemlerinde, özellikle de Osmanlı uygulaması ve Mecelle’de karşımıza çıkmaktadır. Havale, Türkiye’de İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1926 yılındaki iktibasına kadar, Mecelle’deki şekliyle, yani havale akdi olarak uygulanmıştır. İslam hukuku terimi ve dolayısıyla Arapça kökenli olan havale kelimesi, Türk diline ve hukuk terminolojisine öyle bir yerleşmiştir ki, daha önce de bahsedildiği gibi terimi Türkçeleştirmek için sarf edilen çabalar sonuçsuz kalmıştır²²⁰. Hukuk sistemi ve uygulanan kurum tamamen değişmiş olsa da birçok hususta hukuki dilin sadeleştirildiği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda dahi havale terimi kullanılmaya devam etmektedir. Bu nedenle Mecelle’de benimsenen havale akdi kurumunun, cismen olmasa da ismen hala yaşadığı söylenebilir. Ancak bu iki kurumun hukuki niteliğindeki benzerlik, isim benzerliğinden öteye pek geçmemektedir. Fakat havale işlemi ve havale akdi bakımından her ikisinde de tarafların bir ödeme yükümlülüğünü üçüncü kişiye devretme iradesi taşıması, borç havalesinin işleyişi de düşünüldüğünde iki kurumu köken olarak yaklaştırmaktadır. Bununla birlikte Türk hukukundaki havale işleminin içeriği, tamamen İsviçre

²¹⁹ El-Hacce, s. 131 vd.; El-Afv, Bassâm Hasan, “el-Havâle ve’s-Suftece Beyne’d-Dirâse ve’t-Tatbîk”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazze İslam Üniversitesi Şeriat Fakültesi, Gazze 1999, s. 169 vd.; Fazlullah, Fâtıma Abdullah Muhammed, “Ahkâm el-Havâle fi’l-Fıkh el-İslâmi: Dirase Fıkhıyye Mukârene bi Kanun el-Muâmelât el-Medeniyye es-Sudâniyye lisene 1984”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, El-Cezîre Üniversitesi Edebî Bilimler Fakültesi, 2016, s. 49 vd. *Izzi Dien*, modern ticari işlemlerin birçoğunda *havale masrifiyye* teriminin, aralarında farklılıklar olmasına rağmen, *süftece* terimini karşılamak üzere kullanıldığını ifade etmektedir. Bkz: *Izzi Dien*, M. Y., “Suftadja”, Eİ2, vol. IX, 1997, s. 770. Bununla birlikte banka havalesi kavramının hukuki niteliği hakkında doktrinde karşılaşılan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Sonat, K. Ali, “Nakit Dışı Ödeme Usulleri Çerçevesinde Para Borcunun Banka Havalesi Yoluyla Ödenmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010, s. 19-26.

²²⁰ Velidedeoğlu’nun, “havale” yerine “yollama” sözcüğünü kullandığını daha önce de belirtmiştik. Yazarın havaleye ilişkin hukuki terimlerin yerine kullandığı ifadeler için Bkz: Velidedeoğlu/Özdemir, s. 659-665.

düzenlemesi ile aynıdır. Türk hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi özel hukuk bakımından tarihsel bir dönüşüm yaşanmamış, Mecelle yürürlükten kaldırılarak doğrudan İsviçre ve dolayısıyla Avrupa hukuklarının tarihi birikimi iktibas edilmiştir. Bu nedendir ki, mevzu hukuk bakımından Mecelle’de benimsenen sistemin, hukuki kavramlar dışında Türk hukukuna temel oluşturduğu savunulamaz²²¹.

Bu çalışmanın konusunu, temelde, havalenin (*havaletü’-d-deyn*) İslam hukukundaki düzenlenişi oluşturmaktadır²²². Dolayısıyla farklı hukuk sistemlerinde karşılaşılan havale yöntemlerinin üzerinde daha fazla durulmayacaktır. Fakat yeri geldikçe İslam hukukundaki havale akdi ile diğer havale türleri kıyaslanarak konuya derinlik katılmaya çalışılacaktır.

1) Havale Akdine İlişkin Terimler

Havale akdi sisteminin daha iyi anlaşılabilmesi için, İslam hukuku doktrininde kullanılan ve genellikle Arapça olan havaleye ilişkin terimlerden de kısaca bahsetmek gerekir. Havale akdi, muhalün bihin muhalün aleyhe ödenmek üzere muhil tarafından muhalün aleyhin zimmetine nakledilmesidir. Bu kısa tanımdan yola çıkarak havale ile birlikte dört temel terime daha değinmenin gerekli olduğu görülmektedir. Bunlar; muhil, muhalün aleyh, muhalün leh ve muhalün bihtir.

²²¹ İslam hukuku ve Mecelle birikiminin İsviçre Medeni Kanunu iktibasını etkilediği savunulsa da bu etki daha çok şahıs, aile ve miras gibi ahvâl-i şahsiye düzenlemelerinde görülebilir. Bununla birlikte borçlar hukuku bakımından mehzaz kanunun Türk hukuk mirasına uyarlandığını söylemek zordur. Bkz: Miller, s. 336; Karakoç, s. 110-111.

²²² İslam hukuku ve batı hukukları etkisindeki güncel doktrinlerde havale akdi, alacağın temlik ve borcun nakli kurumlarını karşılayacak şekilde “hakkın havalesi” ve “deynin havalesi” şeklinde ikiye ayrılarak incelense de Türk hukuk tarihi bakımından konumuz İslam hukukunun klasik doktrininde havale başlığı altında düzenlenen borcun nakli yani *deynin havalesi* ile sınırlı tutulacaktır. Hakkın havalesi ve deynin havalesine ilişkin düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Senhürî, Mesâdirü’l-Hak, C. V, s. 75-77; El-Hacce, s. 11-49.

a) Havale

Daha önce de bahsedildiği üzere sözlükte mutlak nakil, tahvil, tahavvül ve intikal anlamlarına gelen havale, ayn veya deyn (borç) için de kullanılabilir. Ancak İslam hukukunda karşılaşılan terim anlamı, sadece deyn yani borç için söz konusu olabilir²²³. Çünkü havale akdinin söz konusu olabilmesi için, bir zimmette sabit olan bir değer diğer bir zimmete nakledilebilmesi gerekir. Zimmette yani bir kişinin malvarlığında sabit olan değer, itibarî (hükmi) bir değerdir. Maddi bir varlık olan aynın zimmette sabit olması söz konusu olmaz²²⁴. Borç itibarî bir mal olduğu için sadece tarafların irade beyanı ile itibarî olarak nakledilmesi mümkün iken, örneğin bir kitap için aynı şey söylenemez. Kitap hissî yani maddi bir maldır. Kişi defalarca “*bu kitabı şuraya naklettim*” dese bile maddi bir mal olduğu için onu sadece lafzı ile bir yerden başka bir yere nakletmesi mümkün değildir. Bu beyanın sonuç vermesi için devamında hissî bir naklin de yapılması gerekir. Dolayısıyla havale ile kastedilen terim anlamı sadece deyn için söz konusu olabilir. Nitekim söz yani irade beyanı, deynin sabit olması yani doğması için yeterlidir. Bunun gibi irade beyanı, bir borcun nakledilmesi için de yeterli olacaktır²²⁵.

İslam hukukunda havalenin tanımı konusunda mezhepler arasında bazı farklılıklar olsa da genel anlamıyla borcun bir zimmetten yani bir kişinin malvarlığından başka birinin zimmetine yani malvarlığına nakledilmesi olarak tanımlanmaktadır²²⁶. Bu tanım büyük oranda Hanefî mezhebinde baskın olarak kabul

²²³ Merğînânî, C. III, s. 99; Kâsânî, Bedâ’i’u’s-Sanâ’i’, C. VI, s. 16; Zeyla’î, C. IV, s. 171; Bâbertî, C. VII, s. 239; İbnü’l-Hümâm, C. VII, s. 239; İbn Âbidîn, Reddû’l-Muhtar, C. V, s. 342; Bilmen, C. VI, s. 286; Zühaylî, C. V, s. 163-164.

²²⁴ Şeyh Bedreddîn, Et-Teshîl Şerhu Letâifi’l-İşârât, Tıpkıbasım, Ed: Hacı Yunus Apaydın, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara 2012, s. 201/b. Şafî mezhebinde ise Şîrâzî, bu konunun tartışmalı olduğunu, bir gruba göre bütün misli malların havalesi geçerli iken, diğer bir gruba göre ise sadece selem akdine konu olabilen misli malların yani kabzetmeden önce satışa elverişli olan misli malların zimmette sabit oldukları için havaleye elverişli olanlarının havalesinin geçerli olduğunu aktarmaktadır. Bkz: Şîrâzî, El-Mühezzeb, C. II, s. 143.

²²⁵ Atıf Bey (Kuyucaklızade), Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi: Kitabü’l-Havale, Mahmud Bey Matbaası, Dersaadet (İstanbul), 1318 (1902/1903), s. 2-3.

²²⁶ Zeyla’î, C. IV, s. 171; Ali Haydar, C. II, s. 262; Bilmen, C. VI, s. 286; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507; Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 38; Ebu’l-Alâ, s. 5.

edilen görüşü ifade etmektedir. Mecelle'nin 673. maddesi ve Mürşidü'l-Hayrân'ın 766. maddesi de bu görüşü benimsemiştir²²⁷.

Şafii mezhebinin tanımına göre de havale, borcun (deyn) bir zimmetten diğer bir zimmete nakledilmesini sağlayan bir akittir²²⁸. Maliki, Hanbeli, Zahirî mezhepleri ile İbaziyye ve İmamiyye'nin fıkıh kitaplarında da Hanefî mezhebinin temel tanımı yer almaktadır. Bazen birebir aynı, bazen daha açıklayıcı ya da daha farklı ifadelerle olsa da İslam hukuku mezheplerinin hepsinde kabul edilen havale tanımının özü, borcun bir zimmetten diğer bir zimmete nakledilmesidir²²⁹.

İslam hukukunda borcun nakli genel olarak kabul edilmiş olsa da münferit bir alacağın temliki hukukçuların çoğunluğu tarafından caiz görülmemektedir. Bu konuda en dar yorum Hanbeli ve Zahirî mezheplerine aittir. Şafii mezhebi biraz daha esnek iken, Hanefî mezhebinde alacağın borçluya ve bazı istisnai hallerde de üçüncü kişilere temliki caiz kabul edilmiştir. Maliki mezhebinde ise, bazı şartlara bağlanmış olsa da alacağın temliki kural olarak geçerlidir²³⁰.

Batı hukuklarının etkisinde kalarak karma bir havale anlayışı benimseyen modern kanunlaştırmalarda ise, havale genel olarak medeni havale ve banka havalesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Medeni havale ise deynin havalesi (borcun nakli) ve hakkın havalesi (alacağın temliki) olarak ikiye ayrılır. Batı etkisi taşıyan Mısır Medeni Kanunu ve Filistin Medeni Kanunu Taslağında durum bu şekilde iken, Mecelle ve Mürşidü'l-Hayrân'ın ve dolayısıyla Hanefî mezhebinin klasik doktrinini takip eden Ürdün Medeni Kanunu'nda sadece deynin havalesi (borcun nakli) kabul edilmiştir. Bununla birlikte mukayyet havalenin borcun nakli yanında alacağın temliki sonucu da

²²⁷ Mürşidü'l-Hayrân'da havale ile birlikte borç ve mutalebenin nakledileceği açıkça belirtilmiştir. Bkz: Muhammed Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân ıla Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân, 2. bs., Matbaatü'l-Kübrâ el-Emiriyye, Bulak 1308 (1890), s. 125; Şahin, Havale, s. 24. Ayrıca maddenin Türkçe tercümesi için Bkz: Ek. 2. Hanefî mezhebinde nakledilen borcun niteliğine ilişkin tartışmalar, havalenin hukuki niteliği bahsinde incelenecektir. Bkz: §1-VI-C-1.

²²⁸ Remlî, C. IV, s. 421.

²²⁹ Diğer fikhî mezheplerdeki tanımların ayrıntıları için Bkz: Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, "el-Havale", s. 40-43.

²³⁰ Bardakoğlu, "Havâle", s. 507; Senhûrî, Mesâdiru'l-Hak, C. V, s. 76-77.

doğurmasından yola çıkan Ürdün Temyiz Mahkemesi'nin, münferit bir hakkın havalesini (alacağın temlikini) kabul eden bazı kararları mevcuttur²³¹.

Klasik kabulün yanı sıra, havalenin güncel Arapça literatürde ödeme emri, poliçe, çek veya ödeme yetkisi verme (havale / *assignment*) anlamlarında kullanıldığı ifade edilmektedir²³². Tarihsel olarak ise, havale kavramı, Arapça papirüs belgelerinde genellikle “yazılı borçlanma” anlamında kullanılmaktadır²³³. Havale batı dillerinden İngilizce'ye, niteliğine göre “*cession*”, “*assignment*” ya da “*assumption*” şeklinde²³⁴, Almanca'ya “*Schuldübernahme*”, Fransızca'ya ise “*délégation*” şeklinde tercüme edilmektedir²³⁵. Dikkat edilecek olursa her terim ait olduğu hukuk sistemindeki havale algısına ilişkin hukuki niteliği yansıtmaktadır. Borç havalesinin kabul edildiği Fransız hukukunda “*délégation*”, borcun üstlenilmesinin kabul edildiği Alman hukukunda ise “*Schuldübernahme*” şeklinde tercüme edilmiştir. Oysaki, Türkçe literatürdeki havale işlemi, niteliğine göre Almanca'ya “*Anweisung*” şeklinde çevrilmektedir²³⁶. Bu durum da havale akdinin nitelik olarak, Avrupa hukukları nezdinde borcun üstlenilmesi olarak kabul edildiğini göstermektedir.

İslam hukukunda bir akit şeklini taşıyan havalenin söz konusu olabilmesi için üç taraf arasında yapılması ve havale edilen bir borç bulunması gerekir²³⁷. Buna göre taraflar, irade beyanları ve havale konusu olarak sayılabilen temel esaslar, Hanefi mezhebi hariç tutulmak üzere İslam hukuku doktrininde, genel olarak havale akdinin kurucu unsurları olarak geçmektedir. İleride bu unsurlardan ayrıntılı bir şekilde bahsedilecektir²³⁸.

²³¹ El-Hacce, s. 14-17.

²³² Dietrich, s. 283.

²³³ Dietrich, s. 283.

²³⁴ Schacht, s. 149; Dietrich, s. 283.

²³⁵ Yahya, s. 70; Şahin, Havale, s. 20.

²³⁶ Kocaman, Havale, s. 19.

²³⁷ Şahin, Havale, s. 21.

²³⁸ Bkz: §2-I-A, B, C.

b) Muhil

Muhil, Arapça ism-i fail kalıbında olup, havale eden kimse anlamına gelmektedir. Terim anlamı itibariyle ise, kendi zimmetinde yani malvarlığının pasifinde bulunan bir borcu üçüncü bir kişiye havale eden kişidir²³⁹. Temel ilişkideki asıl borçlu olan muhil, yabancı literatürde “*transferor*” ya da “*délégant*” olarak geçmektedir²⁴⁰. Muhil, her zaman ya doğrudan kendi tasarrufu ile ya da dolaylı olarak nakle icazet vermek suretiyle veya akitten yararlanan üçüncü kişi olmakla havale akdinin tarafıdır²⁴¹.

Mecelle'nin 674. maddesinde de belirtildiği üzere, İslam hukukunda kabul edilen havalede muhilin borçlu sıfatına sahip olması gerekir²⁴². Kimse kendi zimmetinde mevcut olmayan bir borcu ya da başka birisinin zimmetinde mevcut olan bir borcu üçüncü bir kişiye havale edemez. Çünkü bu borç üzerinde bir tasarruf hakkı yoktur.

Burada İsviçre / Türk sistemindeki havaleden farklı bir durum söz konusudur. Alacaklı ile muhil arasında bulunan borç ilişkisi havalenin temelini teşkil eder. İsviçre / Türk hukukunda olduğu gibi²⁴³, havale borcu bu temel ilişkideki borçtan bağımsız, soyut bir borç değildir. Havale borcunun selameti, temel ilişkideki borcun selametine bağlıdır. Temel ilişkideki borç herhangi bir sebeple geçersiz olursa veya sona ererse, havale ile nakledilen borç da aynı akıbeteye tabi olur²⁴⁴. Çünkü ortada tek bir borç vardır. Bu nedenle de muhilin borçlu sıfatına sahip olmadığı bir havale akdi söz konusu değildir.

²³⁹ Ebu'l-Alâ, s. 16; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

²⁴⁰ Şahin, Havale, s. 21; Dietrich, s. 283.

²⁴¹ Ali Haydar, C. II, s. 270; Bilmen, C. VI, s. 286.

²⁴² Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 43 vd.

²⁴³ Türk hukukunda kabul edilen havale, temel ilişkiden bağımsız, soyut bir hukuki ilişkidir. Bkz: Yavuz / Acar / Özen, s. 1336.

²⁴⁴ Muhilin, muhalün lehe borçlu olmadığı bir ilişki havale ilişkisi değil, kabza vekalet, satış veya bağışlama ilişkisidir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 44.

c) Muhalün Aleyh

Havale akdi ile muhilin alacaklısına olan borcunu ödemeyi üstlenen üçüncü kişiye muhalün aleyh denir²⁴⁵. Literatürde muhtalün aleyh dendiği de görülmektedir²⁴⁶. Havale ilişkisinin yeni borçlusu muhalün aleyh, yabancı kaynaklarda “*cessionary*” ya da “*délégue*” olarak da geçmektedir²⁴⁷. Borç altına giren taraf olması bakımından muhalün aleyh, havale akdinin doğrudan veya sonradan icazet vermek suretiyle dolaylı olarak ve fakat daimî bir tarafıdır²⁴⁸.

Havale akdinin kurulması ile birlikte, muhalün aleyh muhilin yerine geçerek borçlu sıfatını kazanır. Artık söz konusu borç kendisinden talep edilebilecektir. Havaleyi kabul etmeye veya üstlenmeye “*ihtiyâl*” denmektedir²⁴⁹.

Hanefî mezhebine göre havale ilişkisinin kurulması için muhalün aleyhin ayrıca muhilin borçlusu olması şart değildir²⁵⁰. Ancak muhalün aleyhin muhilin borçlusu olduğu durumlar da söz konusu olabilir. Bu şekilde yapılan bir havaleye, ileride ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere, mukayyet havale denilmektedir²⁵¹.

Arapların eski uygulamalarını gösteren papirüs belgelerinde, havale akdinde muhalün aleyhin vekili tarafından temsil edildiği örneklere rastlanmıştır²⁵². İslam hukukunda da havalenin taraflarının vekil aracılığıyla temsil edilmesine engel yoktur.

²⁴⁵ Ebu'l-Alâ, s. 21; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

²⁴⁶ El-Hafif, Ali, İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri (Eşya ve Borçlar Hukuku), (Çev. Rahmi Yaran), 4. bs., TDV Yayınları, Ankara 2018, s. 569; Yahya, s. 104.

²⁴⁷ Şahin, Havale, s. 21; Dietrich, s. 283.

²⁴⁸ Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 68; Bilmen, C. VI, s. 286.

²⁴⁹ Şahin, Havale, s. 21.

²⁵⁰ Ali Haydar, C. II, s. 271; Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 98 vd.

²⁵¹ Şeyh Bedreddîn, s. 202/b.

²⁵² Dietrich, s. 283.

d) Muhalün Leh

Muhalün leh, havaleyi alan ve muhilden alacağı olan kişi yani alacaktır. Yabancı kaynaklarda “*creditor*” ya da “*délégataire*” şeklinde de ifade edilmektedir²⁵³. Muhalün leh, temel ilişkideki borç ilişkisinin tarafıdır. Bu nedenle doğrudan veya sonradan icazet vermek suretiyle dolaylı olarak havale akdinin de daimî tarafıdır²⁵⁴. Havale ile alacak hakkı lehine olarak korunmak istenmektedir.

Mecelle de 675. maddesinde alacaklı için muhalün leh ifadesini tercih etmiştir. Literatürde bunun dışında muhal, muhtal veya muhtalün leh terimleri de havale alacaklısını ifade etmek üzere kullanılmaktadır²⁵⁵. *İbn Âbidîn* ve doktrinde bazı fakihler bu “leh” ekini gereksiz bulmaktadır. Çünkü grammer olarak muhal kelimesinin terim anlamını karşıladığı kanaatindedirler²⁵⁶. Muhtal de, Arapça’da ismi-i mef’ul olup, terim olarak havale ile alacak hakkı bir zimmetten diğer bir zimmete nakledilen kişiyi ifade etmek için kullanılır²⁵⁷. Ancak biz doktrinde genel olarak kullanıldığı için ve kavram kargaşasının önüne geçmek adına muhalün leh terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

e) Muhalün Bih

Havale akdinin konusuna muhalün bih denir. Muhalün bih havaleye konu olan mal, yani temel ilişkide muhilin zimmetinde mevcut olan borçtur²⁵⁸. Mecelle’nin 677. maddesinde bu terim tercih edilmekle birlikte, literatürde buna muhtalün bih de denilmektedir²⁵⁹. Muhalün bihin taşınması gereken şartlar havale akdinin geçerliliğini

²⁵³ Şahin, Havale, s. 21; Dietrich, s. 283.

²⁵⁴ Bilmen, C. VI, s. 286; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

²⁵⁵ Ali Haydar, C. II, s. 271; El-Hafif, s. 569; Yahya, s. 104.

²⁵⁶ İbn Âbidîn, C. V, s. 340; İbnü’l-Hümâm, C. VI, s. 238; Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 38.

²⁵⁷ Ebu’l-Alâ, s. 18.

²⁵⁸ Bilmen, C. VI, s. 286; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 507.

²⁵⁹ Ali Haydar, C. II, s. 271, El-Hafif, s. 569.

de etkilediği için, bu şartlara ve hükümlerine ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değinilecektir²⁶⁰.

2) Havale Akdinin Çeşitleri

Havaleye ilişkin bir önceki başlıkta sayılan terimlerin dışında iki kavramdan daha bahsetmek gerekir. Bunlar İslam hukukunda kabul edilen havale akdinin türleridir. Özellikle Hanefî fiqhında havale, mutlak havale ve mukayyet havale olmak üzere iki türe ayrılmaktadır²⁶¹. Her iki tür de hukuken caiz kabul edilmektedir²⁶². Bununla birlikte diğer mezheplerin havale tanımı genel olarak mukayyet havaleyi karşılamaktadır. Mutlak havaleyi hukuken geçerli kabul etseler de bu şekilde bir adlandırma yapmazlar. Hanefîlerin mutlak havale olarak tanımladıkları ilişki, diğer mezheplerde genellikle “damân, istikrâz, hamâle” gibi hukuki terimlerle ifade edilmektedir²⁶³.

a) Mutlak Havale

Mutlak havale, muhilin muhalün aleyhten bir alacağı olsun veya olmasın, onda bulunan herhangi bir malından ya da mevcut olan herhangi bir alacağından verilmek üzere diye kayıtlandırılmamış havale türüne denir²⁶⁴. Bu tanıma göre mutlak havale iki şekilde söz konusu olabilir: Ya muhalün aleyhin muhile ödemek zorunda olduğu bir borcu yoktur ve havaleyi kabul etmiştir. Ya da muhalün aleyhin muhile karşı bir borcu vardır ama havaleyi bu borçtan ödemek şartı ile kayıtlandırmaksızın kabul etmiştir²⁶⁵. Bu iki durumdan biri söz konusu ise havale, mutlak bir havaledir. Literatürde bu tür, çoğunlukla havale-i mutlaka olarak geçmektedir.

²⁶⁰ Bkz: §2-III-B.

²⁶¹ Semerkandî, C. III, s. 248; Zühaylî, C. V, s. 168.

²⁶² Kâsânî, C. VI, s. 16; Zühaylî, C. V, s. 169.

²⁶³ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 508; Cheron / Fahmy, s. 418-420

²⁶⁴ Kâsânî, C. VI, 16, Bilmen, C. VI, s. 286; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 508.

²⁶⁵ Semerkandî, C. III, s. 248; El-Hafif, s. 571.

Mecelle 679. maddesinde havale-i mutlakayı tanımlamıştır. Buna göre, “*Havale-i mutlaka muhilin muhalün aleyhte olan malından vermek üzere diye mukayyet olmayan havaledir*”. Bu maddede geçen mal kavramının kapsamını anlayabilmek için dönemin kanun şerhlerine baktığımızda, bu kapsamın klasik doktrinde belirlenen kapsamdan farklı olmadığı görülmektedir. Yani burada bahsedilen mal, muhalün aleyhin zimmetinde bulunan muhilin bir alacağı veya vedia (emanet) ya da mağsup (gasp edilen) gibi herhangi bir malı olabilir²⁶⁶.

Mutlak havale için belirleyici kriter, muhilin muhalün aleyhten alacağı olup olmaması değildir. Burada esas bakılması gereken tarafların havaleyi gerçekleştirirken, havaleyi, muhilin muhalün aleyhte bulunan malından ya da bir alacağından yapılması şartı ile kayıtlandırma iradeleridir²⁶⁷. Örneğin; muhilin muhalün aleyhte emaneten bir malı bulunabilir. Ancak muhil muhalün aleyhte yönelttiği havalesinde borcun bu emanet maldan ödeneceğini belirtmemiştir. Muhalün aleyh de böyle bir şart belirtmeksizin havaleyi kabul etmiştir. Bu durumda muhalün aleyh hem havale borcu ile muhalün lehe karşı, hem de emanet borcu ile muhile karşı sorumlu olmaya devam edecektir²⁶⁸. Daha sonrasında taraflar karşılıklı alacaklarını takas edebilirler. Fakat bu havaleyi mukayyet bir havaleye dönüştürmez. Muhalün aleyhteki emanet malın değerli tablo gibi bir parça borcu yani gayri misli borç olması durumunda olduğu gibi, pahada havale borcuna denk olsa da muhil bakımından daha büyük önem taşıyan bir eşya olabilir. Bu durumda muhalün aleyh, kendisi emanet malı havale borcuna sayarak bu eşyayı alıkoyamaz. Emanet borcu devam ettiğinden eşyayı muhile geri vermek zorundadır²⁶⁹. Yine muhalün aleyhin muhile borcu olsa, ancak havale bu borçla kayıtlandırılmasa, muhalün aleyhin muhile olan borcunun sona

²⁶⁶ Ali Haydar, C. II, s. 273-274.

²⁶⁷ *Semerkandî* burada “*Borcumu sendeki malıma karşılık olmak üzere sana havale ediyorum*” ya da “*Borcumu sendeki alacağımdan verilmek üzere sana havale ediyorum*” gibi bir ifade ile muhilin mukayyet havale iradesinin ortaya konulması gerektiğini belirtir. Burada muhalün aleyhin iradesi de önemlidir. Ancak onun iradesi, muhilin icabına bağlı bir kabul iradesi olacağından ve muhilin bir malı veya alacağı üzerindeki bir tasarrufu söz konusu olduğundan muhilin bu konudaki iradesi esas kriter olarak sayılmıştır. Bkz: *Semerkandî*, C. III, s. 248.

²⁶⁸ *Kâsânî*, C. VI, s. 16-17; *Zühaylî*, C. V, s. 169.

²⁶⁹ *Semerkandî*, C. III, s. 248.

ermesi ile birlikte havale borcu da sona ermez. Çünkü havalenin kayıtlanması ile bu iki borç birbirine bağlanmamıştır²⁷⁰.

Muhilin emriyle yapılan bir havalede, muhalün aleyh ödediği havale borcunu muhilden isteyebilir. Onun muhalün aleyhte bulunan bir malı veya alacağından ödenmek üzere yapılmayan mutlak bir havalede, muhalün aleyh muhalün lehe olan havale borcunu ödedikten sonra, bu borç ile muhile rücu edebilir. Muhile karşı havalenin kayıtlandırılmadığı bir borcu varsa, bu borçtan mahsup edebilir. Söz konusu borcun niteliğine göre havale borcu ile takas da edebilir²⁷¹.

Muhilin emri ile yapılmayan bir havalede, yani muhilin irade beyanı olmaksızın muhalün aleyh ile muhalün leh arasında kurulan bir havale akdinde²⁷², havale borcundan muhalün aleyh tek başına sorumlu olur. Muhalün lehe havale borcunu ödedikten sonra bu borç ile muhile rücu edemez ya da muhile bir borcu varsa ondan mahsup veya onunla takas edemez²⁷³.

Muhilin muhalün aleyhten alacaklı olmadığı bir mutlak havaleyi muhalün aleyhin ifa etmesi durumunda, muhalün lehin havale borcunu muhalün aleyhe hibe ettiği veya bağışladığı (tasadduk ettiği) durumlarda ya da muhalün aleyhin muhalün lehe mirasçı olduğu durumda, muhalün aleyh muhalün lehin yerini alır ve havale borcu için muhile rücu edebilir. Fakat muhalün lehin muhalün aleyhi havale borcundan ibra etmesi durumunda, ibra ile borçlunun zimmeti borçtan kurtulduğu için (beri olduğu

²⁷⁰ Kâsânî, C. VI, s. 17.

²⁷¹ Takas yapılabilmesi için iki borcun aynı nitelik ve nicelikte olması gerekir. İslam hukukunda takas / mukâssa kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, Abdullah, "Takas", DİA, C. XXXIX, İstanbul 2010, ("*Takas*"), s. 451-453.

²⁷² Ayrıntılı bilgi için Bkz: §2-I-B-4.

²⁷³ Semerkandî, C. III, s. 248.

için) söz konusu borcu için muhile rücu edemez²⁷⁴. İbra ile sona eren borç, yeniden dirilmez²⁷⁵.

b) Mukayyet Havale

Mukayyet havale, muhilin muhalün aleyh zimmetindeki veya elindeki malından ödenmek üzere yapılan havaledir. Bu mal, emanet gibi belirli şartlar dışında tazmin zorunluluğu olmayan (gayri mazmun) bir mal olabileceği gibi, gasp gibi her halde tazmin edilmesi gereken (mazmun) bir mal da olabilir²⁷⁶. Ayrıca muhalün aleyhin zimmetinde muhil lehine bir borcun bulunması durumunda, bu borca mahsuben veya takasen yapılan havale de mukayyet havaledir. Literatürde bu tür havale, havale-i mukayyede olarak geçer.

Mecelle 678. maddesinde mukayyet havaleyi tanımlamıştır. Buna göre, *“havale-i mukayyede, muhilin muhalün aleyh zimmetinde yahut yedinde olan malından vermek üzere diye mukayyet olan havaledir”*. Mecelle'nin mutlak ve mukayyet havaleyi tanımlayan iki maddesi değerlendirilecek olursa, öncelikle mukayyet havalenin tanımlandığı ve mukayyet olmayan yani kayıtlandırılmayan havaletlerin mutlak havale sayıldığı görülecektir. Bu nedenle klasik doktrinin aksine, önce mukayyet havale 678. maddede tanımlanmış, sonrasında da 679. maddede mukayyet havaleyi dışlayan bir mutlak havale tanımı yapılmıştır²⁷⁷.

Muhilin muhalün aleyhte bulunan bir malından veya alacağından yapılmak üzere kayıtlandırılan havaledde, muhil söz konusu alacağını muhalün aleyhten talep

²⁷⁴ Semerkandî, C. III, s. 248.

²⁷⁵ Fıkıhçıların çoğunluğuna göre ibra tek taraflı bir hukuki işlem niteliği taşır. Bu nedenle burada borcun düşmesi için muhalün aleyhin ibrayı kabul etmesine gerek yoktur. Malikiler ve Hanefi mezhebinden *İmam Züfer* ise, borçlunun da ibrayı kabul etmesi gerektiğini ve bunun bir akit niteliği taşıdığını belirtirler. İslam hukukunda ibra konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz: Apaydın, H. Yunus, “İbrâ”, DİA, C. XXI, İstanbul 2000, (“İbrâ”), s. 263-266. Mecelle md. 51: “*Sâkit olan şey avdet etmez* (geri dönmez).” Ayrıca ibra edilen hakkın dava edilemeyeceğine ilişkin Bkz: Mecelle m. 1562.

²⁷⁶ Kâsânî, C. VI, s. 16; Bilmen, C. VI, s. 286; El-Hafif, s. 570.

²⁷⁷ Ali Haydar, C. II, s. 274, Kurtoğlu, C. II, s. 280.

edemez. Çünkü bu alacak, muhalün lehin muhilden olan alacak hakkına bağlanmıştır²⁷⁸. Muhalün aleyh havale borcunu muhalün lehe ifa ettiğinde, havale borcu ve muhalün aleyhin muhile olan söz konusu borcu takas edilmiş olur, dolayısıyla ikisi de sona erer²⁷⁹.

Muhalün aleyhin muhile olan borcunu muhalün leh yerine asıl alacaklısı muhile ödemesi durumunda, muhalün lehe karşı tazmin borcu devam etmektedir. Muhile yapılan ifa havale borcunu sona erdirmez. Çünkü burada muhalün aleyhin muhile olan borcu mukayyet havale ile havale borcunun akıbetine bağlanmış olmaktadır²⁸⁰. Bu durum muteber bir Osmanlı fetvasında da karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki:

Zeyd dainesi Hind'i şu kadar akçe deyni ile ol kadar akçe medyunu Amr'ın üzerine deyn-i mezburdan eda etmek üzere havale-i mukayyede ile havale edip Hind ve Amr'dan her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr meblağ-i mezburu Hind'e vermeyip Zeyd'e verse meblağ-i mezburu Amr'a daman lazım olur mu?

*El-Cevab: Olur*²⁸¹.

Muhilin muhalün aleyhin zilyetliğinde emanet olarak bulunan malından ödenmek üzere yapılan havale sahihtir²⁸². Normalde emanet mal üzerinde emanet verenin izni olmadan tasarrufta bulunamayan emîn, burada muhilin emri olduğu için emanet mal üzerinde tasarrufta bulunabilecektir²⁸³. Bu durumda muhalün aleyh, muhile karşı emanetten doğan borcunu muhalün lehe ödeyecektir. Emanetin muhalün

²⁷⁸ Kâsânî, C. VI, s. 17.

²⁷⁹ Semerkandî, C. III, s. 248.

²⁸⁰ Zühaylî, C. V, s. 169.

²⁸¹ Ne'îcî'tü'l-Fetâvâ, s. 215.

²⁸² Nesefî, s. 458.

²⁸³ Vedia akdinde müstevda' yani emîne vedia malda tasarruf izni verilmesi durumunda, aradaki ilişki bir vekalet ilişkisine dönecektir. Bu nedenle havale borcunun emanet maldan verilmesi durumunda malın niteliğine göre bir tasarruf işlemi yapılması gerekiyorsa, emîn, emanet veren yani müstevdî'nin vekili olarak hareket eder. Bu konuda emîn'in sorumluluğu vekalet akdinin hükümlerine göre belirlenecektir. Emanetin vekalet dönüşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz: Yıldırım, Mustafa, "Vedîa", DİA, C. XLII, İstanbul 2012, s. 596-598.

bihten fazla olması durumunda, muhalün aleyh ifa sonrası elinde kalan kısmı muhile ödemekle yükümlüdür. Burada ifa yerine değil, bir ifa uğruna edim söz konusudur²⁸⁴. Havale borcunun edasından sonra muhalün aleyhin elinde kalan kısım, emanet hükmünde olmaya devam eder. Emanet malın değerinin muhalün bihi karşılama durumu ise muhalün aleyhin kabul beyanına bakılmalıdır. Muhalün aleyh havaleyi emanet maldan ödenmesi şartıyla yani mukayyet olarak kabul ettiyse, sadece emanetin karşıladığı oranda bir ödeme ile sorumludur²⁸⁵. Ancak muhalün aleyh muhilin borcunu tamamen üstlenmeyi ve karşılayabildiği kadarının emanetten ödenmesini kabul ettiyse, borcun tamamından sorumludur. Borcun kalan kısmı için ayrıca mutlak havalenin söz konusu olduğu kabul edilebilir.

Emanet maldan ödenmek üzere yapılan mukayyet havalede, ifadan önce emanet malın muhalün aleyh elinde sorumluluğu olmaksızın telef olması durumunda havale de sona erer ve muhalün aleyh ifa borcundan kurtulur²⁸⁶. Çünkü emanet (vedia) akdinde, emînin kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen emanetin telef olması durumunda, emînin tazmin yükümlülüğü yoktur²⁸⁷. İslam hukukunda emanet sorumluluğu ile gasp sorumluluğu arasındaki en önemli fark budur.

Muhalün aleyhin gasp nedeniyle elinde bulundurduğu muhilin malından ödenmek üzere yapılan havale de mukayyet havaledir. Gasp sorumluluğu İslam borçlar hukukunda kabul edilen en ağır sorumluluktur. Buna göre muhalün aleyhin elinde bulunan mağsup (gasp edilen) malın ifadan önce telef olması durumunda, muhalün aleyh muhalün bihi ifa yükümlülüğünden kurtulamaz. Velew ki muhalün

²⁸⁴ Borçlar hukukunda bir edimin nitelik ve nicelik itibarıyla başka bir edimin yerini almasına ifa yerine edim (*datio in solutum*) denir. Bir edimin ifa edilebilmesi için, o edim oranında başka bir edimin ifa edilmesine ise ifa uğruna edim (*datio solutionis causa*) denmektedir. İslam hukukunda böyle bir adlandırma olmasa da meseleyi izah ederken bu kavramların kullanılmasında bir sakınca görülmemiştir. İfa yerine edim / ifa uğruna edim farkı için Bkz: Oğuzman / Öz, C. I, s. 288-291; Erdoğan, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 4. bs., Der Yayınları, İstanbul 2011, s. 143.

²⁸⁵ Merğînânî, C. III, s. 100.

²⁸⁶ Merğînânî, C. III, s. 100, Kâsânî, C. VI, s. 17.

²⁸⁷ Mecelle m. 777; Yıldırım, s. 597.

aleyhin mağsubun telefinde hiçbir kusuru bulunmasın²⁸⁸. Muhalün aleyh her halükârda gasp ettiği malı tazmin etmekle yükümlü olduğu için, mukayyet havaleden doğan ifa borcu da her halükârda devam eder²⁸⁹. Bu tür borçlara İslam hukukunda mazmun borç²⁹⁰ denmektedir. Mazmun borç, telef olmayacağı için bu borçla kayıtlandırılan havale borcu da telef olmaz²⁹¹.

Bunun yanında mukayyet havalenin kayıtlandırıldığı bir borcun havale kurulmadan önce doğan herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda havale akdi de sona erer. Örneğin, satıcının havalesini satım akdindeki semen borcu ile kayıtlı olarak muhalün aleyhin kabul etmesi durumunda, satılan malın sahipli çıkması nedeniyle istirdad edilmesi ve dolayısıyla satım bedeli borcunun sona ermesi söz konusu olursa, bu semen borcu ile kayıtlı olan havale de batıl olur²⁹². Satılan malın teslim alınmadan önce ama havaleden sonra satıcı elinde helak olması durumunda ise semen borcu düşse de havale geçersiz hale gelmez. Ancak muhilin emri ile havale yapıldığından, muhalün aleyh havale borcunu eda ettikten sonra muhile rücu edebilir²⁹³. Bu konuda başka bir örnek de Osmanlı'nın muteber fetva mecmualarında geçen bir fetvadan verilebilir. Şöyle ki:

Zeyd şu kadar keyl nohudunu Amr'a semen-i maluma bey' ve teslim ettikde Zeyd ol kadar akçe daini Bekir'i semen-i mezburdan eda etmek üzere Amr'ın üzerine havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr meblağ-i mezburu eda etmeden Amr ile bey'i ikale eyleseler Bekir meblağ-i mezburu Amr'dan talep ettikte Amr mücerred "Bey' ikale olunmakla havale batıl olmuş olur" deyip vermemeğe kadir olur mu?

El-Cevab: Olmaz (Hacı Velîyüddin Efendi)²⁹⁴.

²⁸⁸ Gaspın unsurları ve ağır gasp sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Aydın, Mehmet Âkif, "Gasp", DİA, C. XIII, İstanbul 1996, ("Gasp"), s. 387-392.

²⁸⁹ Mergînânî, C. III, s. 100.

²⁹⁰ Damân cinsinden olan ve her halükârda tazmini gerektiren borçlar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Aktan, Hamza, "Damân", DİA, VIII, İstanbul 1993, s. 451.

²⁹¹ Kâsânî, C. VI, s. 17.

²⁹² Kâsânî, C. VI, s. 17; Zühaylî, C. V, s. 169-170.

²⁹³ Kâsânî, C. VI, s. 17.

²⁹⁴ Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 216.

Bu örnekte görüldüğü gibi havale borcu, temel ilişkideki semen borcu ile kayıtlı bir şekilde doğduktan sonra taraflar temel ilişkiyi sona erdirmişlerdir. Ancak ikale, havalenin kabul edilmesinden sonra gerçekleştiği için, semen borcu sona erse de ona bağlı kurulan havale borcu sona ermez. Amr, Bekir'e havale borcunu ödedikten sonra muhili Zeyd'e ödediği miktarla rücu eder.

Havalenin kayıtlandırılması konusunda bir diğer önemli mesele ise, muhalün aleyh havale borcunu ifa etmeden önce muhilin ölmesi durumudur. Bu durumda Hanefî mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, muhalün aleyhin zimmetinde muhil lehine havale borcu ile kayıtlandırılan alacak muhilin terekesine dahil olur. Muhalün leh, muhilin diğer alacaklıları ile birlikte terekeyi alacakları oranında taksim ederler. Muhalün lehin diğer alacaklılar yanında rüçhanlı bir hakkı söz konusu değildir. Ancak İmam Züfer'e göre, bu durumda muhalün leh muhilin terekesi üzerinde rüçhanlı hakka sahiptir. Bu görüşe göre muhalün aleyhin zimmetinde muhil lehine bulunan alacak hakkı, muhalün lehin havale alacağı ile kayıtlandırılmıştır. Dolayısıyla rehinde olduğu gibi, terekeden önce muhalün lehin alacağı ödenir. Kalan kısım diğer alacaklıların arasında taksim edilir²⁹⁵. İleride inceleneceği üzere, Mecelle'nin 692. maddesinde İmam Züfer'in görüşünün tercih edilmiş olması, mezhepte tercih edilen görüşün terk edilmesi nedeniyle ulema arasında şiddetli itirazlara sebep olmuş, bu itirazlar Ahmed Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyeti'nden uzaklaştırılmasına dahi sebep olmuştur²⁹⁶.

Hanefî mezhebine göre havale, mutlak ve mukayyet havale olmak üzere iki başlıkta incelenmiş ve muhalün aleyhin muhile borçlu olması havalenin şartlarından biri olarak değil de sadece çeşitlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Diğer mezheplerde ise durum oldukça farklıdır. Onlara göre havale, bir borcun bir alacak vasıtasıyla ödenmesi için kullanılan bir usulden ibarettir. Dolayısıyla onlar için havalede muhilin muhalün lehe borçlu olmasının yanında, muhalün aleyhin de muhile borçlu olması şarttır. Bu borcun mevcudiyeti havale akdinin unsurlarından biri olarak

²⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Zühaylî, C. V, s. 170.

²⁹⁶ Bkz: §5-I-B. Ayrıca madde metni için Bkz: Ek. 1.

kabul edilmektedir²⁹⁷. Hanefilerin dışındaki mezheplere göre, muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı bir durumda söz konusu akit havale değil, bir kefalet akdidir. Dolayısıyla bu görüşe göre, muhalün aleyhin muhile borçlu olması havalenin şartlarından birisidir²⁹⁸. Sonuç olarak Hanefî mezhebi dışındaki mezheplere göre havalede esas olanın mukayyet havale olduğu, mutlak havalenin havale olarak değil de başka hukuki sıfatlarla nitelendirildikleri söylenebilir.

Maliki mezhebine göre havale ile kastedilen muhilin muhalün lehe olan borcunun muhalün aleyhin muhile olan borcu ile kayıtlandırılarak havale edilmesi anlamında kullanılan mukayyet havaledir. Bu mezhebe göre mutlak havale söz konusu değildir. Muhalün aleyhin muhile borçlu olmaması durumunda bu işleme mutlak havale değil, “*hamâle*” denir²⁹⁹. Bu durumda havalede kabul ettiklerinin aksine hamâlenin geçerli olabilmesi için muhalün aleyhin de havaleye rıza göstermesi gerekir. Havaleden farklı olarak hamalede muhalün aleyhin muhalün bihi ödemekten aczinin ortaya çıkması üzerine muhalün leh muhile rücu edebilir. Bu rücu hakkının istisnası ise muhalün lehin başlangıçta muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığını bilmesi ve muhilin borçtan beraatını şart kılması durumudur. Bu durumda, muhalün aleyhin iflası söz konusu olsa dahi, başlangıçta muhalün lehin bu nakle rıza göstermekle rücu hakkından feragat ettiği kabul edilir³⁰⁰.

VI. HAVALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KURUMLARLA KIYASLANMASI

Taraflardan birinin ödeme yükümlülüğünü sözleşme veya tek taraflı işlem ile başkasına devrettiği, ödeme yükünü devretme iradesi taşıyan hukuki muameleleri havale başlığı altında ele alabiliriz. Havale teriminin kökenini oluşturan İslam

²⁹⁷ Hanefilere göre havalenin unsurları icap ve kabul iken diğer mezheplere göre havalenin unsurları muhil, muhalün aleyh, muhalün leh, muhalün bih, muhalün aleyhin muhile olan borcu ve irade beyanı olmak üzere altı tanedir. Bkz: Saleem, s. 140-141.

²⁹⁸ Cheron / Fahmy, s. 419-420; Zühaylî, C. V, s. 168.

²⁹⁹ Daha önce de bahsedildiği üzere Malikilere göre hamâle, havale akdine değil kefalet akdine dayanan bir muameledir. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 419-420.

³⁰⁰ Bilmen, C. VI, s. 292.

hukukunda kabul edilen havale akdi tezimizin esas konusunu oluştururken, diğer hukuk sistemlerinde karşılaşılan havale türleri olan borç havalesi ve havale işleminden de tarihsel olarak bahsedildi. Genel incelemenin yanında söz konusu kurumların ve havale akdinin hukuki niteliklerinin de ayrı incelenmesi faydalı olacaktır. Dolayısıyla bu başlık altında söz konusu üç farklı havale kurumunun hukuki nitelikleri incelendikten sonra, havale akdinin benzer hukuki ilişkiler karşısındaki konumu tespit edilecektir.

A. Borç Havalesinin Hukuki Niteliği

Roma / Fransız hukukunda kabul edilen borç havalesi (*delegatio*), temelde yenileme anlaşmasına (*novatiostipulatio*) dayanan bir hukuki işlemdir. Buna göre asıl borçlunun borcu üstlenmek isteyen kişiye vereceği bir talimat sonrasında bu kişinin alacaklı ile yapacağı yenileme anlaşması ile ilk borçlu borçtan kurtularak, üçüncü kişi borçlu haline gelir. Borç havalesi için asıl borçlunun üçüncü kişiye verdiği talimat, tek başına borçlunun değişmesi sonucunu doğurmaz. Burada borçlunun değişmesini sağlayan, üçüncü kişinin alacaklı ile yapacağı yenileme anlaşmasıdır³⁰¹. Yenileme anlaşmasının yapılması ile birlikte asıl borçlu borcundan kurtulur. İlk borç sona erer ve aynı konuda yeni borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Dolayısıyla cüzî halefiyet özelliği taşımayan bu yöntem ile borcun değişmeksizin, bütün savunma ve teminatları ile birlikte nakledilmesi mümkün değildir. Yeni borçlu ile alacaklı arasında doğan borcun sebebi, asıl borcun sebebinden bağımsız, yenileme sebebine dayanır³⁰².

Roma hukukunun klasik dönem metinlerinde *delegans*'ın üçüncü kişi ve alacaklıyla olan ilişkilerinin bazen *iussum*, bazen de *mandatum* şeklinde geçmesi, *delegatio*'nun hukuki niteliği hakkında doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Özellikle XVI. yüzyılda yaşayan Roma hukukçularının görüşlerine dayanan bazı

³⁰¹ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 43.

³⁰² Yahya, s. 75-82; Düren, s. 5-7.

yazarlar *delegatio*'nun çifte vekalet niteliği taşıdığını ileri sürmüşlerdir³⁰³. Bu tartışmalar ileride görüleceği üzere havale işleminin niteliği konusunda Avrupa hukuklarında karşımıza çıkan tartışmalara da temel oluşturur. Nitekim *delegatio* Müşterek hukukta kabul edildiği üzere, borçlunun alacaklıyı kabza vekalet ve üçüncü kişiyi de ödeme vekaleti ile yetkilendirmesidir. Dolayısıyla bu görüşe göre yenileyici etkili borç havalesi çifte vekalet içeren bir işlemdir³⁰⁴.

Klasik dönem ve sonrasındaki bu görüşe dayanan bazı yazarların, Roma hukukunda taraf değişiklikleri konusunda yenileme işleminden zamanla vekalet yöntemine geçildiğinden bahsederken, vekalet ilişkisi temelinde kurulduğu kabul edilen *delegatio*'yu kastettikleri düşünülmektedir. Nitekim *Rado* ve *Tahiroğlu*, Roma hukukunda taraf değişiklikleri konusunda uygulanan yenilemenin barındırdığı sakıncalar neticesinde zamanla vekalet usulüne dönüldüğünü ifade etmişlerdir³⁰⁵. *Bardakoğlu* ise Roma hukukunda, özellikle fıkıhta hakkın havalesi olarak adlandırılan alacağın temlikinde, kabza vekalet sistemine geçildiğini ifade eder³⁰⁶. Roma hukuku bakımından vekalet (*mandatum*), yenileme (*novatio*) ve borç havalesi (*delegatio*) sözleşmelerinin ortak noktası olarak, her birinin de rızai akit niteliği taşıması ve *stipulatio* usulü ile yapılabilimleri gösterilebilir³⁰⁷. Bu nedenle uygulamada *stipulatio* ile yapılması, borç havalesinin niteliği bakımından ayırt edici bir özellik taşımamıştır.

Bununla birlikte ödeme ve kabza vekalet olarak da geçen bu (*delegatio*) yöntemin, müvekkilin vekili ifade bulunmadan önce azletme hakkının olması³⁰⁸ ve

³⁰³ Düren, s. 16.

³⁰⁴ Düren, s. 15-16. Bu görüşe göre borç havalesi ifa ile gerçekleşecekse yani bir *delegatio solvendi* söz konusuysa ödeme vekaleti (*mandatum solvendi*) ve kabz vekaleti (*mandatum accipendi*), borç taahhüdü (*delegatio obligandi*) ile gerçekleşecekse de taahhüt vekaleti (*mandatum promittendi*) ve yenileme vekaleti (*mandatum stipulandi*) söz konusu olur. Bkz: Düren, s. 26.

³⁰⁵ Rado, s. 171; Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 84.

³⁰⁶ Bardakoğlu, "Havâle", s. 507.

³⁰⁷ Tahiroğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 94; Savaş, Abdurrahman, "Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, Sayı: 1-2, Konya 2000, s. 590; Berger, s. 716-717; Düren, s. 31 vd.

³⁰⁸ Roma hukukunda vekalet akdi, akdin konusu ifa edilmeden önce azil veya istifa ile sona erdirilebilir. Kabza vekaletin konusunu borcun kabzedilmesi oluşturduğu için, alacak kabzedilemeden yani vekil ifade bulunmadan azledilebilir. Böylelikle vekalet ile sağlanmak

taraf sıfatının yer değiştirmemesi nedeniyle ihtiyacı tam olarak karşılayamadığı ifade edilmiřtir³⁰⁹. Avrupa hukuklarında borcun ve havalenin niteliği konusunda oluşan kırılganlık tarafları, vekalet sözleşmesi açısından da benzerdir. Fransız, İtalyan ve Avusturya hukuklarında vekalet sözleşmesi sadece hukuki işlemler için geçerli iken, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında hukuki işlemlerin yanında maddi fiiller de vekalet sözleşmesine konu olabilirler³¹⁰. Bu da daha önce bahsettiğimiz gibi Roma ve Cermen hukuklarının Avrupa hukuklarını ne oranda etkilediği ile bağlantılı olarak açıklanabilir. Havalenin eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda vekalet sözleşmesi altında ele alınması, Roma hukuku ve *delegatio* uygulamasının yansıması olarak deęerlendirilebilir³¹¹. Pandekt hukukçularının borç kavramı üzerindeki kabullerini geliştirmesi üzerine İsviçre hukukçuları da aynı yolu izleyerek borcun malvarlığının unsuru olarak devredilebilmesini kabul etmiş ve *delegatio* yönteminden uzaklaşmıştır. Bu konu yeri geldiğinde ayrıntılı olarak incelenecektir³¹².

Borç havalesinin niteliği konusundaki bu genel kabul, Müşterek hukuk doktrininde XIX. yüzyıldan itibaren terk edilmiştir. İlk defa *Von Salpius* tarafından ileri sürülen görüşe göre, *delegans* ile *delegatus* arasında bir vekalet ilişkisi söz konusu deęildir³¹³. Nitekim vekil, müvekkilin talimatlarına uygun hareket etmek zorunda ve bu talimatları yerine getirmek zorundadır. Ancak borç havalesinde taraflar bunu kabule mecbur değildirler. Dolayısıyla borç havalesi ancak asıl borçlunun alacaklıyı ifayı kabzetmek konusunda, üçüncü kişiyi ise borcu alacaklıya ifa etme konusunda yetkilendirmekten (*iussum*) ibarettir. Nitekim Roma hukuku doğrudan doğruya temsili

istenen taraf değişikliği ihtimali ortadan kalkar. Roma'da vekaletin sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Savaş, s. 607-608.

³⁰⁹ Burada borç havalesinin, dava vekaleti şeklinde yeni borçlunun *litis contestatio* ile davaya taraf olması ile gerçekleşmesinden bahsediliyor olmalıdır. Bkz: Senhürî, el-Vasît, C. 3, s. 417; şahin, Havale, s. 15; Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, "el-Havale", s. 35. Dava vekaleti (*mandatum agendi*) hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Üçer, s. 403-405.

³¹⁰ Savaş, s. 593; Kocayusufpaşaoğlu, s. 628-629.

³¹¹ *Kocaman* bu düzenlemenin Müşterek hukukta kabul edilen vekalet teorisine dayandığını ifade etmektedir. Bkz: Kocaman, Havale, s. 19-21.

³¹² Bkz: ř 1-V-B.

³¹³ Bununla birlikte *von Salpius*'a göre *delegans* ile *delegatarius* arasında daima bir vekalet akdi söz konusudur. Ancak XIX. yüzyılın sonlarına doğru asıl borçlu ile alacaklı arasındaki bu ilişkinin de vekalet değil bir yetki verme olduğu genellikle kabul edilmiştir. Bkz: Düren, s. 25-27.

tanımadığı için tarafların vekalet ilişkisine dayanarak hareket etmesi durumunda borç havalesinin kazandırıcı etkisi ortaya çıkmayacaktır³¹⁴. Çifte yetki içeren bu yöntem, borçlunun üçüncü kişiye vereceği bir talimat sonrasında, üçüncü kişinin alacaklı ile yapacağı bir yenileme anlaşması ile gerçekleşir³¹⁵.

Buradaki yenileme, sözleşme niteliği taşısa da borç havalesine esas teşkil eden taraflar arasındaki ilişkilerin vekalet sözleşmesine dayanması zorunlu değildir. Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında kabul edilen havale işleminin temelini borç havalesinin oluşturduğu düşünülürse, havale işleminin niteliği konusunda XIX. yüzyılda Alman doktrininde, sonrasında ise İsviçre / Türk doktrinlerinde yaşanan tartışmaların ve sözleşme ya da çifte vekalet görüşlerinin kaynağı açıktır³¹⁶.

Roma / Fransız sisteminde kabul edilen borç havalesi, soyut bir işlemdir. Havale eden asıl borçlu ile havaleyi üstlenen yeni borçlu arasında bir karşılık (rücu) ilişkisi olması şart değildir. Bununla birlikte borç havalesinin ön koşulu olarak kabul edildiği üzere asıl borçlu ile alacaklı arasında temel ilişkiden (değer ilişkisi) kaynaklanan bir borcun olması şarttır. Nitekim böyle bir borcun olmaması durumunda borç havalesi de konusuz kalacaktır³¹⁷.

Borç havalesinin soyut bir işlem olmasının en önemli sonucu, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki temel ilişkiden doğan bütün savunmaların sona ermesidir. Ancak Fransız hukukunda istisnai olarak kabul edilen belirsiz tam havale (*délégation parfaite incertaine*) halinde, yenilemede havaleyi üstlenenin belirli bir edimi değil, temel ilişkiden doğan borç ilişkisini üstlenmesi söz konusudur. Bu durumda temel ilişkiye bağlı savunmalar da devam edecektir. Bu istisnai halde borç havalesinin borcun

³¹⁴ Havalede tarafların kendi adına hareket etmesi, *iussum* ile temsile dayanan yetkiyi ayıran en önemli unsurdur. Nitekim temsilde, temsilci temsil edilen adına hareket eder. Havalede ise ödeme ve kabz yetkisine sahip olan taraflar kendi adlarına hareket ederler. Bkz: Düren, s. 28, dn. 76.

³¹⁵ Düren, s. 18-23.

³¹⁶ Tartışmada ileri sürülen görüşler ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kocaman, Arif B., "Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 01, Ankara 1994, ("*Hukuki Nitelik*"), s. 291-299.

³¹⁷ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 46; Düren, s. 5-7.

üstlenilmesine yaklaştığı söylenebilirse de bu durum cüzî halefiyetin Fransız hukukunda kabul edildiği anlamı taşımamaktadır³¹⁸. Yine Fransız hukukunda kabul edilen istisnai bir hükme göre, borç havalesi durumunda temel ilişkiye ait resmi rehinler devam eder³¹⁹. Ancak bu hüküm de istisnai olup, borç havalesinin niteliğine tesir etmez.

Normal şartlarda ilk borcun sona ermesine sebep olan borç havalesinde alacaklının tekrar asıl borçluya başvurma imkânı yoktur. Ancak Fr.MK madde 1337'ye göre istisnaen iki durumda alacaklının asıl borçluya rücu etme hakkı tanınmıştır. Bu haller, yenileme anlaşmasında alacaklının asıl borçluya rücu hakkını saklı tutması ve havale anında muhalün aleyhin iflas ya da ödeme aczi içerisinde bulunduğunun anlaşılmasıdır. İlk durumda sözleşme serbestisi gereği alacaklının sözleşmeye böyle bir hüküm koyması mümkündür. İkinci durum ise havale akdinde kabul edildiği üzere alacağın akıbetini koruyan bir rücu hükmü olmaktan çok, havale anında yeni borçlunun ödeme gücü anlamında kötü durumda olduğunun alacaklıdan saklanması, borçlunun kötüniyetle yaptığı bir hile olarak kabul edilmesine dayanır. Bu durumda da alacaklı irade sakatlığı sebebiyle yenilemeyi iptal edip eski borcun yeniden diriltmesini sağlayarak, asıl borçluya başvurma imkânı elde edebilir³²⁰.

Roma / Fransız sisteminde kabul edilen borç havalesi için Fransız hukukunda taahhüt havalesi kavramı da kullanılmaktadır. İleride inceleneceği üzere havale işlemi ise, nitelik itibariyle bir ödeme havalesidir³²¹. Bununla birlikte borç havalesi ile

³¹⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz: 46-48. Borç havalesi için kabul edilen belirli havale / belirsiz havale ayrımı, İslam hukukunda kabul edilen müphem havale / gayri müphem havale ayrımına benzese de iki sistemde belirliliğe esas alınan kriter farklıdır. Fransız sisteminde borcun sınırlarının ve içeriğinin belirli olup olmaması söz konusu iken, havale akdinde havalenin vadesinin belirli olup olmaması söz konusudur. Nitekim borcun üstlenilmesi anlamı taşıyan havale akdinde nakledilen borç, muhalin zimmetindeki şekliyle muhalün aleyhin zimmetine nakledilir. Bu açıdan havale akdinde borcun sınırlarının belirsiz olması söz konusu değildir. Aşağıda Bkz: § 3-VI.

³¹⁹ Fr.MK madde 1334 ve madde 2324; Yahya, s. 78-82. Daha önce 1278. Maddede düzenlenen ilgili hüküm 1 Ekim 2016'da yapılan değişiklikle 1334. maddeye alınırken, daha önce 2095. maddede düzenlenen hüküm ise 23 Mart 2006'da yapılan değişiklikle 2324. maddede düzenlenmiştir.

³²⁰ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 48; Yahya, s. 74-76. Daha önce 1276. maddede düzenlenen bu hüküm 1 Ekim 2016'da yapılan değişiklikle 1337. maddede düzenlenmiştir.

³²¹ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 41.

borçlunun değişmesi tamamlandığı ve borç üçüncü kişiye nakledildiği için buna tam havale denir. Herhangi bir sebeple borçlunun değişmesi sonucu doğmaz ve ilk borçlu borcundan kurtulmaz ise bu havale, eksik havale olarak adlandırılır. Bu durumda sadece üçüncü kişinin borca katılması ve alacaklıya karşı asıl borçlu ile birlikte müteselsil borçlu haline gelmesi söz konusudur³²².

Sonuç olarak hukuki nitelik itibariyle olmasa da taşıdığı amaç ve işleyiş bakımından Mecelle'deki havale akdinin borç havalesine benzediği, muhilin havalesi neticesinde muhalün aleyh ve muhalün lehin anlaşması sonucunda borçlunun değişmesi gerçekleşeceğinden tam bir havale anlamına geldiği söylenebilir. Nitekim tarafların havaleyi kabulü ile birlikte borç, muhalün aleyhin zimmetine nakledilir³²³.

B. Havale İşleminin Hukuki Niteliği

İsviçre Medeni Kanunu Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Romanşça³²⁴ olmak üzere dört dilde resmi olarak kabul edilmiştir³²⁵. Kanun metninin farklı dillerde farklı terminoloji ile ifade edilmesi bazı hükümlerin kantonlar arasında farklı yorumlanmasına sebep olmuştur. Bu yorum farklılıkları Lozan'daki İsviçre Federal Mahkemesi tarafından giderilmeye çalışılmaktadır³²⁶. Havalenin tanımını düzenleyen 466. maddenin Almanca metninde “hukuki işlem”, Fransızca metninde ise “sözleşme” ifadelerinin kullanılması, doktrindeki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Kanun'un Almanca ve Fransızca metinlerinde havaleye ilişkin farklı tanımların

³²² Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 42-43; Yahya, s. 14-21; BGB Art. 421; TBK m. 201.

³²³ Mecelle, m. 690; Mürşidü'l-Hayrân, m. 777; Yahya, s. 127.

³²⁴ Romanşça ifadesi, Türkçe'de Romanş (*Romansh*) halkının konuştuğu dil için kullanılmaktadır. Bkz: İğci, Alpay, “Türkçede Kullanılan Dil Adlarının Yapısı”, XI. Uluslararası Dünya Dili Türkçe Sempozyumu Bildiri Kitabı, Ed. Serkan Şen; Mediha Mangır, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Samsun 2019, s. 213.

³²⁵ Kanunun resmi metinlerinden Almanca için Bkz: <https://www.fedlex.admin.ch/de/cc/internal-law/21>; Fransızca için Bkz: <https://www.fedlex.admin.ch/fr/cc/internal-law/21>; İtalyanca için Bkz: <https://www.fedlex.admin.ch/it/cc/internal-law/21>; Romanşça için Bkz: <https://www.fedlex.admin.ch/rm/cc/internal-law/21>. Ayrıca resmi kodifikasyon sayılmamakla birlikte İngilizce metin için Bkz: <https://www.fedlex.admin.ch/en/cc/internal-law/21> (E.T. 12.1.2022).

³²⁶ Hamza, s. 224-225.

yapılmış olması, İsviçre doktrini dolayısıyla Türk doktrinini de etkilemiştir. İsviçre / Türk hukukundaki doktrin tartışmalarına göz atacak olursak, havalenin hukuki niteliğine dair ortaya atılan görüşleri üç grupta toplayabiliriz. Bunlar; sözleşme (vekalet), temsil yetkisi ve çifte yetkilendirme görüşleridir³²⁷.

Doktrinde, Almanca metnin hukuki niteliğe daha uygun olduğu ve havalenin çifte yetki verme niteliği taşıdığı, vekalet ilişkisine dayanan sözleşme görüşü karşısında genel olarak kabul edilmiştir³²⁸. Bizce de Türk Borçlar Kanunu'nun 555. maddesinde kabul edilen havale işlemi, havale edenin havale ödeyicisini ödeme ile, havale alıcısını ise kendi adına ifayı kabul ile yetkilendirdiği üç köşeli ancak tek taraflı bir hukuki işlemdir. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere tarafların kendi aralarındaki ilişki, vekalet ilişkisi veya temsil yetkisi ile açıklanamaz. Havale ilişkisi kendi şahsına münhasır, temel ilişkilerden bağımsız soyut bir ilişkidir³²⁹.

Havale ilişkisinin üç köşeli bir hukuki ilişki olarak adlandırılması, hukuki işleme bir şekilde katılan üç tarafın olması sebebiyledir. Bu ilişkinin köşeleri havale eden (*muhil, Anweisender*), havale ödeyicisi (*muhalün aleyh, Angewiesener*) ve havale alıcısıdır (*muhalün leh, Anweisungsempfänger*). Havale eden ile havale alıcısı arasındaki temel ilişkiye “bedel / değer ilişkisi”, havale eden ile havale ödeyicisi arasındaki ilişkiye “karşılık / rücu ilişkisi”, havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasında bu iki ilişkiden bağımsız olarak havale ile kurulan hukuki ilişkiye ise “edim / ödeme ilişkisi” veya “havale ilişkisi” denmektedir³³⁰.

Havalenin bu üç köşesi arasında havale sebebiyle doğan hukuki ilişkilerin niteliği, havale ilişkisinin de niteliğinin tespit edilmesine yardımcı olur. Tarafların

³²⁷ Özakman, s. 262 vd.; Yavuz / Acar / Özen, s. 1334; Türk, s. 37 vd.

³²⁸ Tartışmanın tarafları ve öne sürülen gerekçeler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 292-298.

³²⁹ Aynı yönde Bkz: Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 291, 298-299; Özakman, s. 261-262; Günergök, Özcan, “Havale İlişkisi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 1995, s. 20-21; Han, Işık Aslı, “Üç Taraflı Hukuki İlişki Modeli Olarak Havale”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2019, s. 12-13.

³³⁰ Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 291; Düren, s. 5-7.

arasında havale dışında borç ilişkileri söz konusu olabilir. Ancak bu ilişkiler havale ilişkisinin niteliğini etkilemezler. Örneğin, havale eden ile havale ödeyicisi arasında temelde bir vekalet veya iş görme sözleşmesi söz konusu olabilir. Havale ödeyicisi bu nedenle havaleyi kabul ediyor olabilir. Ancak bu durum havale ile havale ödeyicisine verilen yetkinin hukuki niteliğini etkilemez. Alman, İsviçre ve Türk doktrinlerinde havale ilişkisinin hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler öne sürülmüştür. BGB'nin 783. maddesinin açık ifadesinden dolayı, Alman doktrinindeki tartışma havale ile verilen yetkinin niteliğine ilişkindir. Sözleşme görüşüne ise neredeyse hiç rastlanmamaktadır. İsviçre doktrininde ise *von Tuhr*'un 1904 yılında yazdığı "*Zur Lehre von Anweisung*" (*Havale Doktrini*) adlı makalesinden beri, havalenin çifte yetkilendirme niteliği taşıyan bir hukuki işlem olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Böylelikle İsviçre / Türk doktrininde, aksi görüşler söz konusu olsa da çifte yetkilendirme görüşü hakimdir³³¹. Bu konuda söz konusu olan sözleşme, temsil yetkisi ve çifte yetkilendirme görüşlerine kısaca değinmek gerekir.

1) Sözleşme Görüşü

Havale ilişkisinin sözleşme niteliği taşıdığı görüşü, İsviçre doktrininde özellikle XIX. yüzyılda savunulmuş, 1881 senesinde kabul edilen ve 1883 senesinde yürürlüğe giren (eski) İsviçre Borçlar Kanunu'nun havaleye ilişkin düzenlemelerine de temel teşkil etmiştir³³². Avusturya, Alman ve Fransız Medeni kanunları etkisi altındaki İsviçre kantonlarının kodifikasyonlarını federal düzeyde birleştiren ilk kanun olan eİBK.³³³, havaleyi, vekalet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmekteydi³³⁴. Bu düzenleme o dönem havale ilişkisini çifte vekaletten oluşan bir akit olarak kabul eden görüşe uygun olarak yapılmıştır. Fakat daha sonra 1909 yılındaki Borçlar Kanunu taslağında, gelişen havale telakkilerine uygun olarak havalenin çifte yetkilendirme

³³¹ Kocaman, "Hukuki Nitelik", s. 291.

³³² Yavuz / Acar / Özen, s. 1334.

³³³ Kroppenber, Inge / Linder, Nikolaus, "Coding the Nation: Codification History from a (Post-) Global Perspective", *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Ed: Duve, Thomas, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, s. 81; Schuster, s. 217-218.

³³⁴ Özakman, s. 263; Sabri Şakir / Fuad Hulusi, s. 276.

içeren bir hukuki işlem olduğu fikri kabul edilmiştir. Nitekim vekalette vekil daima müvekkilin menfaatine uygun hareket etmek zorunda iken, havalede muhalün aleyh veya muhalün lehine muhalilin menfaatine hareket etme zorunluluğu yoktur. Örneğin bir vekalet ilişkisi olan itibar mektubunda ödeme emri verilen mektubun muhatabı, amirin yani müvekkilinin menfaatine olarak davranmak ve ödeme aczi bulunması durumunda lehdara ödeme yapmak konusunda müvekkiline danışması gerekir. Ancak havalede muhalün aleyhin böyle bir mecburiyeti yoktur³³⁵.

İsviçre doktrininde XX. yüzyıl başından itibaren çifte yetkilendirme görüşü kabul edilmiş ve Kanun'un Almanca metni söz konusu şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen *Gautschi, von Tuhr*'dan yaklaşık yarım asır sonra dahi halen havalenin vekalet sözleşmesine dayandığı görüşünü savunmuştur. Ona göre havalede havale eden, havale ödeyicisi ve havale alıcısını ödeme ve kabza yetkilendirse de, bu yetki aralarındaki vekalet ilişkisine dayanan bir temsil yetkisidir. Dolayısıyla havale ödeyicisi havale borcunu havale eden adına ve hesabına ifa eder³³⁶. Gerçekten de özellikle borç ile kayıtlandırılmış havalede (*borç üzerine havale, Anweisung auf Schuld*) olduğu gibi, alacaklının (burada havale eden) üçüncü bir kişiyi alacağını tahsil etmekle yetkilendirdiği çoğu ilişkide tahsil için verilen bir vekaletten bahsedilebilir. Ancak tahsil için vekalette vekil (burada havale alıcısı) ifayı vekili yani havale eden adına ve hesabına kabzederek tahsil ettiği ifayı ona vermek zorundadır. Havalede ise durum bunun aksine olarak havale alıcısı kendi adına ve havale eden hesabına ifayı kabul eder. Dolayısıyla ifayı havale edene vermesi söz konusu olmaz³³⁷.

Bununla birlikte *Gautschi*, İBK.'nin Fransızca metninde geçen "*contrat*" ifadesinden de yola çıkarak, havale alıcısının havale borcunu sadece havale ile verilen kabzetme yetkisi ile talep etme hakkının doğmayacağını, bunun için akdi bir ilişkinin mevcut olması gerektiğini savunmuştur³³⁸. Ancak havalede havale ödeyicisinin havale

³³⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Sabri Şakir / Fuad Hulusi, s. 276-277.

³³⁶ Sözleşme görüşü ve doktrinde bu görüşe yöneltilen eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kocaman, "Hukuki Nitelik", s. 292-295; Günergök, s. 8-19.

³³⁷ Zevkliler / Gökyayla, s. 635.

³³⁸ Kocaman, "Hukuki Nitelik", s. 292.

borcunu ödeme zorunluluğu havale edenin yetkilendirmesi ile değil, havale ödeyicisinin bu ödeme yetkisini kabul etmesi ile doğar. Havale alıcısına varması gereken kabul beyanının niteliği ise tek taraflı yenilik doğuran bir hukuki işlemdir. Bu yenilik doğuran beyanın havale alıcısına varması ile birlikte havale ödeyicisi havale konusunu havale alıcısına ödeme yükümlülüğü altına girer³³⁹.

Türk doktrininde ise, gerek mülga Mecelle'nin havale telakkilerinin etkisi ve gerek mehz İBK.'nin Fransızca metni ve eBK'nın 457. maddesinde geçen akit ifadesinin etkisi ile *Gautschi*'den önce de sözleşme görüşüne rastlanmaktadır³⁴⁰. Bununla birlikte bazı yazarlar, İsviçre doktrininde *Gautschi* ile etki kazanan görüşün tesiriyle havalenin temelinde bir sözleşme ilişkisinin mevcut olması gerektiğini savunmuştur³⁴¹. Ancak bu görüşlerin temelde İBK. 'nın Fransızca metni ve eBK'da geçen akit ifadesinden kaynaklandığı görülmektedir. Bununla birlikte daha önce ortaya koymaya çalıştığımız havalenin tarihsel gelişiminde Roma / Fransız sisteminde kabul edilen *delegatio*'nun niteliğine ilişkin tartışmaların İsviçre / Türk sistemi tarafından tevarüs edildiği söylenebilir³⁴². Nitekim yeni Türk Borçlar Kanunu ile birlikte, doktrinde teknik bakımdan hatalı bulunan söz konusu akit ifadesi yer almamış, 555. maddede havalenin hukuki işlem niteliği taşıdığı, açıkça ifade edilmiştir³⁴³. Böylelikle Türk doktrini bakımından söz konusu tartışma sona ermiştir.

³³⁹ Özakman, s. 274-275.

³⁴⁰ Sabri Şakir / Fuad Hulusi, s. 276 vd. Bununla birlikte *Hayri Salim, Temiskokli Zembulidis ve Göktürk*'ün görüşleri de *Gautschi*'den önce karşımıza çıkmaktadır. Bkz: Kocaman, "Hukuki Nitelik", s. 292-293.

³⁴¹ *Tunçomağ*'ın havalenin üçüncü şahıs lehine sözleşme olduğuna dair görüşü ve *Akyol*'un bu görüşe getirdiği eleştiri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kocaman, "Hukuki Nitelik", s. 292-295; Günergök, s. 18-19; Akyol, Şener, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, (*Tam Üçüncü Şahıs*), s. 61-63.

³⁴² Nitekim bu görüşe göre havale eden havale ödeyicisine "ödeme vekaleti" (*mandatum solvendi*) verirken, havale alıcısına ise "kabetme vekaleti" (*mandatum accipendi*) vermektedir. Bkz: Yavuz / Acar / Özen, s. 1334.

³⁴³ Koç, Nevzat, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Vekalet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:7, Sayı 14, Güz 2008, s. 53; Uygur, Turgut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 2447.

2) Temsil Yetkisi Görüşü

Havale ilişkisinin hukuki niteliğinin temsil yetkisine³⁴⁴ dayandığı görüşü, temelde Alman hukukçu *Lenel*'in 1896 yılında yazdığı bir makalede borç üzerine havalenin tahsil için temsil yetkisi vermekten başka bir şey olmadığını ifade etmesine dayanır³⁴⁵. Bu görüşe göre havale ile, havale eden havale ödeyicisine ödeme için temsil, havale alıcısına ise kabz için temsil yetkisi vermektedir³⁴⁶. Böylelikle havale ilişkisi, çifte temsil yetkisi verme niteliğini haiz olur.

Havalenin niteliğine ilişkin vekalet (*mandatum*) ve yetki (*iussum*) görüşlerini Roma hukukunda kabul edilen *delegatio*'nun niteliği konusunda Roma hukuku ve devamında Müşterek hukuk doktrinlerinde görmek mümkün iken³⁴⁷, *delegatio* kurumunun devamı olan havaleye ilişkin olarak Alman, İsviçre ve Türk sisteminde de görmek mümkündür. Ancak havalede (*delegatio*) verilen ödeme ve kabzetme yetkilerinin temelini temsil yetkisine dayandığı görüşü ile Roma hukukunda karşılaşılmaz. Nitekim Roma hukukunda istisnai bazı dolaylı temsil örnekleri dışında³⁴⁸, vekalet ilişkisinden bağımsız bir temsil kurumu kabul edilmemektedir. Roma'da akitler ve hukuki işlemler sadece işlemin tarafları üzerinde sonuç doğurur. Temsil ile üçüncü kişinin hukuki eylemleri sonucunda kişinin bir hak iktisap etmesi söz konusu değildir³⁴⁹.

³⁴⁴ Temsil, bir kişinin diğer bir kişi adına temsilci sıfatıyla hukuki işlem yapmasına denir. Sözleşmeler bakımından temsile ilişkin hükümler TBK madde 40 ve devamında düzenlenmiştir. Bkz: Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 23. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 148-149. Temsilci, kendisine temsil yetkisi verilen hukuki işlemi temsil olunan adına ve hesabına gerçekleştirdikten sonra aradan çekilir. Temsilci, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin tarafı olmaz. Bkz: Kocayusufpaşaoğlu, s. 622.

³⁴⁵ Kocaman, "Hukuki Nitelik", s. 296; Günergök, s. 19-20.

³⁴⁶ Özakman, s. 265.

³⁴⁷ *Delegatio*'nun hukuki niteliği hakkındaki görüş ayrılıkları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Düren, s. 15-23.

³⁴⁸ Nitekim gerçek anlamda temsil, sadece doğrudan doğruya temsildir. Bkz: Kocayusufpaşaoğlu, s. 628-629.

³⁴⁹ Rado, s. 159-161; Akyol, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, (*Temsil*), s. 91-92.

İsviçre’de havalenin sözleşme niteliği taşıdığı düşüncesinden zamanla vazgeçilmiş ve bunun yerine havalenin taraflara temsil yetkisi veren bir işlem olduğu düşüncesi kabul görmüştür. Havalenin tarihsel olarak vekalet sözleşmesinin bir türü olarak kabul gördüğü düşünülürse, akdi nitelik taşımasa da havalenin vekaletteki gibi temsil yetkisi verme niteliği taşıdığı görüşünün, sözleşme görüşü ile çifte yetki verme görüşü arasındaki fikirsel gelişimin ara basamağı olduğu söylenebilir. Nitekim vekalet görüşünü esas alan eİBK. 1881 tarihli, temsil yetkisi görüşünün ortaya konulduğu *Lenel*’in makalesi 1896 tarihli ve çifte yetki verme görüşünün savunulduğu *von Tuhr*’un makalesi ise 1904 tarihlidir.

Bugün temsil yetkisi görüşü etkisini yitirse de İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında söz konusu düşünceye dayanan bazı düzenlemeler halen varlığını korumaktadır. Nitekim borç üzerine havalede, havale eden tarafından havale alıcısına tahsil için temsil yetkisi verildiği *Lenel* tarafından savunulmuştur. Buna göre tahsil için temsil yetkisinde, ifanın ağırlaşmasına yol açmadığı sürece borçlu için alacaklı yerine tahsil ile yetkilendirilmiş kişiye ifada bulunma zorunluluğu vardır. Bu hüküm alacağın temlik anlamına gelen ve yeni Borçlar Kanunu’nda da yerini koruyan 557. maddenin 2. fıkrasının tarihsel temelini oluşturmaktadır. Söz konusu maddeye göre havale ödeyicisinin havale edenin borçlusu olduğu bir havalede, havalenin ifası havale ödeyicisinin borcunun ifasına göre daha külfetli değilse, borçlu havaleyi kabul etmekle yükümlüdür. Eski Borçlar Kanunu’nun 459. maddesinin 2. fıkrası da aynı hükmü kabul eder. Bu hüküm mehz İBK.’nin 468. maddenin 2. fıkrasında aynı şekilde düzenlenmiştir³⁵⁰. BGB’nin 787/2 hükmü ise, havalenin niteliğine daha uygun olarak, havale ödeyicisini, havale edene borçlu olsa da havaleyi kabul ile yükümlü tutmamıştır³⁵¹.

Havalenin niteliği konusunda temsil yetkisi görüşünün isabetli olduğu söylenemez. Nitekim temsil yetkisinde, temsil edilenin temsilciye varması gereken tek

³⁵⁰ Söz konusu düzenleme bakımından tahsil için temsil yetkisi ve kabza yetki verme arasındaki temel farkın, yani havale ödeyicisinin ödeme yükümlülüğü olup olmaması farkının kaybolduğu konusunda Bkz: Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 296-297.

³⁵¹ Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 297.

tarafli irade beyanı ile birlikte temsil ilişkisi kurulmuş olur. Temsilcinin bu yetkiyi kabul etmesi gerekmez³⁵². Oysaki havalede havale edenin verdiği ödeme ve kabzetme yetkisi tek başına havale ödeyicisi ve havale alıcısının kendi adlarına ve havale eden hesabına hareket edebilmelerini sağlamaz. Havale ilişkisinin kurulabilmesi için havale ödeyicisi ve havale alıcısının havaleyi kabul etmeleri gerekir³⁵³. Ayrıca temsil yetkisinde temsilci ifa ve kabzı temsil edilen adına ve hesabına gerçekleştirirken, havalede havale ödeyicisi ve havale alıcısı kendi adına ve havale eden hesabına hareket eder³⁵⁴. Bununla birlikte temsil için yetkilendirilen kişi bu yetkiyi kullanmakla yani ifada bulunmak veya ifayı kabzetmek ile yükümlüdür. Ancak havalede taraflar kendilerine verilen ödeme ve kabzetme yetkilerini kabul etmekle yükümlü değildirler³⁵⁵. Temsil yetkisi ile havalede verilen yetki arasındaki bir diğer önemli fark ise temsilcinin temsil edilenin menfaatine hareket etme yükümlülüğüdür³⁵⁶. Havalede ise havale ödeyicisi veya havale alıcısı, havale edenin menfaatine uygun hareket etmek zorunda değildirler. Nitekim her ikisi de havale eden hesabına hareket etseler de kendi menfaatlerini gözeterek hareket ederler.

3) Çifte Yetkilendirme Görüşü

İsviçre doktrininde, *Lenel*'in 1896 yılında yazdığı makalesinde havalede çifte temsil yetkisi vermenin söz konusu olduğuna dair görüşü, 1904 yılında *von Tuhr*'un yazdığı havaleye dair meşhur makalesinde şiddetle eleştirilmiş ve havalede temsil yetkisinin söz konusu olmadığı, havalenin sadece çifte yetki verme mahiyeti taşıyan bir hukuki işlem olduğu görüşü savunulmuştur³⁵⁷. Devamında da 1911 İsviçre Borçlar

³⁵² Reisoğlu, s. 151-152.

³⁵³ Ödeme ve kabzetme gibi, tarafların kabul beyanlarının da kendi adlarına yapılması gerekir. Bkz: Uygur, s. 2448.

³⁵⁴ Özakman, s. 265; Günergök, s. 20; Yavuz / Acar / Özen, s. 1334.

³⁵⁵ Kocaman, Havale, s. 36-37.

³⁵⁶ TBK m. 506/2; Reisoğlu, s. 154-156; Kocayusufpaşaoğlu, s. 624.

³⁵⁷ Kocaman, "Hukuki Nitelik", s. 296. Bununla birlikte ilk defa *Hupka*, 1900 yılında yazdığı eserinde temsil yetkisi görüşüne karşı çıkarak havalenin temsil yetkisi içermediğini ortaya koymuştur. Bkz: Akyol, Tam Üçüncü Şahıs, s. 63, dn. 24.

Kanunu, söz konusu görüşü temel alarak havalenin bir çifte yetki verme niteliği taşıdığını kabul etmiş, böylelikle bu görüş doktrinde de baskın hale gelmiştir³⁵⁸.

Türk hukukunda da baskın olarak kabul edilen çifte yetki verme görüşü, havale ilişkisinde taraflar arasında kurulan ilişkileri vekalet, üçüncü kişi yararına sözleşme veya temsil yetkisi temelinde incelememiş, havaleyi bağımsız bir kurum olarak inceleyerek, havale edenin tek taraflı irade beyanı ile çifte yetki verme sonucunun gerçekleştiğini ifade etmiştir³⁵⁹. Buna göre havalede havale eden, para, kıymetli evrak veya diğer misli bir eşyayı havale alıcısına ödeme konusunda havale ödeyicisine yetki verirken, aynı zamanda bu ödemeyi kendi adına kabul etmesi noktasında havale alıcısına da yetki verir³⁶⁰. Burada havale alıcısının kendi adına tahsil yetkisi ile yetkilendirilmesi, havale eden ile aralarında bir temsil ilişkisinin olmasını gerekli kılmaz. Çünkü burada kendi adına tahsil yetkisi verilen kişi, ifayı kendi adına ve menfaatine kabul eder. Temsil yetkisi ile arasındaki en önemli fark da budur³⁶¹.

Alman hukukunda ise, havale işleminin hukuki niteliği konusunda daha önce bahsettiğimiz sözleşme görüşü neredeyse hiç söz konusu olmamıştır. Çünkü BGB'nin 783. maddesinin tanımı açıkça havalede çifte yetki vermenin söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte Alman doktrinde bu yetkinin temsil yetkisi mi yoksa çifte yetki verme mi olduğu hususu tartışılmış, ancak çifte yetki verme olduğu doktrinde baskın olarak kabul edilmiştir³⁶².

Daha önce de belirttiğimiz gibi yetki görüşü, Roma hukukunda kabul edilen *delegatio* kurumunun hukuki niteliği konusunda da ileri sürülmüştür. Müşterek hukuk genel olarak “çifte vekalet teorisi”ni kabul etmekle birlikte, zamanla vekalet görüşünden ayrılarak havalede taraflar arasındaki ilişkiyi yetki verme olarak

³⁵⁸ Özakman, s. 297; Yavuz / Acar / Özen, s. 1335.

³⁵⁹ Akyol, Tam Üçüncü Şahıs, s. 61-63; Eren, s. 920-921.

³⁶⁰ Özakman, s. 297-298; Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 298-299; Günergök, s. 20-21.

³⁶¹ Kendi adına tahsil yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Akyol, Temsil, s. 71-73.

³⁶² Kocaman, “Hukuki Nitelik”, s. 291.

tanımlamaya başlamıştır³⁶³. Nitekim halen yürürlükte olan 1896 Alman Borçlar Kanunu, 1911 İsviçre Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilen görüş de budur³⁶⁴. Nitekim eBK'nın havaleyi akit olarak tanımlaması neticesinde doktrinde yaşanan tartışmalar, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 555. maddesinde, havalenin çifte yetki veren bir hukuki işlem olduğunun açıkça ifade edilmesi ile son bulmuştur³⁶⁵. Yargıtay kararlarına göre de havale, havale ödeyicisi ve havale alıcısına verilen iki yönlü bir yetkiden ibarettir³⁶⁶.

Kanaatimizce de Alman, İsviçre / Türk sisteminde kabul edilen havale işleminin hukuki niteliği, tek taraflı irade beyanıyla çifte yetki vermedir. Nitekim havale edenin havale ödeyicisine, havale borcunu kendi adına ancak havale eden hesabına ödeme yetkisi verirken, havale alıcısına da bu ödemeyi kendi adına fakat havale eden hesabına kabul etme yetkisi vermesi, vekalet sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme veya temsil yetkisinde olduğu gibi taraflar bakımından bir yükümlülük doğurmaz. Taraflar bu yetkiyi kullanıp kullanmamakta serbesttirler³⁶⁷. Kendisine ödeme yetkisi verilen havale ödeyicisi, kabul beyanını havale alıcısına ulaştırması ile birlikte havale borcu ile yükümlü hale gelir³⁶⁸. Ancak burada havale ilişkisi taraflar arasındaki temel borç ilişkilerinden bağımsız bir ödeme ilişkisidir. Havale ödeyicisinin havale borcunu havale alıcısına ödemesiyle, havale borcu ile birlikte temel ilişkilerdeki borçlar da sona erer. Fakat taraflar havale ilişkisi bakımından, temel ilişkilere ait savunma ve teminatlardan faydalanamazlar. Bu soyut karakter, havale ilişkisinin temel niteliğini oluşturur³⁶⁹.

³⁶³ Düren, s. 16; Kocaman, Havale, s. 32-35.

³⁶⁴ BGB, §783; İBK. m. 466 (Almanca metin); TBK m. 555.

³⁶⁵ Kocaman, Havale, s. 33-35.

³⁶⁶ Uygur, s. 2448.

³⁶⁷ Yavuz / Acar / Özen, s. 1335.

³⁶⁸ Havale ile çifte yetki verilmesi yani havalenin tesisi, tek taraflı ve varması gerekli bir hukuki işlem ile gerçekleşir. Dolayısıyla havalede verilen yetkilerin geçerliliği kabul edilmelerini gerektirmez. Bkz: Kocaman, Havale, s. 39-40. Bununla birlikte havale ödeyicisinin havaleyi kabul beyanının, havale alıcısına yöneltilmesi (varması) gerekir. Bkz: Özakman, s. 274-275.

³⁶⁹ Yavuz / Acar / Özen, s. 1336-1337; Özakman, s. 267-268; Eren, s. 921; Uygur, s. 2448.

C. Havale Akdinin Hukuki Niteliği

İslam hukuku literatüründe havaleye ilişkin doktrin tartışmalarına bakıldığında, havalenin akdi niteliği konusunda açık bir ihtilafa rastlanmamaktadır. Klasik fıkıh kitapları gibi onları takip eden muasır fıkıh literatüründe de havalenin, borcu bir zimmetten diğer bir zimmete nakleden bir akit olduğu yönünde görüş birliği mevcuttur. İslam hukuku doktrininde havalenin hukuki niteliği konusunda karşılaşılan tartışmalar, genellikle havale akdine ilişkin hadisteki emrin niteliği ve havaleyle nakledilen borcun niteliği üzerinde yoğunlaşmıştır. Ancak yine de havale ilişkisinin hukuki niteliğine ilişkin fıkıh kitaplarında dağınık olarak bulunan bazı görüşler mevcuttur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İslam hukukunun klasik doktrininde fıkıh konuları belirli bir düzen içinde incelenmektedir. Bu düzen fıkıh kitaplarında olduğu gibi Mecelle’de de korunmuştur³⁷⁰. Söz konusu düzene göre havale akdi, üç köşeli bir ilişki olması ve hükümlerindeki benzerlik nedeniyle genellikle kefalet akdinden sonra ve vekalet akdinden önce ele alınmaktadır. Aralarındaki benzerlikler dikkate alınarak havalenin niteliği konusunda bu akit türlerinden de faydalanmak gerekir. Nitekim Hanefî mezhebinden *Serahsî*, havaleden maksadın esasında mutlak havale olduğunu söylerken, mukayyet havalenin ise bir anlamda ifaya ve kabza vekalet verme olduğunu belirtmiştir³⁷¹. Yine aynı mezhepten *Bâbertî* ve *İbnü’l-Hümâm*’a göre ise, havale kefaletle benzetilmiştir. Çünkü havale de kefalette olduğu gibi asilin borcunu konu alan ve onu teminat altına alan bir akit türüdür. Ancak aralarındaki en önemli fark, havale ile muhilin, şartlı da olsa, borçtan kurtulması söz konusu iken kefalette kefil gibi asil de bu borç ile sorumlu olmaya devam eder³⁷².

³⁷⁰ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, s. 233.

³⁷¹ Serahsî, el-Mebsût, C. XX, 54.

³⁷² Bâbertî, C. VII, s. 238; İbnü’l-Hümâm, C. VII, s. 238. *İbn Nüceym* de kefalet ile havalenin farkını bu şekilde ifade etmektedir. Bkz: İbn Nüceym, el-Bahrü’r-Râik, C. VI, s. 266.

Havalenin hukuki niteliği konusundaki görüşlerin dağınıklığı ve sistematik olarak ele alınmasının pek mümkün olmaması nedeniyle, bu konunun İslam hukukunun klasik literatürü ve Mecelle genelinde ayrı ele alınması daha faydalı olacaktır.

1) Klasik Literatüre Göre

a) Genel Olarak

Fıkıh kitaplarında genel olarak takip edilen konu sıralamasına bakıldığında, havalenin İslam hukukunda kabul edilen isimli akitlerden biri olduğu görülmektedir³⁷³. Bu nedenle diğer isimli akitlerde olduğu gibi, doktrinde havale akdinin de unsurları, şartları ve hükümleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir³⁷⁴.

Havale akdi, İslam hukukunda yardımlaşma amacı taşıyan akitlerden sayılmış ve havale karşılığında bir ücret almak caiz görülmemiştir³⁷⁵. Bununla birlikte İslam hukukunda kabul edilen havale akdi, nitelik itibariyle üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendirilemez. Çünkü bu sözleşme tipi ile havale akdi arasında çok önemli bir fark vardır. Üçüncü kişi yararına sözleşmede akdin hükümlerinin lehine doğacağı kişi tamamen akde yabancı bir kişidir³⁷⁶. Yani akdin bir tarafı değildir. Oysaki havale akdinde, taraflardan ikisi arasında kurulup üçüncüsü lehine sonuç doğuran ihtimaller de dahil olmak üzere, muhil, muhalün aleyh ve muhalün leh akdin birer tarafıdır. Genellikle havale ile muhil lehine sonuç doğacak olsa bile, muhil akde yabancı bir üçüncü kişi değil, akde taraf olan bir kişidir. Bu değerlendirme de İslam hukukundaki havale teorisinin akit nazariyesi üzerine kurulduğunu açıkça göstermektedir³⁷⁷. Maliki

³⁷³ Zühaylî, Vehbe ez-Zühaylî, el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu, C. IV, 2. bs., Dâru'l-Fıkr, Dimeşk 1985, s. 242.

³⁷⁴ El-Hacce, s. 8.

³⁷⁵ Desûkî, C. III, s. 327. Nitekim daha önce bahsedilen bir Din İşleri Yüksek Kurulu fetvasında da durum açıklanmıştır. Bkz: Din İşleri Yüksek Kurulu, s. 510-511; dn. 63.

³⁷⁶ Akyol, Tam Üçüncü Şahıs, s. 60.

³⁷⁷ Söz konusu değerlendirme hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Senhûrî, Mesadirü'l-Hak, C. V, s. 161.

mezhebinden *İbn Rüşd el-Hafid* ise, havalenin bir muamele yani bir hukuki işlem olduğunu belirtmektedir. Bu muamelenin bir akit niteliği taşıyıp taşımadığından ise bahsetmemiştir. Bununla birlikte havalenin deyn satışına bir istisna olarak kabul edilen sahih bir muamele olduğunu belirtmiştir³⁷⁸.

Havalenin hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda İslam hukukçularının ihtilaf halinde olduğu ve genellikle iki görüş üzerinde birleştikleri görülmektedir. İlk görüşe göre havale, deynin deyn karşılığında satışı (*bey'u'd-deyn bi'd-deyn*) niteliğinde olup, ihtiyaca binaen caiz kabul edilmiştir. Maliki, Zeydiyye ve İbaziyye mezheplerinin görüşleri ile Şafii mezhebinin baskın görüşü budur. Buna göre havale ile muhil, borcu karşılığında muhalün aleyhin kendisine olan borcunu muhalün lehe satmaktadır. Bu durumda satıcı muhil ve alıcı da muhalün leh iken, satılan mal muhalün aleyhin muhile olan borcu, semen ise muhalün bihdır³⁷⁹.

Bu görüş sahipleri için havaleden maksat sadece mukayyet havaledir. Daha önce de belirtildiği gibi Hanefi mezhebi dışındakiler, mutlak havaleyi fiilen geçerli kabul etseler de farklı terimlerle ifade etmektedirler. Dolayısıyla bu görüş sahipleri sadece mukayyet havalenin niteliğinden bahsetmektedir. Bu görüşe göre mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borç olan muhalün aleyhin muhile olan borcu, havaleye konu olan borç karşılığında muhalün lehe satılmaktadır. Ancak bu görüş, mutlak havalenin niteliğini açıklamamaktadır³⁸⁰.

Havalenin niteliği konusunda kabul edilen ikinci görüşe göre ise, havale başka bir akitten değil zatından mülhem, müstakil bir akit türüdür. Hanefi ve Hanbeli mezhebinin görüşü ile Şafii mezhebinde zayıf kabul edilen bir görüş bu yöndedir. Bu görüşe göre havale, ihtiyaca binaen kabul edilmiş münferit bir akit tipidir³⁸¹. Nitekim

³⁷⁸ İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-Müctehid*, C. IV, s. 83.

³⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Ebu'l-Alâ, s. 9-10. *Zühaylî*, havalenin deyn karşılığında deynde tasarruf edilmesi anlamına geldiğini, borç satışı konusundaki genel yasağın aksine havalenin istisnaen Sünnet ve icmaya dayanarak geçerli kabul edildiğini ifade etmektedir. Bkz: Zühaylî, C. V, s. 163.

³⁸⁰ Ebu'l-Alâ, s. 9-10.

³⁸¹ Ebu'l-Alâ, s. 10; Zühaylî, C. V, s. 172.

bu görüşün gerekçesine göre havale, muhil, muhalün aleyh ve muhalün lehin haklarına erişmek noktasında işini kolaylaştıran bir akit olsa da bir ızdırar (zaruret) hali nedeniyle doğmaz. Bu nedenle de borcun borç karşılığında satışı mahiyeti taşıyor olsa, caiz kabul edilmesi için meşru bir sebep doğmayacaktır. Caiz kabul ediliyorsa bu münferit bir akit olarak görüldüğüne delalettir³⁸². Dolayısıyla havale borç satışı ile benzerlik taşısa da nitelik itibariyle bir satış değildir. Bazı hususlarda kefalet ve vekaletle benzer. Ancak neticede bu akit türlerinden ayrılan özellikleri nedeniyle münferit bir akit türü olarak kabul edilir³⁸³.

İbn Ebi Leyla ve *İmam Züfer*, havaleyi bir tür kefalet olarak kabul etmektedirler. *İmam Züfer*'den nakledilen görüşe göre havale ile muhalün aleyhin zimmeti muhilin zimmetine eklenir. Böylelikle muhalün leh yani alacaklı, borcu her ikisinden de talep edebilir³⁸⁴. Şafii hukukçulardan *Suyuti* ise, havalenin niteliğine ilişkin literatürde on farklı tespit olduğunu nakletmektedir. Bunlardan bazılarında göre havale, borcun satışı, ifa ve karz, ivazlı ıskat, ibra, daman (hukuki sorumluluğu üstlenme) ve diğer akitlerden bağımsız müstakil bir akit olarak değerlendirilmiştir³⁸⁵.

Havalenin kefalet akdi gibi teminat akitlerinden biri olduğu görüşüne *İbn Âbidîn*'in, *Reddü'l-Muhtâr* adlı meşhur ve muteber haşiyesinde de rastlanmaktadır. Buna göre havale ve kefaletin asilin borcunu iltizam sonucu doğuran teminat akitleri

³⁸² Mısır El-Ezher Üniversitesi Karşılaştırmalı Hukuk hocalarından *Ebu'l-Alâ*'nın görüşü de bu ikinci görüş yönündedir. Bkz: *Ebu'l-Alâ*, s. 11.

³⁸³ Saleem, s. 138.

³⁸⁴ *İbn Ebi Leyla*, kefalette asilin borçtan kurtulduğunu belirterek esasında kefaleti havale gibi tanımlamıştır. Bkz: *Ebu Yusuf*, *el-İhtilaf*, s. 54. Ancak *İmam Züfer* ise, havalede de muhil ve muhalün aleyhin borçla sorumlu olduğunu bildirmekle havaleyi kefalet olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte bu görüş Hanefi mezhebinde zayıf olarak kabul edilir. Bkz: *Şeyh Bedreddîn*, s. 201/b; *Yahya*, s. 107.

³⁸⁵ Bardakoğlu, "Havâle", s. 508.

olduğu ifade edilmiştir. Ancak kefaletten farkının, asil yani muhilin havale ile borçtan kayıtlı bir şekilde³⁸⁶ kurtulması olduğu belirtilmiştir³⁸⁷.

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerin doktrinlerinde, daha önce de belirtildiği gibi havaleden maksat genellikle mukayyet havaledir. Bu mezhepler havaleyi, borcun bir alacak vasıtasıyla ödenmesi için bir usul olarak görürler. Bu nedenle de onlara göre muhilin muhalün lehe borçlu olması yanında, muhalün aleyhin muhile borçlu olması da havalenin bir unsuru olarak gereklidir³⁸⁸. Bununla birlikte, Hanefiler gibi Malikilerin de muhilin muhalün lehe borçlu olmadığı bir durumda bu muamelenin havale olmayıp, tahsile vekalet olduğu görüşünde oldukları kaynaklarda geçmektedir³⁸⁹. Ayrıca Maliki mezhebi, bu ihtimal dışında muhalün aleyhin muhile borçlu olmasının havalde zaruri olduğu, aksi halde muamelenin havale değil de kefalet olduğu görüşündedir. Nitekim muhalün aleyhin muhile karşı bir kefil gibi sorumlu olmasının temeli buna dayanmaktadır³⁹⁰.

Şafii mezhebinden *Râfiî*, kitabında bu konuyu incelemiş ve havalenin hukuki niteliği adına üç ihtimalden bahsetmiştir. Bunlar; istifa-i hak (hakkın kullanılması), bey' (satış) ve i'tiyazdır³⁹¹. Yine aynı mezhepten *Şirâzî*, baskın görüşe uygun olarak havalenin esasında bir satım akdi olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle satıma elverişli olmayan deynlerin, havaleye de elverişli olmadığını söyler³⁹². *Remlî* ise, havalenin esasında deynin deyn karşılığında satışı olduğunu ancak zaruret ve ihtiyaç neticesinde caiz kabul edildiğini ifade etmiştir³⁹³.

³⁸⁶ İbnü'l-Hümmam, *Fethü'l-Kadîr*, C. VII, s. 238. Burada kayıtlı kurtulma ile bahsedilen, havale ile muhilin borçtan kurtulmasının muhalün lehine alacak hakkının telef olmaması şartına bağlıdır. Bu konu tevâ meselesinde ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz: §4-VII-A.

³⁸⁷ İbn Âbidîn, C. V, s. 340.

³⁸⁸ Cheron / Fahmy, s. 418-420.

³⁸⁹ Cheron / Fahmy, s. 419-420.

³⁹⁰ Cheron / Fahmy, s. 419-420.

³⁹¹ Râfiî, C. X, s. 337. İvazlı akitlerde taraflardan her birinin ivaz alması anlamında kullanılan i'tiyâz terimi hakkında bilgi için Bkz: Aybakan, Bilal, "Muâvaza", *DİA*, C. XXX, İstanbul 2005, ("Muâvaza"), s. 331-332.

³⁹² Şirâzî, *El-Mühezzeb*, C. II, s. 143.

³⁹³ Remlî, C. IV, s. 421.

Hanbeli mezhebinden *İbn Kudâme*, doktrinde satış (bey‘) niteliği taşıdığı savunulsa da esasında havalenin başka bir akitten değil zatından mülhem, müstakil bir akıt türü olduğunu ifade etmiştir³⁹⁴. Bununla birlikte Hanbeli hukukçulara göre, havale hadisindeki emir vücup niteliği taşıdığı için muhalün aleyhin akde rıza göstermesi gerekmez. Çünkü onlara göre, havale bir kabza vekalet niteliği taşır. Muhilin muhalün aleyhten alacağı muhalün leh vasıtasıyla kabzedilmektedir. Bu nedenle de borçlu olan muhalün aleyhin kabza vekalet rıza göstermesi aranmaz. Vekile ifa etmek alacaklıya ifa etmek hükmündedir. Dolayısıyla muhalün aleyhin de havaleye rıza göstermesi şart değildir³⁹⁵.

Hanbeliler gibi, Şafii ve Maliki mezheplerine göre de muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu bir havalenin hukuken tamam olması için muhalün aleyhin rızası gerekli değildir. Ancak muhile borçlu değil ise bu durumda muhalün aleyhin rızası akdin geçerliliği için şarttır³⁹⁶. Bu görüşe göre muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu ilk durumda, muhalün lehin muhildeki alacağını onun muhalün aleyhteki alacağı vasıtasıyla tahsil ettiği kabul edilir. Sonuç olarak Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhebinde havalenin sadece mukayyet olarak algılanması neticesinde, bu muamelenin borcun bir alacak vasıtasıyla ödenmesinden başka bir şey olmadığı söylenebilir. Bu nedenle onlara göre havale kredi amacı taşımaz. Buna rağmen onlara göre de havalenin konusu temel ilişkide muhilin muhalün lehe karşı sorumlu olduğu borçtur. Çünkü bu borcun mevcudiyeti, muhalün aleyhin havale ile gerçekleştirdiği borç taahhüdünün hukuki sebebini teşkil etmektedir³⁹⁷.

Bu görüşlerin yanında güncel çalışmalarda İslam hukukundaki havalenin sadece bir borcun nakli işlemi olmadığı, bunun yanında borçlunun borçtan kurtarılması noktasında bir ödeme emri (*draft / declaration*) veya İsviçre / Türk sisteminde olduğu gibi bir havale işlemi (*assignment*) işlevi de gördüğünden

³⁹⁴ İbn Kudâme, C. IV, s. 390.

³⁹⁵ Saleem, s. 139.

³⁹⁶ El-Hafif, s. 569-570.

³⁹⁷ Cheron / Fahmy, s. 421.

bahsedilmektedir³⁹⁸. Nitekim *Schacht*, havalenin klasik uygulamasından bahsederken de bunun öncelikle bir ödeme için yetki verme olduğunu, bazı durumlarda da borcun üstlenilmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir. Çünkü ona göre, muhil ile muhalün leh arasındaki temel ilişkinin bir borç ilişkisi olması gerekmez³⁹⁹.

Senhûrî, klasik doktrinde kabul edilenin aksine havalenin niteliği konusunda çok daha farklı düşünmektedir. Ona göre batı hukuklarında kabul edildiği gibi bir borcun nakli, İslam hukuku bakımından söz konusu değildir. İslam hukukunda kabul edilen *havaletü'd-deyn* ona göre bir taraf yenilemesinden ibarettir. Ancak yenileme (*novatio / teccid*) ile havale arasında önemli bir fark vardır. Yenilemede asıl borç ilişkisi tamamen sona ererken yeni borçlu ile alacaklı arasında yeni bir borç ilişkisi kurulur. Ancak havalede teminatlar sona erse dahi asıl borç tam anlamıyla sona ermez. Bu nedenle havale, batı hukuklarında kabul edildiği gibi borcun tüm fer'i hakları ile nakli olmayıp, bir taraf yenilemesi işlevi görmektedir. Fakat yazara göre havale, tam anlamıyla bir yenileme de sayılamaz⁴⁰⁰. İleride inceleneceği üzere İslam hukukunda havale ile asıl borca ilişkin şahsi ve ayni teminatlar sona erse dahi, bu borca ilişkin şahsi olmayan savunmalar devam eder. Bu da havalenin esasında bir borcun üstlenilmesi olduğunu göstermektedir. Nitekim yazarın kendisi de havaleyi yenilemeye benzetse de bu ikisinin farklı kurumlar olduğunu kabul etmiştir⁴⁰¹.

Senhûrî, başka bir eserinde mezheplerin havale tanımlarını değerlendirerek bu görüşlerin dayandığı hukuki niteliği belirlemeye çalışmıştır. Buna göre *Züfer*'in tanımına göre havale, bir zimmetin diğer bir zimmete eklenmesi olup bir tür kefalet niteliği taşır. *Ebu Hanife* ve *Ebu Yusuf*'a göre, havale ile birlikte borcun kendisi ve mutalebesi ikinci bir zimmete nakledilir. Ancak burada asıl borcun teminatlarının devam etmesi söz konusu değildir. Bu nedenle asıl borç bir anlamda sona erer ve muhalün aleyhin zimmetinde aynı konuda yeni bir borç doğar. Bu da taraf

³⁹⁸ Dietrich, s. 283.

³⁹⁹ Schacht, s. 148-149.

⁴⁰⁰ İslam hukukunda kabul edilen havale ile yenileme (*novatio*) ve borç havalesi (*delegatio*) arasındakiler farklar hakkında geniş bilgi için Bkz: *Senhûrî*, el-Vasît, C. III, s. 437-441.

⁴⁰¹ *Senhûrî*, el-Vasît, C. III, s. 438.

yenilemesinden başka bir şey değildir. *İmam Muhammed*'e göre ise, havale ile borcun kendisi asıl borçlunun zimmetinde kalırken sadece mutalebesi, yani alacaklı tarafından talep edilebilirliği nakledilir. Bu tanım ise havaleyi kefalete oldukça yaklaştırmaktadır. Yine yazara göre, Hanefî mezhebi dışındaki üç mezhebin tanımları dikkate alınır, havalenin aslında bir borcun diğer bir alacak karşılığında iskat yoluyla ifa edilmesi olduğu görülür. Muhilin muhalün lehe olan borcu ve muhilin muhalün aleyhten olan alacağı, havale ile birlikte karşılıklı olarak sükût eder (düşer). Bu mezheplerde havalenin geçerli olabilmesi için iki borcun nitelik ve nicelik itibarıyla denk olması şartının aranmasının sebebi de budur. Havalenin ödenmesi ile denk olan bu borçlar karşılıklı olarak düşerek zimmetler borçtan beri olur. Bu değerlendirme neticesinde yazar, batı hukuklarında kabul edildiği şekliyle borcun naklinin İslam hukukunun hiçbir mezhebinde kabul edilmediğini ifade eder⁴⁰².

Genel olarak bakıldığında İslam hukukunda kabul edilen havale akdinin Alman ve İsviçre / Türk Kanunlarında kabul edilen borcun üstlenilmesi sözleşmesi niteliği taşıdığı söylenebilir. Borcun üstlenilmesi, bir borç ilişkisinde pasif taraf olan borçlunun yerini almak üzere bir üstlenme iradesi ortaya koyan, havale bakımından muhalün aleyhin yerini tutan üçüncü kişi ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme sonucunda, bu üçüncü kişinin borçlunun yerini almasıdır⁴⁰³. Burada bir cüzî halefiyet söz konusudur. Borcun nakli ise, bir borcun münferit olarak bir malvarlığından diğer bir malvarlığına nakledilmesi anlamında kullanılır⁴⁰⁴. Dolayısıyla pozitif hukukta borcun nakli, üstlenme iradesi olmaksızın, örneğin kanuni olarak gerçekleşen halleri de kapsayan daha geniş bir tanımdır. Ancak bu tanımın İslam hukukunda kabul edilen havale akdi bakımından pratik bir farkı olduğu söylenemez.

Havalenin tanımından anlaşıldığı üzere, havale akdinin kurulması ile birlikte muhilin zimmetinde olan bir borç, muhalün aleyhin zimmetine geçmektedir. Dolayısıyla İslam hukuku ve Mecelle'de kabul edilen havale, pozitif hukuk anlamında

⁴⁰² Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Senhûrî, Mesadirü'l-Hak, C. V, s. 77, dn. 1; Senhûrî, el-Vasît, C. III, s. 420-422.

⁴⁰³ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 87.

⁴⁰⁴ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 3, dn. 3.

bir borcun naklidir. Bu durumda havale akdinde bir cüzî halefiyet halinin varlığından bahsedilebilir⁴⁰⁵. Nitekim, borcun muhilin zimmetinden muhalün aleyhin zimmetine bütün vasıfları ile geçtiği kabul edilir. Burada borcun üstlenilmesi ve havale akdi kurumlarının kişisel teminatlar ve savunmalar bakımından değerlendirilmesi gerekir.

Cüzî halefiyet, borcun içeriği değişmeksizin üçüncü bir kişi yani borcu üstlenenin asıl borçlunun yerine geçmesi hali için kullanılmaktadır⁴⁰⁶. Cüzî halefiyet prensibine göre borcun bütün bağlı hakları yani teminat ve savunmalar ile birlikte nakledilmesi gerekir. Nitekim halefiyette kasıt, üçüncü kişinin her açıdan asıl borçlunun yerine geçmesidir. Ancak özellikle borca ilişkin teminatlar, teminat veren ve borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerini de yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle meri hukukta cüzî halefiyet ilkesinden menfaat dengesi lehine bazı sapmalar olduğu görülmektedir. Buna göre kefalet ve rehin verenin rızası olmaksızın borcun üstlenilmesinde söz konusu teminatlar devam etmez⁴⁰⁷. Görüldüğü üzere teminatların devam etmemesi borcun üstlenilmesi niteliğine zarar vermemektedir. Dolayısıyla İslam hukukunda kabul edilen havale akdinde de borca ilişkin teminatların sona ermesi, havalenin borcun üstlenilmesi niteliği taşımasına engel değildir⁴⁰⁸.

Beşeri (vaz'î) hukukta borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi için iki yöntem kabul edilmiştir: İlki alacaklının yeni borçlu ile anlaşması ve akde taraf olarak katılması, ikincisi de alacaklının, asıl borçlu ile üstlenen arasında akdedilen borcun üstlenilmesi sözleşmesini sonradan kabul ile akde katılması⁴⁰⁹. Güncel literatürde ilk ihtimal sözleşme yöntemi, ikinci ihtimal ise onay yöntemi olarak kabul

⁴⁰⁵ Şehhâte, s. 7-8; Yahya, s. 7-10.

⁴⁰⁶ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 2, dn. 1.

⁴⁰⁷ TBK m. 198/2, söz konusu gaye ile, borcun üstlenilmesinde teminatların devam edebilmesi için kefilin veya rehin verenin yazılı rızasının gerekli olduğuna hükmetmiştir. Ayrıntılı bilgi için ve özellikle karşılaştırmalı hukukta borcun üstlenilmesi halinde teminatların durumu hakkında Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 280 vd.

⁴⁰⁸ Havale akdinde teminatların durumu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: §3-IV.

⁴⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Yahya, s. 21-23.

edilmektedir⁴¹⁰. İslam hukukunda kabul edilen havale, her ne kadar üç taraflı bir akit olarak kabul edilse de yakından bakıldığında muhilin dahil olmadığı havale akdi ilk örneğe, muhil ile muhalün aleyhin arasında kurulan ve muhalün lehine onay ile dahil olduğu havale ise ikinci örneğe girmektedir. Ancak İslam hukukundaki havale akdinin borcun üstlenilmesinden farkı, muhil ile muhalün leh arasında kurulan bir havaleye muhalün aleyhin kabul yoluyla dahil olabilmesinin de geçerli olmasıdır⁴¹¹.

Muhalün leh ile muhalün aleyh arasında gerçekleşen bir havale akdi, doktrinde bir görüşe göre borçlunun rızasına bağlı olarak kurulmuş kabul edilirken, baskın olarak kabul edilen diğer görüşe göre borçlunun rızası olmasa da havale akdi geçerli ve nâfiz olur. Bu görüşün havale için borçlunun yani muhilin rızasını şart koşmaması, muhalün leh ile muhalün aleyh arasında gerçekleşen havale akdini borçlunun taraf olmadığı bir iltizam yani borç yüklenme olarak nitelendirmesinden dolayıdır⁴¹². Yani borçlu dışında üçüncü kişi ile alacaklı arasında kurulan bir havale akdi, hukuki niteliği itibariyle İsviçre / Türk sisteminde kabul edildiği gibi bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesidir. Bu sözleşmenin kurulması ile birlikte havale akdinde olduğu gibi borç, yeni borçlu olan muhalün aleyhin zimmetinde sabit olacaktır.

Havale akdinin muhil ile muhalün leh arasında kurulması durumunda, Hanefi mezhebine göre geçerliliği muhalün aleyhin akde rıza göstermesine bağlı olacaktır. Çünkü havale muhalün aleyh açısından bir borç yüklenme niteliği taşımaktadır. Borcu yüklenen kişinin rızası bu nedenle akdin tamam olabilmesi ve bütün hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için şarttır⁴¹³. Bu ihtimal, Alman hukukunda kabul edilen onay yönteminden farklıdır. Alman hukukunda asıl borçlu ile üstlenen arasındaki anlaşmaya alacaklının onay vermesi söz konusu iken, burada asıl borçlu ile alacaklı arasındaki anlaşmaya üstlenenin rıza göstermesi söz konusudur. Havale akdinin bu

⁴¹⁰ İsviçre / Türk hukukunda sözleşme yöntemi kabul edilirken, Alman hukukunda onay yöntemi kabul edilmiştir. Borcun üstlenilmesinde sözleşme ve onay yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 60-85.

⁴¹¹ Mecelle m. 682; Ali Haydar, C. II, s. 276-277; Bilmen, C. VI, s. 288.

⁴¹² Bahsedilen ikinci görüş, Hanefi mezhebinin muteber kaynaklarından *Ziyâdât*'ın rivayetine dayanır. Bkz: İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 240; El-Hafif, s. 569.

⁴¹³ İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 240; El-Hafif, s. 569.

şekilde de geçerli olarak kurulabilmesi, onu meri hukuktaki borcun üstlenilmesi kurumundan ayırır da muamelenin borcun üstlenilmesi niteliğine zarar vermez.

b) Naklin Kapsamı Konusunda

Hanefî mezhebinde havalenin bir borcun nakli olduğu konusunda ittifak olmakla birlikte, havale ile nakledilen borcun niteliği, daha doğru bir ifade ile bu borcun kapsamı konusunda ihtilaf vardır. Bu konuda öne çıkan iki görüşten mezhepte çoğunlukla kabul edileni, *Ebu Yusuf*'a atfedilen görüştür. Bu görüşe göre havalede borç tamamıyla, yani zâtı ve mutalebesi (talep edilebilirliği) ile birlikte nakledilmektedir. Bunun sonucu olarak da muhilin zimmeti borçtan kurtulur⁴¹⁴.

Bu görüşün ileri sürdüğü deliller şöyle sıralanabilir: Öncelikle havale tamamlandıktan sonra muhalün lehin muhalün aleyhi borçtan ibra etmesi veya borcu ona hibe etmesi geçerli iken, muhili ibrası veya ona hibesi geçerli değildir. Bunun gerekçesi ise İslam hukukunda deynin borçludan başka birisine temlik edilmesinin caiz olmamasıdır⁴¹⁵. Havale ile borçlu konumuna gelen muhalün aleyhe ibra veya hibe yoluyla yapılan borç temlik de geçerli olur. Muhilin zimmeti borçtan kurtulduğu için de ona yapılan temlik geçersizdir. Mutalebe de borca bağlı olarak nakledileceği için, muhilin zimmeti havale ile hem borçtan hem de mutalebeden kurtulmuş olur. Ayrıca havale ile hem muhilin hem de varsa kefilinin zimmetinin borçtan kurtulması, havale ile borcun zatının da muhalün aleyhin zimmetine nakledildiğini gösterir. Aksi halde ne muhil ne de kefilin borçtan kurtulması söz konusu olurdu. Bunlarla birlikte gösterilen akli delile göre, havale beyanının izafe edildiği şey borçtur. Tarafların iradesi borcun nakline yönelik olup, talep hakkının nakline yönelik değildir. Dolayısıyla bu irade ile doğan hukuki sonuç da onunla uyumlu olmalıdır⁴¹⁶. Ancak bu görüş sahiplerine göre, havale ile borcun geçici veya şartlı olarak nakli söz konusudur.

⁴¹⁴ Zeyla'î, C. IV, s. 172; İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, C. VI, s. 266.

⁴¹⁵ Kâsânî, C. VI, s. 17; Bâbertî, C. VII, s. 241; İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 241; İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, C. VI, s. 266; Yahya, s. 104; Şahin, Havale, s. 25.

⁴¹⁶ Kâsânî, C. VI, s. 17-18; Şahin, Havale, s. 26.

Muhilin zimmetinin borçtan kurtulması tevânın gerçekleşmemesi ve alacaklının hakkının telef olmaması şartı ile geçerlidir. Tevâ gerçekleşirse, borç muhilin zimmetine geri döner⁴¹⁷.

Hanefî mezhebinde havale ile nakledilen borcun niteliğine ilişkin kabul edilen ikinci görüş, *İmam Muhammed*'e atfedilir⁴¹⁸. Bu görüşe göre, havale ile nakledilen borcun kendisi değil, sadece borcu talep hakkı yani mutalebedir. Havale ile muhilin zimmeti mutalebeden kurtulsa da borcun kendisi zimmette sabit olmaya devam eder⁴¹⁹. Mezhebin önemli hukukçularından *İbnü'l-Hümâm* da bu görüşe katılmaktadır⁴²⁰. Bu görüş sahiplerinin ileri sürdüğü delillere gelince, öncelikle havaleden sonra muhilin muhalün lehe borcu ödemek istemesi durumunda muhalün lehin borcu kabule mecbur olması gösterilmektedir. Nitekim havale ile borç tamamıyla muhalün aleyhin zimmetine nakledilmiş olsaydı, muhilin ifası bir teberru niteliği taşıyacağından muhalün leh bunu kabule zorlanamazdı. İkinci olarak ise, muhalün lehin muhalün aleyhi ibra etmesi durumunda, bu ibranın geçerli olması ve muhalün aleyhin ibrayı kabul etmek zorunda bulunması delil gösterilmiştir. Nitekim borcun mutalebesinin ibrası bir ıskat niteliği taşır. Temlik niteliği taşımadığından kabule gerek yoktur. Ancak borcun kendisi muhalün aleyhin zimmetinde olsa ve muhalün leh tarafından ibra edilse, bu ibra borcun temlik niteliği taşıyacağından muhalün aleyhin kabule zorlanamaması gerekirdi⁴²¹. Ayrıca muhalün lehin muhalün aleyhi ibra etmesi durumunda, muhalün aleyhin muhile rücu hakkı yok iken, hibe etmesi durumunda muhile rücu hakkı vardır. Muhalün aleyhin zimmetine nakledilen borcun kendisi olsaydı, söz konusu ibra da bir temlik niteliği taşıdığından hibede olduğu gibi muhile rücu edebilme hakkına sahip olması gerekirdi⁴²². Bir diğer delil ise, havale borcunu

⁴¹⁷ İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, C. VI, s. 267; Şahin, Havale, s. 26-27.

⁴¹⁸ Zeyla'î, C. IV, s. 172; İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, C. VI, s. 266.

⁴¹⁹ Havalenin tanımı konusunda mezhep içindeki görüş ayrılıkları hakkında daha geniş bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 262-268; Bardakoğlu, "Havâle", s. 508. Son dönem İslam hukukçularından *Zühaylî*, havalenin Hanefî mezhebinde terim olarak, mutalebenin borçlunun zimmetinden mültezimin (üstlenenin) zimmetine nakli anlamına geldiğini ifade etmektedir. Hanefî mezhebi dışındakilerin görüşlerine göre ise havale, borcun bir zimmetten diğer bir zimmete naklini gerektiren akit olarak tanımlanır. Bkz: *Zühaylî*, C. V, s. 162-163.

⁴²⁰ İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 238; Şahin, Havale, s. 24.

⁴²¹ İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 241-242; Şahin, Havale, s. 27.

⁴²² İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 242; İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, C. VI, s. 266.

kabzetmesi için muhalün lehin muhili vekil tayin etmesinin geçerli olmamasıdır. Muhalün aleyhin zimmetine nakledilen borcun kendisi olsaydı, zimmeti borçtan beri olan ve dolayısıyla borç ilişkisine yabancı hale gelen muhilin kabza vekaletinin geçerli olması gerekirdi⁴²³.

Söz konusu görüş sahiplerinin diğer delilleri ise, havalenin tevâ veya fesih ile sona ermesi durumunda borcun muhile dönmesi, muhilin ölmesi durumunda havale ile kayıtlanan malı bakımından muhalün lehin diğer alacaklılarla birlikte sıraya girmesi ve müşterinin satın aldığı şeyin bedeli ile satıcıyı üçüncü kişiye havalesi durumunda satıcının satılan malı hapis hakkının devam etmesidir. Akli delil olarak da havalenin kefalet gibi bir teminat akdi olması ve muhilin zimmetinde kalmaya devam etmeyen borç için bir teminatın söz konusu olamayacağı gösterilmektedir⁴²⁴. Bu delillere bakarak ikinci görüş sahiplerinin havaleyi görünüşte bir nakil, ancak gerçekte bir tecil işlemi olarak gördükleri söylenmektedir. Nitekim bu görüş sahiplerine göre, tevâ gerçekleşmeden borcun muhilden talep edilememesi, havalenin bir tecil işlemi olmasından kaynaklanmaktadır⁴²⁵. Görüldüğü gibi havale ile sadece mutalebenin nakledileceğini kabul eden bu görüş, esasında havale akdini İsviçre / Türk sistemindeki havale işlemine yaklaştırmakta ve onu bir ödeme havalesi olarak kabul etmektedir. Çünkü daha önce de bahsedildiği üzere, taahhüt havalesinde muhalün aleyhin taahhüdü ile birlikte asıl borç sona ererken, ödeme havalesinde asıl borcun sona ermesi ancak muhalün aleyhin ifası ile mümkündür.

Doktrinde öne çıkan bu ihtilafın önemi uygulamada iki meselede ortaya çıkmaktadır. Öncelikle muhilin borcu karşılığında muhalün lehe rehin bıraktığı bir durumda, bu borç muhalün aleyhe havale edilirse *Ebu Yusuf*'a göre muhilin zimmeti borçtan kurtulacağı için, muhil rehin verdiği malı geri alma hakkına sahip olur. *İmam Muhammed*'e göre ise borç muhilin zimmetinde kalmaya devam edeceğinden o borca ilişkin teminat olan söz konusu rehin, muhalün leh tarafından ifaya kadar alıkonabilir.

⁴²³ Kâsânî, C. VI, s. 18; İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 242. Şahin, Havale, s. 28.

⁴²⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kâsânî, C. VI, s. 18; Şahin, Havale, s. 28-29.

⁴²⁵ Şahin, Havale, s. 29; Yahya, s. 105-106; Cheron / Fahmy, s. 434-436. Bu görüş sahiplerine göre havale sadece bir tecil niteliği taşımaktadır. Bkz: Atıf Bey, s. 3.

İkinci mesele ise, muhalün lehin havale tamamlandıktan sonra muhili borçtan ibra etmesi durumudur. *Ebu Yusuf*'a göre bu durumda ibra geçerli değildir. Çünkü havale ile muhilin zimmeti zaten borçtan kurtulmuştur. *İmam Muhammed*'e göre ise ibra geçerlidir. Muhil de zimmetinde sabit olan borçtan bu şekilde kurtulmuş olur⁴²⁶. Bununla birlikte *Ziyâdât*'ta geçtiği ve *Merginâni*'nin de rivayet ettiği üzere, satıcının alacaklısını müşteri üzerine semen borcu ile havale etmesi durumunda veya rehin alanın alacaklısını rehin veren üzerine havale etmesi durumunda, muhilin semen ve rehinli mal üzerindeki hapis hakları düşer. Çünkü havale ile söz konusu borçları talep hakkı alacaklılara devredilmekle kendi zimmetleri bakımından düşmüş olur. Talep hakkı bulunmayan malın hapsedilmesi de söz konusu değildir. Ancak müşterinin satıcısını bir başkası üzerine havale etmesi veya rehin verenin mürtehini (rehin alanı) başkası üzerine havale etmesi durumunda, satıcı ve mürtehinin talep haklarının nakledilmesi söz konusu olmadığı için bu mallar üzerindeki hapis hakları da düşmez⁴²⁷. Bu örneklerden anlaşıldığı üzere, havalede mutalebenin nakli konusunda söz konusu görüşler bakımından bir fark yoktur. İhtilaf borcun zatının nakli konusundadır⁴²⁸. Nitekim bir borcun mutalebesi nakledilmeksizin zatının nakledilmesi söz konusu olamaz.

İmam Züfer üçüncü bir görüşü savunarak, havalenin muhil bakımından bir teminat niteliği taşıdığını ve borcun hem muhilden hem de muhalün aleyhten talep edilebileceğini savunur⁴²⁹. Çünkü ona göre borç ve ona ilişkin mutalebe hakkı halen muhilin zimmetinde kalmaya devam eder. Muhalün aleyhin zimmeti havale ile muhilin zimmetine eklenmiş ve bu şekilde borçla sorumlu hale gelmiştir. Ancak doktrinde havale ve kefaletin taşıdığı anlamların farklı olmasının, doğuracakları hukuki sonucu da farklı kılacağı söylenerek bu görüşe itiraz edilmiştir⁴³⁰.

⁴²⁶ Zeyla'î, C. IV, s. 172; Bâbertî, C. VII, s. 241; İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, C. VI, s. 267; Yahya, s. 106-107; Şahin, Havale, s. 30.

⁴²⁷ Zeyla'î, C. IV, s. 172.

⁴²⁸ Bâbertî, C. VII, s. 241.

⁴²⁹ Zeyla'î, C. IV, s. 171; Bâbertî, C. VII, s. 241; İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 241; Şeyh Bedreddîn, s. 201/b; Bardakoğlu, "Havâle", s. 508.

⁴³⁰ Zeyla'î, C. IV, s. 171; Bâbertî, C. VII, s. 241-242; Şahin, Havale, s. 31.

İbn Ebi Leyla ise, *İmam Züfer*'in aksine kefaleti havaleye benzetmiştir. Ancak havale ve kefaletin teminat akitleri olması aynı hukuki sonuçları doğuracakları anlamına gelmemelidir. İki akit de birbirinden farklı sonuçlar doğurmakta, havale ile asıl borçlu borçtan kurtulurken, kefalette asıl borçlunun sorumluluğu kefil ile birlikte devam etmektedir⁴³¹.

2) Mecelle'ye Göre

Mecelle'nin havaleye dair tanım maddesi şu şekildedir: “*Havale, deyni bir zimmetden diğer zimmete nakletmektir*” (madde 673). Mecelle'nin dördüncü kitabı Kitabü'l-Havale'nin giriş bölümünde havaleye ilişkin diğer hukuki terimler ile birlikte verilen bu havale tanımından, havalenin hukuki niteliği açıkça anlaşılamamaktadır. Ancak söz konusu tanımın, Hanefî mezhebinde baskın olarak kabul edilen havale tanımına uygun olduğu görülmektedir. Havale Kitabı'nın devam eden birinci bölümünün açıklaması “*Akd-i havale beyanında olup iki fasla munkasımdır*” şeklinde olup, havalenin Mecelle tarafından bir sözleşme olarak nitelendiği açıkça ortaya konulmuştur. Bu birinci bölümün ilk kısmı havale akdinin rükünleri (unsurları), ikinci kısmı ise şartları hakkındaki maddeleri içerir. Ayrıca 680. maddede “*Muhil, kendi da'inine seni filanın üzerine havale etdim deyip onlar dahi kabul etdiklerinde havale mün'akid olur*” denmekle havale sözleşmesinin kurulma yöntemlerinden birisi belirtilmiştir. Bütün bunlar ve devam eden maddelerin ifadelerinden de anlaşılacağı üzere Mecelle açıkça havaleyi, borcu bir kimseden diğer bir kimseye nakil sözleşmesi olarak düzenlemiştir⁴³².

Bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere Mecelle, klasik İslam hukuku doktrininde kabul edildiği üzere havaleyi münferit bir sözleşme tipi olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte *Ansay*, Mecelle'nin 680. maddesinde düzenlenen

⁴³¹ Zeyla'î, C. IV, s. 171; Bâbertî, C. VII, 241-242; Şahin, Havale, s. 31-32; Yahya, s. 107.

⁴³² Kurtoğlu, C. II, s. 278. Mecelle'de geçen havale akdinin hükümleri ve klasik doktrinden ayrıldığı yönler yeri geldiğinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bkz: §3 ve §5-I.

muhilin icabı ile kurulan havaleyi bir ifa emri ve ifa için bir vekalet olarak nitelendirmiştir⁴³³.

Havale akdi, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin dördüncü kitabı olan Kitabü'l-Havale'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Daha doğru bir ifade ile tedvin edilmiştir. Çünkü Mecelle'de yer alan hükümler, kanun koyucunun iradesinin ve münferit düzenlemelerinin değil, o zamana kadar cari olan ve Osmanlı mahkemelerinde yüzyıllardır uygulanagelen fihhi hükümlerin tedvininden ibarettir. Bahsedilen havale akdi ve hükümleri, İslam ve dolayısıyla Osmanlı hukuku için Mecelle ile yeni kurulan bir müessese değil, kökenleri eski Arap kavimlerinin ticaret faaliyetlerine dayanan ve meşruiyeti Hz. Peygamber'in hadisi ile sabit olan, ayrıntılı olarak da İslam hukuku doktrininde fikrî içtihatlarla şekillenmiş bir müessesedir.

Batı hukukları için yeni bir kavram olan ve XIX. yüzyıl Pandekt hukukçularının çalışmalarına dayanan havale ve borcun nakli kavramları⁴³⁴, İslam hukuku doktrininde Hicri II. yüzyıldan itibaren hukuki olarak şekillendirilmiş olan⁴³⁵ ve yüzyıllardır uygulanagelen kavramlardır. Mecelle de İslam özel hukukunun tedvini niteliğine uygun olarak, iki maddede tercih edilen zayıf görüşler dışında, havale kurumunu Hanefî mezhebinin sahih görüşlerine uygun olarak düzenlemiştir. Tercih edilen söz konusu zayıf görüşler incelenecek olursa, mezhebin baskın görüşlerinden farklı olarak sadece bir maddede (683. madde) *Ebu Yusuf*'un görüşü ve bir maddede de (692. madde) *İmam Züfer*'in görüşünün esas alındığı görülmektedir⁴³⁶.

⁴³³ Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Birinci Kısım, 2. bs., Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.

⁴³⁴ Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 5, Rado, s. 170.

⁴³⁵ Yahya, s. 101-102.

⁴³⁶ Burada belirtmek gerekir ki Kitab'ul-Havale'nin Esbab-ı Mucibe Mazbatası'na dair Türkçe kaynaklarda geçen latinize edilmiş metinlerde sehven söz konusu hükmün 682. madde olduğu ifade edilse de mazbata metninin orijinalinden ve hükmün içeriğinden anlaşıldığı üzere Ebu Yusuf kavlinin tercih edildiği madde 683. maddedir. Mazbata metninin orijinali ve latinizasyonu için Bkz: Kaşıkçı, Osman, İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV Yayınları, İstanbul 1997, s. 110-112; Akgündüz, s. 188.

Bu iki madde dışında İslam hukukunun Hanefi mezhebinin tedvini olan Mecelle'deki havale akdinin hukuki niteliğini tespit edebilmek için, söz konusu maddelerin kurumun niteliğine etki edip etmediğine bakmak gerekir. Öncelikle 683. madde değerlendirilecek olursa, bu maddenin havale akdinin kurulması konusunda muhtemel olan yöntemlerden birini düzenlediği görülür. Buna göre havale akdi, sadece muhil ile muhalün aleyh arasında yapılabilmekte ve kendisine bildirildiğinde muhalün aleyhin havaleyi kabul etmesi, akdi nâfiz hale getirmektedir. Dolayısıyla muhalün aleyhin havale akdinde hazır bulunması akdin kurucu şartlarından olmayıp nefaz şartlarından biri olarak kabul edilmiştir. *Ebu Yusuf*'un görüşüne göre düzenlenen bu hüküm, Hanefi mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüşe aykırıdır⁴³⁷. Nitekim mezhepte sahih olan görüşe göre, muhalün aleyhin akit meclisinde bulunması ve havaleyi kabul etmesi akdin kurucu şartlarındadır⁴³⁸. Mecelle'nin klasik İslam hukuku doktrininden ayrıldığı bu hüküm, havalenin hukuki niteliği konusunda esaslı bir fark yaratmamaktadır. Nitekim *Ebu Yusuf*'un havalenin ve nakledilen borcun niteliği konusundaki görüşleri, yukarıda nakledildiği üzere Hanefi mezhebinin bu konudaki genel kabulüne uygundur.

İkinci olarak Mecelle 692. maddesinde mukayyet havalde, havalenin kurulması ile birlikte muhilin, muhalün aleyhin zimmetinde olup havale borcu ile kayıtlandırılan alacağı veya malı konusundaki mutalebe hakkının düştüğü kabul edilmiştir⁴³⁹. Bu durum Hanefi mezhebinin baskın görüşüne göre de böyledir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, muhilin muhalün aleyh yedindeki malı veya alacağının rüçhanlı alacak olup olmaması konusunda baskın görüşten ayrılmış ve *İmam Züfer*'in görüşü tercih edilmiştir. *İmam Züfer*'e göre burada söz konusu alacak veya mal, muhalün lehe verilen bir rehin gibi değerlendirilmiştir. Yani havale alacağı ile kayıtlandırıldığı için söz konusu borca ilişkin talep hakkı muhalün lehe aittir. Bu borcun havale borcu karşılığında ona ödenmesi gerekir. Maddeye göre havale ifa

⁴³⁷ Kitab'ul-Havale Esbab-ı Mucibe Mazbatası.

⁴³⁸ Bu husus ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz: §2-II-B.

⁴³⁹ Bu maddede, bazı klasik fıkıh kitaplarında da geçtiği üzere, muhalün bih terimi hem havaleye konu olan borç için hem de bu borcun kayıtlandırıldığı borç veya mal için kullanılmaktadır. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 327.

edilmeden muhilin borca batık bir şekilde ölmesi durumunda, muhalün aleyh yedindeki alacağı ya da malı muhilin terekesine dahil olur ancak muhalün leh için terekedeki rehinli alacak gibi olur. Muhilin diğer alacaklıları bu mala müdahale edemezler. Mezhepteki baskın görüşe göre ise, muhalün aleyhin muhile olan borcunun zimmette sabit olmaya devam etmesi nedeniyle, muhilin ölmesi durumunda sair alacaklıları söz konusu alacak hakkı veya mal üzerinde hak sahibidirler. Söz konusu alacak veya mal, muhalün leh ve diğer alacaklılar arasında alacakları oranında paylaşılır. Görüldüğü gibi *İmam Züfer*, mukayyet havaleyi rehine kıyasen değerlendirmiş ve havale borcu ile kayıtlandırılan alacak veya malın muhalün lehinde bulunan rehinli bir mal gibi olacağını kabul etmiştir⁴⁴⁰. Bu düzenleme baskın olan görüş ile kıyaslandığında, sadece muhalün leh ile kayıtlandırılan borcun niteliği konusunda bir değişiklik olduğu görülmektedir. Yoksa Mecelle’de kabul edilen havale ilişkisinin hukuki niteliğinin İslam hukukunun klasik doktrininden farklı olduğu söylenemez.

3) Genel Değerlendirme

Genel bir değerlendirme yapılacak olursa, İslam hukuku ve Mecelle’de kabul edilen havale akdinin, ne Alman / İsviçre / Türk sistemindeki havale veya borcun naklini ne Fransız hukukundaki borç havalesini ne de Roma hukukundaki yenilemeyi birebir karşıladığını söyleyemeyiz. Öyleyse İslam hukukunun Hanefi mezhebi ekolüne dayanan Mecelle’deki havale akdinin hukuki niteliği ve benzerleri arasındaki konumu nedir? Bu konuda Mecelle’deki havale düzenlemesi ile pozitif hukukta karşılaşılan benzer kurumların hukuki gaye, konu ve unsurlar bakımından kıyaslanması, havale akdinin bu kurumlara göre konumunun belirlenmesine yardımcı olacaktır.

İslam hukukunda kabul edilen havale akdinin hukuki gayesi, zor durumda kalan borçluya yardım etmek ve alacak hakkı sahibinin zarara uğramasını engellemektir. Bu amaç havale akdinin temel meşruiyet kaynağı olan Hz.

⁴⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 329-331.

Peygamber'in hadis-i şerifinden anlaşılmaktadır. Hadis-i şerifin ilk kısmında “*Zengin bir insanın borcunu ödememekte ısrar etmesi zulümdür...*”⁴⁴¹ buyrulur, alacak hakkı sahibinin hakkını elde edememesinin şahsına zarar veren bir durum olduğu vurgulanmaktadır. Burada “zengin bir insan” ifadesi ile ise, dara düşen borçlunun içinde bulunduğu durumun alacak hakkını elde edememek kadar zorlayıcı bir durum olması nedeniyle, fakir bir insanın borcunu ödememesinin zulüm olarak adlandırılmadığı anlaşılabilir. Hadisin devamında ise “...*herhangi biriniz, ödeme gücü olan birine havale edildiğiniz zaman bunu kabul etsin*”⁴⁴² buyuran Hz. Peygamber, havale kurumunun hukuki gayesini de ortaya koymaktadır. Nitekim havalenin İslam akit teorisinin karakterine tam olarak uymasa da bahsettiğimiz bu hukuki gayeyi sağlamak adına istisnaen kabul edildiği doktrinde de ifade edilmektedir⁴⁴³.

Hadis-i şerifte ifade edildiği gibi, borcun ödenmesinin geciktirilmesi zulüm yani alacaklı için bir haksızlık teşkil eder. Bununla beraber zor durumdaki borçlunun, ödeme aczi yaşadığı bir borcu cebir ve tazyik ile ödemeye zorlanması hem sosyal ve ekonomik hayatın hem de adalet algısının zedelenmesine yol açabilir. Bu nedenle, hukuki bir araç olarak bu zorluğun aşılması konusunda, borçlu bir insandan olan alacağı konusunda zengin birine havale edilenin bunu kabul etmesi istenmiştir.

İşbu amaç doğrultusunda diğer hukuki kurumları kıyasladığımızda, havale akdinden umulan amacı sağlayacak esas kurum, İsviçre / Türk hukukundaki borcun üstlenilmesi müessesesidir⁴⁴⁴. Borcun üstlenilmesinde de amaç, alacaklının hakkının elde edilmesini sağlarken borçlunun esasında üçüncü bir kişiye dayanarak bu borç ilişkisindeki sorumluluklarından kurtulmasıdır. Elbette borcunu ödemekte zorlanan bir borçlu diğer hukuki müesseselere, özellikle de vekalet, kefalet, temsil veya başka üçlü ilişkilere sığınabilir. Ancak temel olarak, havale akdi ve borcun nakli dışında, borçlu

⁴⁴¹ Buhârî, Havâlât 1, 2, İstikrâz 12; Nesâî, Buyû' 100, 101; İbn Mâce, Sadakât 8.

⁴⁴² Buhârî, Havâlât 1, 2, İstikrâz 12; Nesâî, Buyû' 100, 101; İbn Mâce, Sadakât 8.

⁴⁴³ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 563.

⁴⁴⁴ Havalenin borcun nakli niteliği taşıdığı yönünde Bkz: Cheron / Fahmy, s. 427-428.

yerine üçüncü bir şahsın tek başına borcu bütün vasıflarıyla üstlendiği başka bir kurum mevcut değildir.

Havale akdinin konusu bakımından bir kıyaslama yapılacak olursa, yine akit konusu bakımından en yakın hukuki kurumun İsviçre / Türk hukukundaki borcun üstlenilmesi kurumu olduğu görülecektir. Bunun yanında Fransız hukukunda kabul edilen borç havalesi kurumu da aynı konuyu içeren hukuki bir muameledir. Ancak borç havalesinin havale akdi ve borcun üstlenilmesinden ayrıldığı çok önemli bir mevzu vardır. O da borç havalesinin temelde bir yenileme niteliği taşıması sebebiyle, borcu bütün yan hakları ve teminatlarıyla nakletme sonucu doğurmamasıdır⁴⁴⁵. Borcun üstlenilmesi ve havale akdi kurumlarında ise borç ilişkisini üstlenen üçüncü bir şahıs ile alacaklının anlaşması sonucunda esas ilişkinin konusu olan borç bütün sıfatlarıyla üçüncü şahsın zimmetine geçer. Bütün sıfatlardan kastımız, borcun vadesi, cinsi, şahsi teminatlar dışında kalan teminatlar, def'iler gibi söz konusu borcun zatına müteallik hususlardır⁴⁴⁶. Havale akdinde de borcun üstlenilmesinde de sadece borçlu taraf değişmektedir. Borcun niteliğinde herhangi bir değişiklik olmadan, borç üçüncü bir kişinin zimmetine geçer. Borçlunun şahsına ait özel şartlar mahsustur.

Hukuki kurumların taşınması gereken unsurlar bakımından bir değerlendirme yapacak olursak, İslam hukukunda akdin unsurları, İsviçre / Türk hukukunda olduğu gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır⁴⁴⁷. İrade beyanlarından kasıt ise temelde icap ve kabuldür. İcap ve kabulü yönelten taraflar, havalenin kurulması ihtimallerine göre farklılık gösterse de esas olan üçüncü bir kişinin borcu üstlenmesi

⁴⁴⁵ *Kahraman*, burada Roma / Fransız sistemindeki borç havalesi için “pasif havale” ifadesini kullanırken, İsviçre / Türk sistemindeki havale işlemi tanımlamak için ise “aktif havale” ifadesini kullanmıştır. Borç havalesinin pasif nitelik taşımasının sebebinin ise yenileme sonucunda borçlunun değişmesine yol açması olduğunu belirtmektedir. Bkz: *Kahraman*, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 40-42.

⁴⁴⁶ *Cheron / Fahmy*, s. 446-451; *Nomer*, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 13. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 379-380; *Reisoğlu*, s. 477-478; TBK m. 198.

⁴⁴⁷ *Mecelle'nin akid tanımı şu şekildedir: “Akid, tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki, icap ve kabulün irtibatından ibarettir”* (md. 103). İslam hukukundaki akit teorisi hakkında geniş bilgi için Bkz: *Alkış, A. “Mecelle’de Akid Teorisi”*, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 16/2, (2019).

ve alacaklının da bu durumu kabul etmesidir. Bu iradenin ortaya konması uygulamada farklılıklar gösterebilir.

İsviçre / Türk hukukundaki borcun üstlenilmesinde de taraflar arasındaki ilişkinin akdî bir ilişki olduğu ve dolayısıyla icap ve kabul ile kurulduğu kabul edilir. Ancak borcun üstlenilmesinde üç tarafın da aynı anda tarafı olduğu bir akit söz konusu değildir. Eski borçlu ile yeni borçlu arasında bir iç üstlenme sözleşmesi mevcutken, yeni borçlu ile alacaklı arasında da bir dış üstlenme sözleşmesi mevcuttur⁴⁴⁸. Böylelikle borcun naklinin temelde iki sözleşmenin birlikte gerçekleştiği üç köşeli bir hukuki ilişki olduğu söylenebilir⁴⁴⁹. Fakat havale akdinde durum böyle değildir. Tarafların sorumluluklarını belirleyen iç ilişkilerde farklı sözleşmeler mevcut olsa da örneğin, mukayyet havalede muhil ile muhalün aleyh arasında havalenin de dayandığı ikinci bir borç ilişkisi olsa da temelde havale akdi üç taraflı bir akittir. İslam hukuku doktrininde üç tarafın rızasının da olması gerektiğini savunan görüşlerin yanında, muhilin rızasını aramayan görüşler de mevcuttur. Ancak sonuç olarak muhilin icabıyla ve muhalün aleyh ile muhalün lehin kabulüyle de havale akdedilebilir. Ayrıca haberi veya rızası olmasa da havale akdi muhil üzerinde de sonuçlar doğurur ve bu nedenle muhilin de akdin tarafı olduğu kabul edilir⁴⁵⁰.

Netice olarak İslam hukukunda kabul edilen havalenin, Kara Avrupası literatüründe kabul edilen taahhüt havalesi ve ödeme havalesi ayrımına göre bir taahhüt havalesi olduğu söylenebilir. Nitekim Roma / Fransız sisteminde kabul edilen borç havalesinde olduğu gibi, İslam hukukundaki havale akdinde de havale talimatı sonucunda muhalün aleyh yani havaleyi üstlenenin havale alıcısı ile anlaşma yapması ile birlikte havale eden muhilin borcu sona erer. Ancak İslam hukukunda borç havalesinden farklı olarak, muhilin borcunun tamamen düşmesi söz konusu değildir. Burada borç, alacaklının hakkının tevâ sebebiyle telef olmaması şartına bağlı olarak

⁴⁴⁸ Reisoğlu, s. 474.

⁴⁴⁹ Borcun nakli sonucunu doğuran borcun dış üstlenme sözleşmesinin geçerli olması için, daha önce yapılmış bir iç üstlenme sözleşmesinin olması veya asıl borçlunun dış üstlenmeye rıza göstermesi aranmaz. Bkz: Reisoğlu, s. 475.

⁴⁵⁰ Mecelle madde 680 vd.; Bilmen, C. VI, s. 288.

sona erer. Yani tevânın gerçekleşmesi durumunda alacaklı tekrar ilk borçluya rücu edebilecektir⁴⁵¹. Dolayısıyla talep edilebilirliğin sona ermesi bakımından taahhüt havalesine, borcun kendisinin sona ermesi bakımından ödeme havalesine benzetilebilir. Çünkü havale akdinde muhilin kayıtsız şartsız olarak borcundan kurtulması ancak muhalün aleyhin havale borcunu ifa etmesi ile söz konusu olabilir.

D. Havalenin Kefalet Akdi ile İlişkisi

Havale akdi, kefalet akdi gibi İslam hukukunda kabul edilen teminat akitlerinden biridir. Bu konuda aralarındaki fark ise havale ile ilk borçlu borcundan şartlı da olsa kurtulurken, kefalette ilk borçlu borçla sorumlu olmaya devam eder. Hanefî mezhebinin baskın görüşü bu şekilde iken, *İmam Züfer* havaledede kefalette olduğu gibi muhilin borçla sorumlu olmaya devam ettiği görüşündedir⁴⁵². Ancak daha önce de belirtildiği üzere doktrinde, iki kurumun nitelik farkının doğacak hukuki sonucu da farklı kılacağı gerekçesiyle bu görüşe itiraz edilmiştir⁴⁵³.

Bununla birlikte asilin borçtan kurtulması şartıyla yapılan kefalet geçerlidir. Ancak bu akit, kefalet değil de havale olarak kabul edilir. İrade beyanları kefalet sîgası ile ortaya konulmuş olsa da ilk borçlunun borçtan kurtulduğu akit esasen kefalet değil havaledir. Bu nedenle söz konusu akde havale hükümleri uygulanır⁴⁵⁴.

İslam hukukunda havaleye konu olan borca ilişkin şartlarda genel olarak kabul edilen kriter, kefalet akdine göre belirlenmiştir. Buna göre kefaleti sahih olan her borcun havalesi de sahihtir. Bir borca kefalet sahih değilse o borcun havalesi de sahih olmaz⁴⁵⁵. Nitekim her iki akit de teminat amaçlı akitlerden olup, bir borcun ödenmesini

⁴⁵¹ Tevâ halleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: §4-VII-A.

⁴⁵² *İmam Züfer*'in bu konuda havalenin de kefalet gibi olduğu görüşü, Hanefî mezhebinde zayıf kabul edilir. Bkz: Kâsânî, C. VI, s. 17; Şeyh Bedreddîn, s. 201/b; Bardakoğlu, "Havâle", s. 508.

⁴⁵³ Zeyla'î, C. IV, s. 171; Bâbertî, C. VII, s. 241-242; Şahin, Havale, s. 31.

⁴⁵⁴ Kâsânî, C. VI, s. 17.

⁴⁵⁵ Kâsânî, C. VI, s. 16; Mecelle m. 687-688.

temin etmek adına üçüncü kişinin akde dahil olmasını gerektirir⁴⁵⁶. Bu nedenle temin edilecek borç bakımından aynı şartları taşımasının aranması şartıdır.

Bu benzer niteliklerine rağmen kefalet bir havale, havale de bir kefalet değildir. İslam hukukuna göre havale akdi ile kefalet akdi arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir:

- Havale akdinde muhil yani asıl borçlu havalenin tamamlanması ile birlikte borçtan kurtulurken kefalet akdinde asıl borçlunun zimmeti borçtan kurtulmaz.
- Bunun sonucu olarak da havalede muhalün leh sadece muhalün aleyhe karşı mutalebe hakkına sahip iken, kefalette ise alacaklı asıl borçlu veya kefilden birine başvurma imkanına sahiptir.
- Hanefi mezhebi dışındaki mezheplere göre havalede muhalün aleyhin muhile borçlu olması gerekirken, kefalette kefilin asıl borçluya karşı bir borcunun bulunması gerekmez.
- Kefalet borca kefalet, ayna kefalet veya şahsa kefalet şeklinde olabilirken, havalenin konusu sadece borç yani deyn olabilir.
- Kefalet genellikle borcun doğumu anında kurulurken, havalede doğmuş olan mevcut bir borcun daha sonradan başkasına havale edilmesi söz konusudur.

⁴⁵⁶ Bâbertî, C. VII, s. 238; İbnü'l-Hümâm, C. VII, s. 238; İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, C. VI, s. 266; Akman, Akdî Mesuliyet, s. 30.

- Hanefi mezhebi dışındaki mezheplere göre havale akdinde muhalün aleyh havaleyi kabul etmek zorunda iken, kefalette kefil kendi rızasıyla borç altına girmektedir.
- Kefalette kefil ivazsız olarak borcu üstlenirken mukayyet havalede muhalün aleyh kendi borcu karşılığında muhilin borcunu üstlenmektedir⁴⁵⁷.

E. Havale Akdinin Deyn Satışından Farkı

Daha önce belirtildiği üzere havale ilişkisinin hukuki niteliği konusunda doktrinde bir grup, onun deynin deyn karşılığında satışı (*bey'u'd-deyn bi'd-deyn*) anlamına geldiğini kabul etmektedirler. Bu gruba giren Şafii mezhebinin baskın görüşü ile Maliki, Zeydiyye ve İbaziyye mezheplerinin görüşüne göre havale akdi, deynin deyn karşılığında satışı niteliği taşımakta olup, bu konudaki genel yasağın aksine duyulan ihtiyaç nedeniyle istisnaen kabul edilmiştir⁴⁵⁸. Çünkü havalede muhil muhalün lehe olan ve havale etmek istediği borcuna karşılık, muhalün aleyh ile arasında mevcut olan alacağını muhalün lehe satmış olur. Havalede ikalenin sahih görülmesinin dayanağı da budur⁴⁵⁹.

İkale, fıkıh terminolojisinde bağlayıcı ve feshi mümkün olan bir sözleşmenin tarafların karşılıklı anlaşmaları ile sona erdirilmesine denmektedir⁴⁶⁰. Burada ikalenin havale için geçerli kabul edilmesi onun bir satış akdi olduğuna delil olarak gösterilmiş olsa da esasında bu durum, satış akdi olmasa da havalenin bağlayıcı ve feshi kabil bir

⁴⁵⁷ Geniş bilgi için Bkz: Saleem, s. 142-143.

⁴⁵⁸ Bu grubun görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Ebu'l-Alâ, s. 9-10; Zühayli, C. V, s. 163. Bu konuda bazı yazarlar Mecelle'de düzenlenen havale hükümlerinin de borcun borç ile mübadelesine ilişkin genel yasağın istisnasını teşkil ettiğini savunmaktadırlar. Bkz: Cin, Halil / Akgündüz, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C. II, Timaş Yayınları, İstanbul 1990, s. 230; Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, s. 113.

⁴⁵⁹ Bilmen, C. VI, s. 289.

⁴⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Aybakan, Bilal, "İkale", DİA, C. XXII, İstanbul 2000, ("*İkale*"), s. 14.

akit niteliği taşıdığını da göstermektedir. İslam hukuku doktrinde havalenin akit niteliğine ilişkin bir şüphe duyulmadığı buradan da anlaşılabilir.

Bu görüşe göre mukayyet havalenin niteliği konusunda bir fikir belirtilmekle birlikte mutlak havaleye ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Nitekim görüş sahiplerine göre havaleden maksat sadece mukayyet havaledir. Mutlak havaleyi kabul eden Hanefi mezhebi hukukçuları ise bu görüşe katılmayarak, genellikle havalenin kendine has bir akit niteliği taşıdığını kabul etmişlerdir. Bununla birlikte özellikle uygulama bakımından havale ile deyn satışının arasındaki farklar şu şekilde sıralanabilir:

- Havalede borç nitelik ve nicelik itibariyle aynı miktar üzerinden nakledilirken, deyn satışında genellikle borcun değerinden daha ucuza satılması söz konusudur.
- Hanefi mezhebi dışındaki mezheplere göre havalede borç muhilin bir borçlusunu olan muhalün aleyhin üzerine nakledilmek zorunda iken, deyn satışında borcu satın alan kişinin ilk borçlunun borçlusunu olması zorunlu değerdir.
- Havale akdinde borcu havale eden kişi genellikle ilk borçlu muhil iken, deyn satışında borcun alacaklısı tarafından satılması söz konusudur.
- Havale İslam hukuku bakımından caiz kabul edilen bir akit iken, deyn satışının hükmü fukaha arasında ihtilaflı bir konudur.
- Havalede tevânın gerçekteşmesi durumunda muhalün lehin tekrar muhile rücu etmesi mümkün iken, deyn satışında borçlunun borcunu ödememesi

durumunda borcu satın alan kişi borcu satan alacaklıya rücu etme imkanına sahip değildir⁴⁶¹.

F. Deynin Havalesi ve Hakkın Havalesi Farkı

Bu çalışma kapsamında bahsedilen ve İslam hukukunun klasik doktrininde ve Mecelle’de kabul edilen havale ile kastedilen “*havaletü’-d-deyn*” yani borcun havalesidir⁴⁶². Modern kanunlaştırmalar ve Batı hukukunun İslam devletleri üzerindeki etkisi sonucunda, İslam hukukuna dayanan birçok kanunda da iktisadi hayatın gerekleri doğrultusunda alacağın temlik kabul edilmiş ve havale akdi kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre birçok hukuk sisteminde havale, borç ilişkisinin intikali (*intikâlü’-l-iltizâm*) başlığı altında hakkın havalesi ve deynin havalesi olarak ikiye ayrılmakta, hakkın havalesi ile alacağın temlik kastedilirken deynin havalesi ile de borcun naklini konu alan klasik havale akdi kastedilmektedir⁴⁶³. Hakkın havalesinde alacaklının icabı veya inisiyatifi ile havale ilişkisi kurulurken, deynin havalesinde bu genellikle borçlu tarafından gerçekleştirilir⁴⁶⁴. Bununla birlikte Lübnan Borçlar ve Akitler Kanunu’nda hakkın havalesi için “alacaklının deyninin intikali” (*intikâlü deyni’-d-dâin*), deynin havalesi için ise “borçlunun deyninin intikali” (*intikâlü deyni’-l-medyun*) ifadeleri kullanılmıştır (madde 279)⁴⁶⁵.

İslam hukukunun klasik doktrininde ise, Maliki mezhebi dışındaki mezheplerde, alacağın borçlu dışında bir üçüncü kişiye temlik edilmesi caiz görülmemektedir⁴⁶⁶. Mutlak havale bakımından düşünülürse de bir alacağın başka bir

⁴⁶¹ Geniş bilgi için Bkz: Saleem, s. 143.

⁴⁶² Mecelle’deki havale hükümleri (madde 673-700) sadece borcun naklini düzenlemektedir. Bununla birlikte Mecelle diğer kitaplarında geçen 252. ve 1746. maddelerinde alacağın nakledilebileceğinden de açıkça bahsetmiştir. Bkz: Kaşıkçı, s. 255; Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, s.113. *Mürşidü’-l-Hayrân*’ın havale düzenlemesi de (madde 766-798) hakkın havalesini ayrıca ele almamış, klasik doktrinde olduğu üzere sadece borcun havalesini düzenlemiştir. Bkz: El-Hacce, s. 12.

⁴⁶³ Bu doğrultuda Bkz: MMK m. 303-314; FMK m. 330-342; Senhûrî, Mesâdirü’l-Hak, C. V, s. 76-77; Şehhâte, s. 5-15; Mahmasânî, el-Evdâ’ut-Teşri’iyye, s. 501 vd.; El-Hacce, s. 11 vd.

⁴⁶⁴ Saleem, s. 141.

⁴⁶⁵ Mahmasânî, el-Evdâ’ut-Teşri’iyye, s. 501.

⁴⁶⁶ Senhûrî, el-Vasît, C. III, s. 421.

borç ile kayıtlandırılmadan havale edilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle Hanefi mezhebi tarafından kabul edilen mutlak havalede sadece deynin havalesi söz konusu olabilir. Ancak mukayyet havale bakımından durum farklıdır. Nitekim her borç, karşı taraf için bir alacak hükmündedir. Dolayısıyla mukayyet havalede bir borcun başka bir borç ile kayıtlı olarak havale edilmesi, aslında muhalin muhalün aleyhten olan alacak hakkını muhalün lehe temlik etmesi anlamına da gelecektir. Mukayyet havalenin dört mezhepte de geçerli kabul edildiği düşünülünce de hakkın havalesi yani alacağın temlikinin, mukayyet havale şartlarını taşımak kaydıyla dört mezhep tarafından da caiz kabul edildiği söylenebilir⁴⁶⁷. Böylelikle münferit olarak alacağın temlikini kabul etmemiş olsa dahi, İslam hukukunda mukayyet havale, vasiyet, kabza vekalet vermek yoluyla bağışlama gibi yöntemlerle alacağın devredilmesi hukuken mümkündür⁴⁶⁸.

Mecelle bakımından değerlendirilecek olursa, sadece mukayyet havale şartlarını taşıyan dolaylı bir alacağın temliki kabul edilirken bağımsız bir alacağın temliki kurumunun düzenlenmemiş olması, o dönemki hukuki telakkiler bakımından dahi bir eksiklik olarak kabul edilmiştir. Bu konuda *Ebul'ula Mardin*, alacağın temliki ve borcun nakli kurumlarının Roma hukukunda bile bulunmamasına ve Alman hukukunda bu kurumların düzenlenmesinin bir övünç sayılmasına da değinerek, Maliki mezhebinden faydalanarak söz konusu kurumlar düzenlenebilecekken, bu fırsatın kaçırılmış olmasını Mecelle için bir eksiklik olarak görmüştür⁴⁶⁹.

Pozitif hukuk doktrininde alacağın temliki veya devri ile, bir borç ilişkisinde taraflardan birisinin münferit bir alacağının üçüncü bir kişiye devredilmesi kastedilmektedir. Bu ise alacağının devreden alacaklı ile onu iktisap edecek üçüncü kişi arasında akdedilen iki taraflı bir tasarruf işlemi ile gerçekleştirilir⁴⁷⁰. Görüldüğü üzere modern dönem Arap Kanunları alacağın temliki yani hakkın havalesini, bu pozitif

⁴⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Zühaylî, C. V, s. 170-173.

⁴⁶⁸ Cin / Akgündüz, C. II, s. 229-231; Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, s. 113.

⁴⁶⁹ Mardin, Ebul'ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, TDV Yayınları, Ankara 1996, s.171; Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, s. 113.

⁴⁷⁰ Nomer, s. 371; Oğuzman / ÖZ, C. II, s. 561; TBK m. 131/1.

hukuk doktrinindeki anlayışa uygun olarak düzenlemişlerdir. Bununla birlikte Mecelle'nin etkisinin baskın geldiği Ürdün Medeni Kanunu gibi örneklerde ise, havale akdi İslam hukukunun klasik anlayışına uygun olarak sadece deynin havalesi yani borcun nakli için kullanılmıştır. Ancak bu sistemlerde de mukayyet havale şartlarını taşıması durumunda alacağın devredilebilmesi havale hükümlerine kıyasen kabul edilmektedir⁴⁷¹. Bu noktada Arap Kanunlarının çoğunda bu kurumların, havale akdinin genel hükümlerinden ziyade pozitif hukukun alacağın temlik ve borcun nakli telakkilerine uygun olarak düzenlendiği söylenebilir. Örneğin Lübnan Akitler ve Borçlar Kanunu'nda, hakkın havalesinin geçerli olabilmesi için borçlunun rızası aranmamaktadır⁴⁷². Oysaki havale akdinde muhalün leh konumunda olan alacaklının rızası ve mukayyet havalede alacağını devreden hükmünde olan muhilin borçlusu muhalün aleyhin rızası aranmaktadır. Nitekim pozitif hukukta da alacağın temlikinde borçlunun rızası aranmazken, borcun naklinde alacaklının rızası aranmaktadır. Bunun gerekçesi olarak da alacaklı bakımından borçlunun şahsı ve ödeme gücünün daha fazla önem taşıması gösterilmektedir⁴⁷³. Ancak ileride ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere mukayyet havalede muhalün aleyhin rızasının aranmasının sebebi olarak genellikle, alacaklıların borcu kabzetme noktasında farklılık gösterebileceği ve bu nedenle borçlunun külfetinin ağırlaştırılmaması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ El-Hacce, s. 12. Ayrıca Arap Medeni Kanunları bakımından Mısır Medeni Kanunu ve Mecelle'nin etkisi ve özellikle Ürdün Medeni Kanunu örneği hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Uysal, s. 39-43.

⁴⁷² Mahmasânî, el-Evdâ'ut-Teşri'iyye, s. 502.

⁴⁷³ Reisoğlu, s. 474.

⁴⁷⁴ Saleem, s. 139. Ayrıca Bkz: §2-I-B-2.

§ 2. HAVALE AKDİNİN KURULMASI VE ŞARTLARI

İslam hukuku doktrininde bir akdin var olabilmesi için aranan temel unsurlar, o akdin rükünleri veya erkânı şeklinde ifade edilmektedir. Rükünün terim anlamı ise, bir kurumun hukuken mevcudiyeti ve meşruiyetinin üzerine bina edildiği esasları olarak ifade edilebilir. Örneğin bir akdin rükünlerinden olan bir unsurun eksikliği o akdin de yokluğuna sebep olurken, rükünün varlığı ise akdin varlığına sebep olur⁴⁷⁵. Ancak Türkçe hukuk literatürüne uygun olarak, bu başlık altında akdin rükünleri yerine akdin kurucu unsurları ifadesini kullanmak daha doğru olacaktır. Fıkıh literatüründe akitler için aranan şartlar için ise, Türkçe’de de yine aynı terim anlamını taşıyan akdin şartları ifadesi kullanılmaktadır.

Bununla birlikte İslam hukuku doktrininde akdin unsur ve şartlarının tasnifi konusunda hukukçular arasında tam bir fikir birliği mevcut değildir⁴⁷⁶. Bazı hukukçuların akdin unsuru olarak nitelendirdiklerini diğerleri akdin kurucu şartı olarak nitelendirebilmektedir. Ancak genel olarak kabul edildiğine göre akdin temel unsuru iradedir. Bu sebeple özellikle Hanefî mezhebinde hâkim olan görüşe göre icap ve kabul, bütün akit türlerinin temel unsurlarını oluşturmaktadır⁴⁷⁷.

Bir akdin hukuken tamam olabilmesi için temel unsurların yanında bazı şartların da mevcut olması gerekir. Kazüistik metod ile yazılmış klasik kaynaklarda isimli akitlerin her birine ilişkin şartlar, kendi bâblarında tek tek ele alınmıştır⁴⁷⁸. Havale akdine ilişkin şartlar da fıkıh kitaplarının havale bölümlerinde münferit olarak geçmektedir. Bu eserlerde havale konusundaki şartların tasnifi, şartların niteliklerine ve doğrudukları sonuçlara göre değil, genellikle taraflara ve havalenin konusuna ilişkin olarak yapılmıştır⁴⁷⁹. Klasik metodu takip eden bazı güncel çalışmalarda da

⁴⁷⁵ Ebu’l-Alâ, s. 12.

⁴⁷⁶ Alkış, s. 449.

⁴⁷⁷ Kelebek, Mustafa, İslam Borçlar Hukuku ve Ebu Yusuf’un Öncelikleri, Ensar Yayınları, İstanbul 2014, s. 62.

⁴⁷⁸ Karaman, “Akid”, s. 251.

⁴⁷⁹ Kâsânî, C. VI, s. 16; Ali Haydar, C. II, s. 289.

durum bu şekildedir⁴⁸⁰. Bunun yanında bazı eserlerde ve güncel kanunların bazılarında sistematik bir yöntem benimsenmiş ve hükümsüzlük hallerinden yola çıkılarak bir tasnif yapılmıştır⁴⁸¹. Buna göre eksikliği akdin butlanına sebep olan şartlara inikat (kurucu) şartları, akdin fesadına yol açan şartlara sıhhat (geçerlilik) şartları, akdin bağlayıcılığını etkileyen şartlara da lüzum (bağlayıcılık) şartları denilirken, eksikliği giderilene kadar hukuken askıda olma sonucu doğuran şartlara ise nefâz (yürürlük) şartları denmektedir⁴⁸². Doktrinde bu tasnifin, genellikle satım akdinin şartlarına ilişkin yapıldığı görülmektedir⁴⁸³. Fakat satım akdi hükümlerinin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer akit türlerine de temel teşkil etmesinden yola çıkılarak⁴⁸⁴ ve meseleyi daha sistematik anlatabilmek adına tezimizde bu tasnif türü tercih edilmiştir.

Bu açıklamalar doğrultusunda tezimizin ikinci bölümünde öncelikle havale akdinin temel unsurları olan taraflar, karşılıklı irade beyanları ve akdin konusu ayrıntılı olarak ele alınacak, ardında da sırasıyla havale akdinin inikat, sıhhat, nefaz ve lüzüm şartları ile tarafların öne sürebilecekleri ihtiyari şartlar incelenecektir. Bu bölüm kapsamında son olarak da sayılan bu şartlara riayet etmemenin havale akdi bakımından doğurduğu sonuçlar ele alınacaktır.

I. HAVALE AKDİNİN UNSURLARI

İslam hukukunda bir hukuki işleme akit niteliği kazandıran en önemli unsur taraflarca ortaya konan iradedir. Taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile birlikte akit hukuken kurulmuş olur⁴⁸⁵. Dolayısıyla doktrine göre havale

⁴⁸⁰ Şahin, Havale, s. 59-76; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 509-510; Cheron / Fahmy, s. 417; Ebu'l-Alâ, s. 12 vd.

⁴⁸¹ Mısır ve Ürdün Medeni Kanunlarında havaleye ilişkin şartlarda benimsenen tasnifin de bu yönde olduğu konusunda Bkz: El-Hacce, s. 36. Nikah akdine ilişkin şartların da aynı şekilde tasnifi için Bkz: Aydın, Mehmet Âkif, Türk Hukuk Tarihi, 15. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2018, (*Türk Hukuk Tarihi*), s. 261-267.

⁴⁸² Akde ilişkin şartların bu şekilde tasnif edilmesinin *Kâsânî* tarafından benimsenen genel bir yöntem olduğu konusunda Bkz: Alkış, s. 450; Eyyüp Said Kaya, “Türkiye Cumhuriyeti’nde Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, TALİD, Cilt: 12, Sayı: 24, 2014, s. 50.

⁴⁸³ Kelebek, s. 77-86.

⁴⁸⁴ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 508.

⁴⁸⁵ Mahmasani, “Transactions”, s. 192.

akdinin de kurucu unsurları (rükünleri), diğer akit türlerinde olduğu gibi icap ve kabuldür⁴⁸⁶. Yani icap ve ona uygun kabul iradelerinin ortaya konması ile birlikte bir havale akdinden söz edilebilir. Bununla birlikte, irade beyanlarının mevcudiyeti aynı zamanda onları ortaya koyan tarafların ve irade beyanının konusunun da mevcudiyetini gerektirir. Böylelikle her havale akdinde mevcut olan dört temel öge vardır: Muhil, muhalün aleyh, muhalün leh ve muhalün bih. Havale akdinin sayılan bu üç tarafından birisinin muhalün bihin nakli konusunda diğer taraflara yaptığı icabın, diğer taraflarca da kabul edilmesi ile birlikte havale akdi kurulmuş olur.

A. Taraflar

Hanefî mezhebinde akitlerin unsurları sayılırken genellikle sadece icap ve kabulden bahsedilir. Taraflar akdin unsurları arasında açıkça sayılmazlar. Ancak diğer mezheplere göre akdin unsurları, taraflar ve irade beyanlarından oluşur⁴⁸⁷.

Havale akdi İslam hukukuna göre prensip olarak üç taraflı bir akitir⁴⁸⁸. Bu taraflar, havaleyi yapan borçlu yani muhil, havaleyi üzerine alan muhalün aleyh ve havalenin alıcısı muhalün lehtir⁴⁸⁹. Genel yaklaşım bu şekilde iken *El-Hafif*, havaleyi iki kişi arasında kurulması zorunlu bir akit olarak tanımlamaktadır. Bu görüşe göre muhalün lehin havale akdinin taraflarından biri olmasının zorunluluğu konusunda doktrinde ittifak vardır. Diğer taraf ise muhil veya muhalün aleyhten biri olmak zorundadır⁴⁹⁰. Havalenin taraflarına ilişkin ihtimaller ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak burada söz konusu tanımından dolayı *El-Hafif*'in havalenin unsurlarını muhalün leh ve onunla akit yapan muhil veya muhalün aleyh arasında gerçekleşen icap ve kabul olarak ifade ettiğini belirtmek gerekir⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ Kâsânî, C. VI, s. 15; Bilmen, C. VI, s. 288.

⁴⁸⁷ Karaman, "Akid", s. 253; Alkış, s. 449; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 261.

⁴⁸⁸ Cheron / Fahmy, s. 421.

⁴⁸⁹ Mecelle madde 674, 675 ve 676.

⁴⁹⁰ El-Hafif, s. 569.

⁴⁹¹ El-Hafif, s. 570.

Hanefî mezhebine göre, havale akdinin kurulabilmesi için, borcu devreden muhilin, havale alıcısı muhalün lehine borçlusu olması gerekir. Buna göre borçlusu olmayan bir kimsenin muhalün lehe ödeme yapması için üçüncü bir kişiyi tayin etmesi havale değil, bir vekalet akdidir⁴⁹². Nitekim daha önce de bahsedildiği üzere, Malikilere göre de muhilin muhalün lehine borçlusu olmadığı bir ilişki, havale değil bir tahsile vekalettir⁴⁹³. Malikilerde muhalün aleyhine muhilin borçlusu olduğu bir havale tasavvuru olduğu düşünülürse, muhilin borçlu olmadığı muhalün lehe tahsil yetkisi vermesi ancak bir tahsile vekalet olabilir.

Diğer mezheplere göre ise, havale akdinin oluşabilmesi için muhilin muhalün lehe borçlu olmasının yanında, muhalün aleyhine de muhile borçlu olması aranır. Aksi takdirde geçerli bir havale akdinden bahsedilemez. Yani bu üç mezhebe göre muhilin muhalün lehe, muhalün aleyhine ise muhile borçlu olması havale akdinin temel unsurlarındandır. Malikiler muhalün aleyhine muhile borçlu olmadığı bir durumun havale değil, bir kefalet olduğunu açıkça ifade etmişlerdir. Muhalün aleyhine muhile karşı bir kefil gibi mesul olacağı düşüncesi de buradan çıkmaktadır⁴⁹⁴.

Bununla birlikte diğer mezheplerin aksine Hanefî mezhebinde, muhalün aleyhine muhile borçlu olması aranmaz. Muhilin onda mevcut bir alacağı olmasa dahi havalesi geçerlidir⁴⁹⁵. Muhil ile muhalün aleyhine arasında bir borç ilişkisinin mevcut olması, Hanefî mezhebine göre havalenin esaslı bir unsurunu değil, sadece havalenin çeşitlerinden biri olan mukayyet havaleyi teşkil eder. Hanefî mezhebi doktrini bu konuda ittifak halindedir⁴⁹⁶.

⁴⁹² Cheron / Fahmy, s. 418; Mürşidü'l-Hayrân madde 773. Demek ki İsviçre / Türk hukukunda karşımıza çıkan havale edenin havale ödeyicisine borcu dışında bir ödemeyi havale etmesi, İslam hukuku anlamında bir vekalet akdi teşkil eder. Daha önce bahsedildiği gibi, batı hukuklarında da havale kurumu şekillenirken çıkış noktası vekalet akdi olmuştur. Bkz: §1-VI-B-1.

⁴⁹³ Cheron / Fahmy, s. 419.

⁴⁹⁴ Cheron / Fahmy, s. 419.

⁴⁹⁵ Mecelle madde 686.

⁴⁹⁶ Cheron / Fahmy, s. 418.

Hanefî mezhebinin en muteber kaynaklarından ve *İmam Muhammed*'in zahir rivayetlerinden olan *El-Asl*'da havale akdinin taraflarına ilişkin bazı nitelikler sayılmıştır. Buna göre akdin taraflarının aralarında miras bağının olması, havale bakımından bir fark yaratmaz. Bir kişi, bir başkasına olan borcunu babasına veya oğluna havale edebileceği gibi, onların borçlarını havaleten üzerine alabilir. Ayrıca eşlerin birbirlerine olan borçlarını başkalarına havale etmeleri de hukuken geçerlidir. Örneğin; bir kişinin, muaccel veya müeccel olması fark etmeksizin karısına olan mehir borcunu başkasına havale etmesi caizdir. Mehrin kararlaştırılmış yani müsemma veya gayrı müsemma olması sonucu değiştirmez⁴⁹⁷. Çünkü gayrı müsemma mehir, taraflar arasında kararlaştırılmış olmasa da belirlenebilen bir borçtur. İslam aile hukukunun işaret ettiği şekilde mehir belirlenir⁴⁹⁸ ve o meblağ üzerinden havale akdi kurulmuş olur.

Havaleye konu olan borcun müşterek bir borç olması veya alacaklı tarafın birden çok kişiden oluşması durumunda, muhalün aleyh veya muhalün leh sıfatlarının da müşterek sorumluluk esaslarına dayanarak bu kişilerin tamamına isabet etmesi gerekir. Örneğin aşağıda geçtiği üzere, Osmanlı'da XIX. yüzyılda en muteber fetva mecmualarından biri olarak kabul edilen *Netîcetü'l-Fetâvâ*'da bir borcun iki kişiye müştereken havale edilmesi durumunda bu iki muhalün aleyhin her birinin borcun sadece yarısından sorumlu olacağına dair bir fetva karşımıza çıkmaktadır. Buna göre:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile ol kadar akçe medyunları Bekir ve Beşir'in üzerlerine mean havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra Bekir havaleye binaen meblağ-i mezburun nısfını Amr'a verirken Amr razı olmayıp meblağ-i mezburun cümlesini Bekir'den almağa kadir olur mu?

⁴⁹⁷ Şeybânî, el-Asl, C. X, s. 446.

⁴⁹⁸ Mehr, İslam hukukunda nikah akdinin kurulması ile birlikte koca üzerinde eşi lehine doğan para, eşya (mütekavvim mal yani hukuken kabul edilen ve korunan mal) veya ekonomik menfaat borcudur. Taraflar mehir miktarını aralarında kararlaştırmamış iseler (gayrı müsemma mehir), kadın nikahla birlikte mehr-i misile hak kazanır. Mehr-i misil ise, kadının ailesi veya çevresindeki diğer kadınlara ödenen mehre göre belirlenir. Taraflar arasında uyuşmazlık olması durumunda, hâkim re'sen misil mehri belirler. Yukarıda verilen örnekte de havale bu misil mehir üzerinden kurulmuş olur. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Aydın, Mehmet Âkif, "Mehir", DİA, C. XXVIII, Ankara 2003, ("Mehir"), s. 390.

Havale akdinin tarafları konusunda incelenmesi gereken birkaç husus daha vardır. Öncelikle kefil ile teminat altına alınmış bir borçta hem borçlu hem de kefil üzerine havale meselesi kaynaklarda ayrıca incelenmiştir. Buna göre bir borçlunun alacaklısını mukayyet havale ile kendi borçlusu üzerine havale etmesi durumunda, muhilin borçlusu muhalün aleyhin söz konusu borcuna kefil olan bir kimse üzerine başka bir alacaklısını havale ederse, bu ikinci havale geçerli olmaz. Çünkü muhalün aleyh ilk havalenin gerçekleşmesi ile birlikte söz konusu borç bakımından muhilin mutalebesinden kurtulur. Asilin bir borçtan kurtulması durumunda kefilin de kurtulması gerekir⁵⁰⁰. Dolayısıyla bir borçtan sorumlu olan asıl borçlu ile onun kefilinin aynı anda aynı borç için havaleye taraf olmaları söz konusu olamaz.

İkinci olarak ise, kendi tasarruf alanı yani zimmetinde sabit olmayan ancak tasarruf ile yetkili kılındığı bir zimmette sabit olan alacak konusunda müteveli de havalenin tarafı olabilir. Bu durumda müteveli vakfın zimmetine dahil alacak ve malları vakfın menfaatine göre yönetmek zorundadır. Nitekim Mecelle'nin genel hükümler kısmında düzenlenen 58. maddesinde "*Ra'iyye, yani teb'a üzerine tasarruf maslahata menûttur*" denmekle bu genel bir hukuk kuralı olarak benimsenmiştir⁵⁰¹. Dolayısıyla bir vakfın alacaklı olduğu bir borcun borçlusu tarafından başka birisi üzerine havale edilmesi durumunda, müteveli muhalün leh olarak havaleyi kabul edebilir. Ancak bu havalenin geçerli olabilmesi için muhalün aleyhin ödeme gücü bakımından muhilden daha üstün olması şarttır⁵⁰².

⁴⁹⁹ Seyyid Ahmed Efendi / Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedüsi, *Neticetü'l-Fetâvâ* (haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul 2014, s. 215.

⁵⁰⁰ Ali Haydar, C. II, s. 298-299.

⁵⁰¹ Söz konusu madde ve şer'i dayanakları hakkında geniş bilgi için Bkz: Çelikan, Serkan, *Mecelle'nin Küllî Kaidelerinin Hadislerdeki Dayanakları*, TDV Yayınları, Ankara 2021, s. 335 vd.

⁵⁰² Ali Haydar, C. II, s. 298-299.

B. Karşılıklı İrade Beyanları (İcap-Kabul)

Havalenin kurulabilmesi için gerekli olan temel unsurların icap ve kabul olduğunu belirttik. İslam borçlar hukukunun genel hükümlerine göre akdin kurulması için irade beyanlarının herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın ortaya konması yeterlidir⁵⁰³. İrade beyanlarının hukuken sonuç doğurabilmesi için gerekli olan, karşı tarafa ulaştırılması ve maksadı ifade eden bir beyan olmasıdır. Mecelle madde 3'te de belirtildiği üzere, “*Ukûdda i'tibâr makâsîd ve meânîyedir, elfâz ve mebânîye değildir*”, yani akitlerde ifade ve kalıplara değil, irade beyanı ile kastedilen maksat ve manaya bakılması gerekir. *İbn Nüceym* de İslam hukukuna ait genel hükümleri topladığı eseri *el-Eşbah ve'n-Nezâir*'de, hukuki sonuç bağlanacak işlerde esas alınacak şeyin maksat olduğunu belirtmiş ve bu kurala dair fer'i hükümleri “*İşler maksatlarına göredir*” kaidesi altında toplamıştır⁵⁰⁴.

Doktrinde havale beyanlarının ortaya konulması bakımından aranan lafzi unsurlar için *sîga*⁵⁰⁵ terimi kullanılmıştır. Sîga, icap ve kabulün hukuki niteliklerinden ziyade, tarafların ortaya koyması gereken sözlü beyanlarının lafzi kalıpları ve zaman kipleri için kullanılır⁵⁰⁶. Bazı akitlerde, icap ve kabulün hukuken sonuç doğurabilmesi için belli ifadeler içermesi veya belirli bir zaman kipinde ortaya konması gerekebilir. Örneğin, nikah akdinde icap ve kabulün sonuç doğurabilmesi için Arapça mazi (geçmiş zaman) kipinde ortaya konması gerekir⁵⁰⁷. Ancak icap ve kabul bazen şifahen açıkça ifade edilebileceği gibi, maksadı ortaya koyan ve teamül haline gelen davranışlar ile de olabilir. Örneğin satış akdinde alış-verişe dair adet haline gelmiş davranışlar ile satış akdi kurulabilir. Açıkça “*aldım*” veya “*sattım*” gibi ifadelere gerek yoktur. Bunun yanında icap ve kabul yazılı bir biçimde de ifade edilebilir. Sağır

⁵⁰³ Mahmasani, “Transactions”, s. 198.

⁵⁰⁴ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezâir*, s. 23. Söz konusu kaidenin şer'i kaynakları hakkında geniş bilgi için Bkz: Çelikan, s. 107 vd.

⁵⁰⁵ Sîga terimi hakkında geniş bilgi için Bkz: Apaydın, H. Yunus, “İrade Beyanı”, DİA, C. XXII, İstanbul 2000, (“*İrade Beyanı*”), s. 389.

⁵⁰⁶ Ebu'l-Alâ, s. 12.

⁵⁰⁷ Şimdiki zaman veya geniş zaman kiplerinde nikah akdi kurulup kurulamayacağı konusunda doktrinde ihtilaf vardır. Bu konuda geniş bilgi için Bkz: Atar, Fahrettin, “Nikâh”, DİA, C. XXXIII, İstanbul 2007, (“*Nikâh*”), s. 114-115

ve dilsizler için kullanılan işaret dili ile ortaya konan irade beyanları da geçerlidir⁵⁰⁸. Burada önemli olan tarafların iradelerini şüpheye mahal vermeyecek bir biçimde ortaya koymalarıdır. Nitekim belirsizlik taşıyan ifadeler icap veya kabul olarak nitelendirilemezler⁵⁰⁹.

Klasik kaynaklarda akdin kurulabilmesi için icap ve kabulün geçmiş zaman kipinde ifade edilmesi aranmıştır. Bundan maksat, Arapça emir veya gelecek zaman kipi kullanılması durumunda söz konusu olabilecek belirsizliğe fırsat vermemektir. Ancak Türkçe düşünüldüğünde, tarafların iradelerini şimdiki zaman kipi ile de kesin bir şekilde ortaya koyabilmeleri mümkündür. Bu nedenle de “*Kabul ediyorum*” gibi bir ifadenin hukuken geçerli bir kabul beyanı olduğunu kabul etmek gerekir⁵¹⁰.

Havale akdi için ortaya konması gereken irade beyanlarının taşıdığı şartlar konusunda ise, icap ve kabul sîgalarının borcun muhilin zimmetinden muhalün aleyhin zimmetine nakli iradesine delalet etmesi yeterli görülmüş, ayrıca bir şekil şartı aranmamıştır⁵¹¹. Muhil’in muhalün lehe, “*Sana olan borcum için seni falana havale ettim*” dese ve muhalün leh de kabul etse, muhalün aleyhin kabulüne bağlı olarak havale kurulmuş olur. Ya da muhil, “*Bendeki hakkını falana naklettim*” veya “*Bendeki deynin için seni falana karşı malik kıldım*” gibi ifadelerle de havale icabında bulunabilir. Önemli olan icap ve kabulün havale kastını ortaya koyan bir ifade ile yapılmış olmasıdır⁵¹². Ancak Malikiler, havale sîgalarının geçerli kabul edilebilmesi için “*havale*” ifadesini içermeleri gerektiği görüşündedirler. Şafiilerde tercih edilen bir görüşe göre de, havale anlamı taşıması şartıyla “*bey*” lafzı ile de havale akdinin kurulabileceği kabul edilmektedir⁵¹³. Şafiilerin bir kısmının havalenin, borcun borç karşılığında satışı niteliği taşıdığı görüşünde oldukları unutulmamalıdır. *Ebu'l-Alâ*'ya göre, bu konuda herhangi bir nas varit olmadığı için ve sahabe veya tabiin hukukçuları

⁵⁰⁸ Alkış, s. 445; Mecelle madde 173-175.

⁵⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Apaydın, “İrade Beyanı”, s. 387-391.

⁵¹⁰ Alkış, s. 451-452; Mecelle madde 169-172.

⁵¹¹ Ebu'l-Alâ, s. 12.

⁵¹² Havalede sîga örnekleri için Bkz: İbn Âbidîn, C. V, s. 340; Ebu'l-Alâ, s. 12; Bilmen, C. VI, s. 288.

⁵¹³ Ebu'l-Alâ, s. 13.

tarafından da herhangi bir sınırlama yapılmadığından dolayı, havale akdinin kuruluşu bakımından herhangi bir sîga şartının aranmaması gerekir. Ona göre de havale maksadını ifade eden her icap ve kabul lafzı ya da lafız yerine geçen işaret veya yazı ile havale geçerli olarak kurulabilir⁵¹⁴.

İcap ve kabul lafızları içerik olarak bir şekil şartına bağlı olmasalar da ortaya konan lafızların icap ve kabul yerine geçebilmesi için bazı şartlar taşınmaları gerekir. İcap ve kabulde seçilen sîga yani ifadeler, özellikle muhilin sorumluluğunu şekillendirdiğinden diğer akitlere göre daha çok önem taşır. Bu sebeple literatürde icap ve kabul sırasında kullanılan vekalet, kefalet, karz veya ibra gibi terimlerin sonuçları ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Örneğin satım (*bey'*) ifadesi ile havalenin kurulamayacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte “*kefale*” veya “*hamale*” ifadeleriyle yapılan işlemlerin havale olarak kabul edilebilmesi için muhilin sorumlu olmayacağının ayrıca belirtilmesi aranmıştır⁵¹⁵.

İcap, İslam hukukunda iki terim anlamı taşımaktadır. Öncelikle Hanefilerin kabul ettiği terim anlamına göre, âkit taraflardan önce ortaya konan irade beyanına icap, bunu takip eden beyana ise kabul denir. Buna göre havale maksadı ile ortaya konan irade beyanlarından önce ortaya konan irade beyanı icap olarak kabul edilmelidir⁵¹⁶. Mecelle de 101. maddede, “*İcâb, inşâ-yı tasarruf için ibtidâ söylenen sözdür ki tasarruf anınla isbat olunur*” hükmü ile Hanefi mezhebinin görüşünü kabul etmiştir⁵¹⁷. İslam hukukunda kabul edilen diğer görüşe göre ise, icabın mülkiyet sahibi tarafından temlik maksadı ile karşı tarafa yöneltilen bir irade beyanı olması gerekir. Havale bakımından da icabın borcu zimmetinde bulunduran muhil tarafından, temlik

⁵¹⁴ Ebu'l-Alâ, s. 13.

⁵¹⁵ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 509.

⁵¹⁶ Türk borçlar hukukunda kabul edildiğine göre icap (öneri), bir sözleşmeyi meydana getirmek amacı ile bir şahsın teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanına denir. Bkz: Oğuzman / Öz, C. I, s. 53.

⁵¹⁷ Alkış, s. 451-452.

maksadını açık bir delaletle ortaya koyacak şekilde yapılması gerekir. Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhepleri bu ikinci icap tanımını kabul etmektedirler⁵¹⁸.

Kabul için de İslam hukuku doktrininde iki terim anlamı kabul edilmektedir. İlk görüşe göre kabul, akdin tarafları ya da onların yerine geçen kişiler tarafından icaba karşılık ve ondan sonra ikinci olarak ortaya konan irade beyanına denir. Bu tanım Hanefî mezhebinin görüşünü yansıtmaktadır. Mecelle de 102. maddesinde, “*Kabûl, inşâ-yı tasarruf için sâniyen söylenilen sözdür ki anınla akid tamam olur*” denmekle Hanefî mezhebinin görüşü kabul edilmiştir⁵¹⁹.

İkinci görüşe göre ise kabul beyanı, mülkiyeti edinen tarafça ortaya konan ve açıkça temellüğe delalet eden irade beyanına denmektedir. Havalede bu beyan muhalün leh tarafından ortaya konmaktadır. Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhebi hukukçuları bu görüşü savunmaktadır⁵²⁰. Nitekim bu mezheplerde kabul edildiği üzere havale, borcun borç karşılığında satımı niteliğinde olduğundan ve sadece mukayyet havaleyi kapsadığından burada muhalün aleyhin beyanı esas alınmamaktadır.

Ebu'l-Alâ ise, daha genel bir bakışla icap ve kabulün her ikisinin de akdin taraflarından sadır olan ve karşı tarafa, irade beyanını ortaya koyan tarafın bu beyana uygun hareket etmesini talep etme hakkı doğuran ve irade beyanını ortaya koyan tarafı da bu beyan ile belirli bir süre bağlı kılan ibareler olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla ona göre akdin her bir tarafı bakımından ortaya konan irade beyanları icap niteliğinde olup, havalede de muhil veya muhalün leh ortaya koydukları irade beyanları ile bağlıdırlar⁵²¹. Bu görüşten de anlaşıldığına göre, Hanefî mezhebinde kabul edildiği üzere akdin taraflarının irade beyanlarından önce ortaya konana icap, sonrakine kabul denmelidir.

⁵¹⁸ Ebu'l-Alâ, s. 14.

⁵¹⁹ Alkış, s. 451-452.

⁵²⁰ Ebu'l-Alâ, s. 15.

⁵²¹ Ebu'l-Alâ, s. 15.

Senhûri'ye göre, cüzî halefiyette halefin bilgisi olmadan kendisine seleften bir hak geçmesi mümkün değildir. Bu meselenin önemi ise en çok hakların ve borçların intikalinde ortaya çıkar. Selef olan muhalün aleyhin bilgisi olmaksızın hak veya borcun seleften kendi zimmetine intikali söz konusu olamaz. Bu konuda muhalün aleyhin havaleyi bilebilecek durumda olması da yeterli değildir⁵²². Dolayısıyla cüzî halef olan muhalün aleyhin bilgisi olmaksızın havalenin yürürlük kazanması ve borcun nakledilmesi mümkün değildir.

Havale akdinin geçerli olarak kurulabilmesi için muhalün aleyhin rızasının olması şarttır. Muhalün aleyhin rızasının şart oluşu *El-Asl* ve şerhlerinde de açık olarak belirtildiği üzere ashabin kabul ettiği genel görüştür. *İmam Şafii*, muhalün aleyhin muhile borçlu olması durumunda rızasının gerekli olmadığını söylemektedir. Ancak *Kudûri*'nin de ifade ettiği üzere, havale akdi kefalet gibi bir teminattır ve bu akitte teminatta bulunan taraf olan muhalün aleyhin rızasının olması gerekir⁵²³.

Bu genel değerlendirmenin ardından, havalede icap ve kabulün kim tarafından ve kime yöneltildiğini belirlemek, havale akdinin taraflarını da belirlememizi sağlayacaktır. Havalenin genel olarak üç köşeli bir hukuki ilişki olduğu düşünüldüğünde, havale akdinin de üç tarafı olduğu düşünülebilir. Ancak her durumda bu böyle değildir. Tarafları belirleyebilmemiz için icabın kim tarafından yapıldığı ve bu icaba bağlı kabulün kimden geldiğine bakmak gerekir. Böylelikle havale akdinin kurulması bakımından karşımıza dört ihtimal çıkmaktadır. Buna göre havale akdi her üç tarafın katılımı ile, muhalün aleyhin sonradan katılımı ile muhil ve muhalün leh arasında, muhalün lehin sonradan katılımı ile muhil ve muhalün aleyh arasında veya sadece muhalün aleyh ile muhalün leh arasında kurulabilir. Bu ihtimalleri irade beyanları bakımından ayrıca incelemek gerekir.

⁵²² Senhûri, Mesadirü'l-Hak, C. V, s. 20.

⁵²³ Kudûri, et-Tecrîd, C. VI, s. 2981.

1) Muhil, Muhalün Aleyh ve Muhalün Leh Arasında

Havalenin muhil, muhalün aleyh ve muhalün lehin anlaşması ile kurulması birinci ihtimali oluşturur. Mecelle'nin 680. maddesinde bahsedilen durum da budur⁵²⁴.

Klasik kaynaklarda genellikle havale icabının muhil tarafından yapıldığı belirtilmektedir⁵²⁵. Muhilin alacaklısı olan muhalün lehe ve borç altına girecek olan muhalün aleyhe yönelttiği bu icabın, muhalün leh ve muhalün aleyh tarafından kabul edilmesi gerekir. Sözleşme hukukunun genel doktrinine bakıldığında, böyle bir durumda muhil ile muhalün aleyh arasında borcun üstlenilmesine ilişkin ayrı bir sözleşmenin, muhil ile muhalün leh arasında ise borcun üçüncü bir kişi tarafından ödeneceğine ilişkin ayrı bir sözleşmenin yapıldığı söylenebilir. Nitekim İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde mevcut olan ve İslam hukukundaki havale akdini karşılayan borcun üstlenilmesi kurumunda durum bu şekilde kabul edilmektedir. Asıl borçlu ile alacaklı arasında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, asıl borçlu ile borcu devralan üçüncü kişi arasında ise borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapılmaktadır⁵²⁶.

İslam hukukunun klasik doktrininde ise, muhil, muhalün aleyh ve muhalün leh arasında icap ve kabul beyanlarının uyuşması iki farklı sözleşme olarak değil, havale akdinin üç taraflı olarak yapılması şeklinde nitelendirilmiştir. Doktrinin önemli kaynaklarından biri olan *Semerkandî*'nin *Tuhfetü'l-Fukaha* adlı eserinin *Kâsânî* tarafından *Bedâ'i'us-Sanâ'i* adıyla yapılan şerhi, bu konuda icabın muhil tarafından yapılacağını, kabulün ise muhalün aleyh ve muhalün leh tarafından birlikte yapılacağını belirtmiştir⁵²⁷. Söz konusu eserde taraflar arasında iki farklı akitten bahsedilmemekte, muhilin icabına karşı muhalün aleyh ve muhalün lehin her birinin kabulünün birlikte gerekli olduğu ifade edilmektedir. Havalenin kurulabilmesi için gerekli olan iki tarafın da kabul beyanı, bu ihtimalde hazırlar arasında (aynı akıt

⁵²⁴ Ali Haydar, C. II, s. 276.

⁵²⁵ Kâsânî, C. VI, s. 15; Bilmen, C. VI, s. 288; Saleem, s. 141.

⁵²⁶ Oğuzman / Öz, C. II, s. 604 vd.

⁵²⁷ Kâsânî, C. VI, s. 15.

meclisinde) yapılır. Muhalün lehin kabulü olmaksızın, muhalün aleyhin kabul beyanı İsviçre / Türk hukukunda olduğu gibi, borçtan kurtarma taahhüdü niteliği taşıyan ayrı bir sözleşme olarak hüküm doğurmaz⁵²⁸. Bu ihtimalde havale akdi, üç taraf arasında kurulan tek bir akit olarak değerlendirilmiştir.

Bununla birlikte havalede muhalün leh ve muhalün aleyhin rızalarının şart olup olmadığı konusunda ihtilaf vardır. *İmam Malik*'in de olduğu bir kısma göre havalede muhalün aleyhin rızası aranmazken muhalün lehin rızasının bulunması şarttır. Bir kısma göre havalede her ikisinin de rızasının bulunması gerekir. Üçüncü gruba göre ise muhalün lehin rızası aranmazken muhalün aleyhin rızasının bulunması şarttır. *İmam Malik*'in görüşünün tam zıddı olan bu görüşün sahibi ise *Davud ez-Zahiri*'dir⁵²⁹. Bu görüşler, havalenin kurulması konusunda aşağıda sayılan diğer ihtimallerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

2) Muhil ve Muhalün Leh Arasında

Mecelle'nin 682. maddesinde öngörüldüğü üzere, havale yalnızca muhil ile muhalün lehin arasında gerçekleşebilir. Ancak bu havalenin tamam olabilmesi için, kendisine haber verildiğinde muhalün aleyhin havaleyi kabul etmesi gerekir. Yani bu ihtimalde havale akdi muhalün aleyhin rızasına mevkuften kurulmuş olur⁵³⁰.

Muhalün aleyhin rızasının havalenin sıhhati bakımından önemini değerlendirebilmek için mutlak ve mukayyet havaleyi ayrı ayrı ele almak gerekir. Mutlak havalede muhalün aleyhin rızasının gerekli olduğu konusunda doktrinde bir tartışma yoktur. Mukayyet havalede ise, havalenin geçerli olabilmesi için muhalün aleyhin rızasının gerekip gerekmediği noktasında doktrinde iki görüş mevcuttur.

⁵²⁸ Aksi yönde, bu anlaşmanın muhalün aleyh tarafından yapılan bir ifa vaadi olduğu konusunda Bkz: Cheron / Fahmy, s. 421.

⁵²⁹ İbn Rüşd el-Hafid, C. IV, s. 83.

⁵³⁰ Ali Haydar, C. II, s. 276-277; Bilmen, C. VI, s. 288.

İlk görüşe göre havalenin geçerli olarak kurulabilmesi için muhalün aleyhin rızasının olması gerekir. Hanefi ve İbaziyye mezhebi, İmamiyye'nin baskın görüşü, Şafii ve Maliki mezheplerinde zayıf olan görüş ile Hanbeli mezhebinin bazı hukukçularının görüşleri bu yöndedir⁵³¹. Hanefiler bu konuda da muhalün aleyhin rızasının gerekli olduğunu söylerler. Nitekim *Kâsânî*'nin naklettiğine göre de Hanefi mezhebinde muhalün aleyhin rızasının olmadığı havale geçerli değildir. Çünkü havale muhalün aleyhin aleyhine bir tasarruftur ve borç onun zimmetine nakledilmektedir. Kabza vekaletteki durumun aksine, muhalün aleyhin rızası ve kabulü olmadan havale tamam olmaz. Kabza vekalette borçlunun aleyhine zimmetine yeni bir borç nakledilmesi söz konusu değildir. Aksine zimmetinde sabit olan bir borcunun talep hakkı üçüncü bir kişiye yani vekile nakledilmektedir. Bu nedenle kabza vekalet durumunda mutalebede (talep hakkında) bir tasarruf söz konusudur. Dolayısıyla kabza vekaletin geçerli olması için borçlunun rızası ve kabulü gerekmez⁵³². Görüldüğü gibi bu hüküm, havalenin Hanefi mezhebi bakımından kabza vekalet niteliği taşımasına da engeldir. Bununla birlikte muhalün aleyhin akit meclisinde hazır bulunması gerekmez. Muhalün aleyh gaip iken yapılan havale kendisine ulaştığında rıza gösterse, havale geçerli olur⁵³³.

Bu görüşün gerekçelerine göre, muhalün aleyh borcu üstlenen kişidir. Bu nedenle rızası olmak zorundadır. Mukayyet havalede muhile olan borcu ile takas edilecek olsa da borcunu talep etme noktasında alacaklılar farklılık göstermektedir. Muhalün aleyhin rızası dışında başka bir alacaklıya muhatap olması onu sıkıntıya sokabilir. Bu nedenle de havalenin geçerli olabilmesi için muhalün aleyhin rızası ve kabulü şarttır. Ayrıca havalenin gerçekleşebilmesi için muhalün aleyhin akde taraf olması şarttır. Bu nedenle havalenin tarafları olan muhil ve muhalün lehin rızası şart olduğu gibi muhalün aleyhin de rızası gerekir⁵³⁴. Sonuç olarak havale sonucunda mutalebenin muhalün aleyhe yöneltilebilmesi için veya muhil ile muhalün aleyh arasında mevcut olan borç ile havale borcu arasında takasın gerçekleşebilmesi için,

⁵³¹ Mevsilî, C. III, s. 4; Bâbertî, C. VII, s. 239-240; Ebu'l-Alâ, s. 21; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509.

⁵³² Kâsânî, C. VI, s. 15.

⁵³³ Bilmen, C. VI, s. 288.

⁵³⁴ Ebu'l-Alâ, s. 22.

muhalün aleyhin havaleye rıza göstermesi şarttır. Bu rıza akit meclisinde muhalün aleyh veya temsilcisi tarafından kabul beyanı şeklinde ortaya konabileceği gibi, muhil ile muhalün leh arasında yapılan havalenin kendisine haber verildiğinde kabul etmesi ile de gerçekleşebilir⁵³⁵.

Hanefî mezhebini resmi mezhep olarak uygulayan Osmanlı Devleti'nde de havale akdinin kurulması ve geçerliliği bakımından muhalün aleyhin rızasının şart olduğu kabul edilmiştir⁵³⁶. Nitekim son dönem kanunlaştırmalarından olan Mecelle'de bu durum açıkça görüldüğü gibi, Osmanlı kadılarının en önemli kaynaklarından olan fetva mecmualarında da aynı şekilde geçmektedir. Bu konuda Osmanlı'nın muteber fetva mecmualarında da aşağıda verildiği üzere bazı örnekler mevcuttur:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile Bekir'in gıyabında Bekir'in üzerine havale edip ba'dehu Amr havaleyi Bekir'e i'lam ettikde Bekir havaleyi kabul eylemese Amr mücerred Zeyd vech-i muharrer üzere havale etmekle meblağ-i mezburu Bekir'den almağa kadir olur mu?

*El-Cevab: Olmaz*⁵³⁷.

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile ahar diyarda olan Bekir'in üzerine havale Amr dahi havaleyi kabul edip lakin Bekir'e i'lam etmeden Amr ve Bekir fevt olsalar halen Amr'in vereseşi meblağ-i mezburu Zeyd'den talep ettiklerinde Zeyd mücerred "Amr havaleyi kabul etmekle deynden beri olmuş olurum" deyu bi-gayr-i vech vermemeğe kadir olur mu?

*El-Cevab: Olmaz*⁵³⁸.

Mukayyet havale de dahil, muhalün aleyhin havaleye rıza göstermesinin havalenin temel şartlarından biri olduğu noktasında Hanefî mezhebinde bir ihtilaf yoktur. Nitekim Hanefî mezhebinde kabul edildiği üzere, muhalün aleyh bu durumda

⁵³⁵ Bilmen, C. VI, s. 289.

⁵³⁶ Ali Haydar, C. II, s. 286-287.

⁵³⁷ Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziye, (Haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul 2009, s. 231-232.

⁵³⁸ Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 219

yeni bir borç üstlenmese de kendisine karşı talep hakkı bulunan alacaklı değişmektedir. İnsanlar ise alacağını talep etme yani mutalebe noktasında farklı farklıdır. Borçluyu ifaya zorlayanlar olabileceği gibi daha anlayışlı olanlar da olabilir. Dolayısıyla alacaklının değişmesi durumunda borçlunun rızası aranmalıdır. Bu nedenle de mukayyet havalede de muhalün aleyhin rızasının bulunması şarttır⁵³⁹. Muhalün aleyh havale ile, menfaati olsun veya olmasın başka birinin borcunu üzerine almakta ve o borçtan malvarlığı ile sorumlu hale gelmektedir. Yani havale ile nakledilen borç, muhalün aleyhin zimmetinde sabit olur ve ölümü durumunda terekesinde dahi borçları arasında sayılır. Bir kimsenin borç altına girmeye zorlanamaması prensibi İslam hukukunda da cari olduğundan⁵⁴⁰, havalenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için muhalün aleyhin rızası şarttır⁵⁴¹. Nitekim muhalün aleyhin havaleyi kabulü olmaksızın, muhal borcun muhalün aleyhin zimmetine nakledildiğini ispatlayamaz⁵⁴².

Prensip olarak muhalün aleyhin rızası havalenin şartlarından olsa da kaynaklarda geçen bir durum, bu prensibin istisnası olarak kabul edilmiştir. İstidâne⁵⁴³ talebi ile kadiya başvuran bir kadının nafakası için borçlanması ve bu borcu kocasına havale etmesi, kocasının rızası aranmaksızın geçerli kabul edilmiştir. Alınan borç, nafaka borcu olarak kocanın zimmetine kazaen nakledilmiş olur. Burada hakimin kararı, muhalün aleyh olan kocanın rızasının yerine geçmektedir. Mecelle bu hususu açıkça düzenlememiş olsa da muasırı *Mürşidü'l-Hayrân* madde 772/2'de bu durum muhalün aleyhin rızasının istisnası olarak düzenlenmiştir⁵⁴⁴. Mecelle'de açıkça

⁵³⁹ Kâsânî, C. VI, s. 16; Saleem, s. 139.

⁵⁴⁰ “*La lüzum bidûn iltizâm*”, İslam hukukunda kabul edilen genel bir prensiptir. Bkz: Merğînânî, C. III, s. 99. Mecelle Şârihi *Ali Haydar* da bu konuda, “*iltizam-ı deyn olmadan lüzum-u deyn olmaz*” demekle bir kimsenin borcu üstlenmedikçe borçla bağlı hale gelemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 286-287.

⁵⁴¹ Kudûrî, et-Tecrid, C. VI, s. 2981; Merğînânî, C. III, s. 99.

⁵⁴² Cessâs, C. III, s. 222.

⁵⁴³ Ödünç borç istemek anlamında kullanılan bir fıkıh terimi olan istidâne ile birlikte, nikah akdinin doğal bir sonucu olan nafaka borcu, kocanın zimmetinde sabit olan ve hukuken takip edilebilen bir borç haline dönüşmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Aydın, Mehmet Âkif, “İstidâne”, DİA, C. XXIII, İstanbul 2001, (“*İstidâne*”), s. 322.

⁵⁴⁴ Muhammed Kadri Paşa, s. 126; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 509;

düzenlenmemiş olsa da kanun şerhinde bu durumun muhalün aleyhin rızasının aranmasına bir istisna olarak kabul edildiği ifade edilmektedir⁵⁴⁵.

İkinci görüşü oluşturan diğer mezhepler ise, daha önce belirtildiği üzere havale ile sadece mukayyet havaleyi kastettikleri ve bu havaleyi de bir borcun alacak vasıtası ile ödenmesi olarak niteledikleri için, havalede muhalün aleyhin rızasını aramazlar⁵⁴⁶. Çünkü onlar için havalede tek ihtimal mukayyet havale, yani muhalün aleyhin muhile borçlu olması durumudur. Nitekim bu görüş sahiplerinden *İmam Şafii*'ye göre, muhalün aleyhin muhile borçlu olması durumunda havalenin geçerli olarak kurulabilmesi için muhalün aleyhin rızası şart değildir⁵⁴⁷. Bununla birlikte havaleden farklı bir şekilde adlandırılmış olsa dahi, muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı bir durumda, *İmam Şafii*'ye göre de muhalün aleyhin rızası gereklidir⁵⁴⁸.

Bu görüşün gerekçesi noktasında *İmam Şafii*, muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu bir havalede, muhilin muhalün aleyhteki alacak hakkını, ifayı talep eden muhalün leh vasıtasıyla karşıladığından bahseder. Dolayısıyla bu havalenin kurulması söz konusu hakkın borçlusunu olan muhalün aleyhin kabulüne bağlı değildir⁵⁴⁹. Bu durum muhilin muhalün lehi kabza vekil kılması gibidir. Muhilin alacağını muhalün leh onun adına kabul etmektedir. Fakat muhalün lehin rızası olmadan havale gerçekleşemez. Çünkü havale muhalün lehin alacak hakkı üzerinde yapılan bir tasarruf işlemidir. Dolayısıyla hak sahibinin rızası olmaksızın yapılan tasarruf hukuken geçerli olmaz⁵⁵⁰.

Maliki mezhebinde baskın olan görüşe göre de durum Şafii mezhebindeki gibi olup, havalenin sıhhati için muhalün aleyhin rızası gerekli değildir. Bununla birlikte

⁵⁴⁵ Ali Haydar, C. II, s. 287.

⁵⁴⁶ Bkz: §1-V-C-2-b.

⁵⁴⁷ Kudûrî, et-Tecrîd, C. VI, s. 2981; Bâbertî, C. VII, s. 239-240; Râfiî, C. X, s. 337; Cheron / Fahmy, s. 424.

⁵⁴⁸ Kâsânî, C. VI, s. 15.

⁵⁴⁹ Bilmen, C. VI, s. 289, 293; Saleem, s. 139.

⁵⁵⁰ Kâsânî, C. VI, s. 15.

bir görüşe göre, muhalün aleyhin havale akdi sırasında huzuru da gerekli değildir⁵⁵¹. Çünkü Malikiler de havale akdi ile sadece mukayyet havaleyi kastetmektedirler. Ancak Şafii mezhebinden farklı olarak Malikilere göre, muhalün aleyh ile muhalün lehin arasında bir husumet bulunması durumunda, havalenin sıhhati için muhalün aleyhin rızası şarttır⁵⁵². Bunun sebebi ise husumetli bir alacaklı olan muhalün lehin muhalün aleyhe karşı aşırıya gitmesi ihtimalinden kaçınabilmektir. Muhalün leh ile muhalün aleyh arasında havale kurulmadan önce bir husumetin bulunması durumunda, muhalün aleyhin rızası olmaksızın yapılan havale akdi batıldır. Muhalün leh ile muhalün aleyh arasındaki husumetin havale akdinden sonra ortaya çıkması durumunda ise, muhalün leh muhalün aleyhten borcu kendisi tahsil edemez. Kendisi yerine üçüncü bir şahsı vekil tayin edip, vekili vasıtasıyla borcunu tahsil etmesi gerekir. Malikilerdeki baskın görüşe ve *İmam Malik*'e göre, bu husumet durumu dışında muhile borçlu bir muhalün aleyhin rızası, havalenin kurulması için şart değildir⁵⁵³.

Hanbeli mezhebinde de durum aynıdır. Şafiiiler ve Malikiler gibi Hanbeliler de havale ile sadece mukayyet havaleyi kastederler. Bu nedenle de muhile borçlu bir muhalün aleyhin rızasını havale için gerekli görmezler. Çünkü havale ile muhilin, alacak hakkını muhalün leh eliyle kullandığını savunurlar⁵⁵⁴. Bu görüşün de esasında tahsile vekalet fikrine dayandığı söylenebilir.

3) Muhil ve Muhalün Aleyh Arasında

Havale akdinin kurulmasında söz konusu olan üçüncü ihtimal, muhalün lehin giyabında muhil ve muhalün aleyh arasında yapılan havaledir⁵⁵⁵. Mecelle madde 683'te ifade edildiğine göre, yalnızca muhil ile muhalün aleyh arasında yapılan havale

⁵⁵¹ Bâbertî, C. VII, s. 239-240; Bilmen, C. VI, s. 289, 292.

⁵⁵² Ebu'l-Alâ, s. 21; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509.

⁵⁵³ Desûki, C. III, s. 325; Bilmen, s. 292; Cheron / Fahmy, s. 424; Saleem, s. 139.

⁵⁵⁴ Bâbertî, C. VII, s. 239-240; Ali Haydar, C. II, s. 279; Bilmen, C. VI, s. 294; Cheron / Fahmy, s. 425.

⁵⁵⁵ Ali Haydar, C. II, s. 277.

akdi, muhalün lehin haber aldığıında havaleyi kabul etmesi şartına bağı olarak kurulmuş olur. Esasında Hanefi mezhebinin baskın görüşüne göre, muhalün lehin akit meclisinde hazır bulunması ve kendisine yöneltilen havale icabını kabul etmesi, havalenin kurucu şartlarındandır. *Ebu Hanife* ve *İmam Muhammed* bu görüştedir. *Ebu Yusuf*'un görüşüne göre ise, muhalün lehin gıyabında yapılan havale, onun kabulüne bağı olmak şartıyla kurulmuş olur. Çünkü ona göre muhalün lehin rızası, havalenin sıhhatinin değil, nefâzının şartıdır⁵⁵⁶. Yukarıda bahsedildiğı üzere bu konuda Mecelle de *Ebu Yusuf*'un görüşünü benimsemiştir. Kitabü'l-Havale'nin esbab-ı mucibesinde, zamanımızda havale işlemlerinin çok sık yapılmasından dolayı, *Ebu Yusuf*'un görüşünün asra daha uygun olduğı gerekçesiyle imameynin görüşünün yerine tercih edildiğı ifade edilmiştir⁵⁵⁷. İlerleyen bölümlerde ele alınacağı üzere, Mecelle'nin söz konusu maddede Hanefi mezhebinin baskın görüşünden ayrılarak zayıf görüşü tercih etmesi, kendisine yöneltilen eleştirilerin dayanaklarından biri olmuştur. Çıkan tartışmalar, Ahmed Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyeti'nden azline kadar gitmiştir⁵⁵⁸. Bu konuya ileride akit meclisi meselesinde tekrar değinilecektir⁵⁵⁹. Bu başlık kapsamında ise esas olarak muhalün lehin rızasının havale bakımından gerekip gerekmediğı değerlendirilecektir.

Havalenin geçerli olarak kurulabilmesi için muhalün lehin rızasının şart olup olmadığı konusunda İslam hukuku doktrininde iki görüş mevcuttur. İlk görüşe göre, muhalün lehin havaleyi kabul etmesi vacip değildir ve bu nedenle de havalede rızasının olması gerekir. Hanefi, Şafii, Maliki, İmamiyye, Zeydiyye ve İbaziyye mezhepleri bu görüştedir⁵⁶⁰. Çünkü ivazlı işlemlerde olduğı gibi, aylara ilişkin hakların nakledilmesi nasıl karşılıklı rıza ile oluyorsa, deynlere ilişkin hakların havale ile zimmetler arasında nakledilmesi de yine karşılıklı rıza ile olmalıdır. Ayrıca insanlar

⁵⁵⁶ Bardakoğlu, "Havâle", s. 509. Son dönem İslam hukukçularından *Ömer Nasuhi Bilmen*, bu konuda baskın olan görüşün doğru olduğunu belirtmektedir. Bkz: Bilmen, C. VI, s. 289.

⁵⁵⁷ Kitabü'l-Havale Cemiyet Mazbatası için Bkz: Kaşıkçı, s. 110. *Kaşıkçı*'nın söz konusu mazbatayı latinizasyonunda hataen 682. maddeden bahsedilse de metnin Osmanlıca orijinalinden anlaşıldığı ve madde metninden çıkarılabileceğı üzere *Ebu Yusuf*'un görüşünün tercih edildiğı madde Mecelle'nin 683. maddesidir. Orijinal metin için Bkz: Kaşıkçı, s. 112.

⁵⁵⁸ Geniş bilgi için ileride Bkz: §5-I-B.

⁵⁵⁹ Bkz: §2-II-B ve §2-IV-C.

⁵⁶⁰ Ebu'l-Alâ, s. 18; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509; Saleem, s. 139.

zimmeleri ve borçlarını ödemedeki tutumları bakımından farklılık göstermektedir. Alacak hakkının muhatabının değişmesi, muhalün lehin lehine olabileceği gibi aleyhinde de olabilir. Bu nedenle havalede muhalün lehin de rızasının bulunması şarttır⁵⁶¹. Bununla birlikte Şafiilere göre havalenin geçerli olabilmesi için muhalün lehin rızası şarttır. Çünkü o muhilin zimmetindeki alacak hakkının sahibidir. Zimmeler ve borç ahlaki kişiden kişiye değiştiği için alacaklının rızası olmaksızın alacağı başkasına havale edilemez⁵⁶².

Hanbeli mezhebinin çoğunluğunun ve Zahirilerin kabul ettiği ikinci görüşe göre ise, havalede muhalün lehin rızası aranmaz⁵⁶³. Çünkü onlara göre Hz. Peygamber'in hadisi muhalün leh bakımından bir emir niteliği taşımaktadır. Bu nedenle muhilin kendisinden daha zengin ve ödeme gücüne sahip birisine yaptığı havaleyi muhalün lehin kabul etmesi onun üzerine vaciptir⁵⁶⁴. Dolayısıyla da havalenin geçerli olabilmesi için onun rızası aranmaz⁵⁶⁵. Yani bu görüşe göre havale akdi, sadece muhil ve muhalün aleyhin karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile kurulabilir. Muhalün aleyhin ödeme gücü olmaması durumu istisna olmak üzere, muhalün leh havale ile birlikte alacağını muhalün aleyhten tahsil etmek zorundadır. Çünkü bu görüşe göre, zarara uğramayacağı bir anlaşmaya muhalefet etmesi muhalün lehin hakkını kötüye kullanması sayılır. Bu nedenle de muhalün leh, gerektiğinde hakim tarafından havaleye uygun hareket etmeye zorlanabilir⁵⁶⁶.

Bu görüşün ikinci gerekçesine göre ise muhalün leh, muhilin borcunu kendisi ifa etmesi durumunda ifayı kabul etmek zorundadır. Bunun gibi muhilin yerine birini görevlendirmesi ve muhalün aleyhin onun yerine geçmesi durumunda da yapılacak

⁵⁶¹ Ebu'l-Alâ, s. 18-19; Saleem, s. 139.

⁵⁶² Bilmen, C. VI, s. 293.

⁵⁶³ Bilmen, C. VI, s. 294.

⁵⁶⁴ *Ahmed bin Hanbel ve Davud ez-Zahiri*'nin bu görüşte olduğunu nakledilmektedir. Bkz: Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, s. 565; Şahin, *Havale*, s. 9.

⁵⁶⁵ Ebu'l-Alâ, s. 19; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509; Bilmen, C. VI, s. 294.

⁵⁶⁶ Hanbeli mezhebinde, istisnai durumlar hariç, havalenin kurulması için muhalün aleyh ve muhalün lehin rızalarının aranmaması, havaleyi akdi bir temelden uzaklaştırıp ona tek taraflı irade beyanı ile kurulan bir hukuki işlem niteliği kazandırmaktadır. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 425.

ifayı kabul etmek zorundadır⁵⁶⁷. Burada muhalün aleyh bir ifa yardımcısına veya vekiline benzetilmiştir. Dolayısıyla Hanbelilere göre, muhil havaleye yönelik tek taraflı irade beyanı ile birlikte borcundan kurtulmuş olur. Çünkü onlara göre havalede muhalün aleyhin de muhilin borçlusu olması gerektiği için, muhalün aleyhin de havaleyi kabulü aranmaz. Muhilin havale ile borcundan kurtulması ile birlikte, muhalün lehine alacak hakkı tehlikeye düşse de söz konusu borç ile muhile rücu etmesi mümkün değildir⁵⁶⁸.

Baskın olan görüşe göre ise, havale ile ilgili söz konusu hadis bir emir niteliği taşımaz⁵⁶⁹. Söz konusu hadis havale akdinin hukuken caiz olduğuna bir karinedir ve alacaklının havaleyi kabul etmesi için ancak bir tavsiye niteliği taşımaktadır⁵⁷⁰. Muhalün lehine havaleyi kabul edip etmemek konusunda serbesttir. Bu nedenle baskın görüşe göre havale akdinin kurulabilmesi için muhil ve muhalün aleyhin rızalarının yanında muhalün lehine rızası da şarttır⁵⁷¹. Çünkü zimmetler ve kişilerin borç ahlakları farklı farklıdır. Havale ile nakledilen borcun tehlikeye düşmesi, alacaklının aleyhine sonuçlar doğurabilir⁵⁷². Nitekim kimse hukuken meşru bir hakkını veya menfaatini tehlikeye atmaya zorlanamaz. Muhil ve muhalün aleyhin rızaları varken, muhalün lehine havaleye rıza göstermezse borç muhalün aleyhin zimmetine nakledilmiş olmaz. Dolayısıyla da borç muhilin zimmetini işgal etmeye devam eder ve muhilin söz konusu borçtan beraatı gerçekleşmez⁵⁷³.

Ebu'l-Alâ, bu konuda ilk görüşe katılmakta ve havalede muhalün lehine rızasının şart olduğunu savunmaktadır. Çünkü havale de bir akitir ve diğer akitlerde

⁵⁶⁷ Ebu'l-Alâ, s. 20.

⁵⁶⁸ Bilmen, C. VI, s. 294.

⁵⁶⁹ Hanefi, Şafii ve Maliki mezheplerinde baskın görüşler bu yöndedir. Ali Haydar, Mecelle şerhinde muhalün lehine rızasının şart olduğu konusunda görüş birliği olduğunu beyan etmektedir. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 279.

⁵⁷⁰ Bu görüşün gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Ebu'l-Alâ, s. 20.

⁵⁷¹ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 564.

⁵⁷² Merğînânî, C. III, s. 99; Kâsânî, C. VI, s. 15; Saleem, s. 139.

⁵⁷³ Cessâs, C. III, s. 221-222.

olduğu gibi akdin taraflarının yani muhil ve muhalün lehin rızasının bulunması gerekir⁵⁷⁴.

4) Muhalün Aleyh ve Muhalün Leh Arasında

Havalede kabul edilen dördüncü ihtimal ise, muhilin yararına olmakla birlikte onun haberi veya rızası olmadan, muhalün aleyh ile muhalün leh arasında havalenin akdedilmesidir⁵⁷⁵. Mecelle madde 681’de düzenlenen bu ihtimalde havalenin geçerli olarak kurulabilmesi için muhilin rızası şartı aranmamıştır. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında bu şekilde kurulan bir havalede muhalün aleyhin pişmanlığının akdin geçerliliğini etkilemediği ifade edilmiş, böylelikle havalenin lazım yani tarafları bağlayıcı bir şekilde kurulduğuna işaret edilmiştir. Bu havalede muhil, akdin tarafı olmadığı için havale yerine *ihtiyâl* ifadesi kullanılması daha doğrudur⁵⁷⁶.

Bu ihtimal düşünüldüğünde Mecelle bakımından havale akdinin geçerli olarak kurulabilmesi için muhilin rızasının şart olmadığı anlaşılmaktadır⁵⁷⁷. Bu durumun üç köşeli bir havale ilişkisinden çok, niteliğine göre üçüncü kişi yararına sözleşmeye veya borcun dış üstlenilmesine benzediği söylenebilir⁵⁷⁸. Nitekim *Yahya*’ya göre de muhilin rızası olmadan veya rızası hilafına, muhalün aleyh ve muhalün leh arasında kurulan havale akdi, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşımaktadır⁵⁷⁹. Bu ihtimalde havalenin tarafları ise, icap ve kabulün kimden geldiği fark etmeksizin muhalün aleyh ve muhalün lehtir. Doktrinde havalenin yalnız muhalün aleyh ile muhalün leh arasında akdedilebileceği genellikle kabul edilmiştir⁵⁸⁰.

⁵⁷⁴ Ebu’l-Alâ, s. 21.

⁵⁷⁵ Ali Haydar, C. II, s. 277.

⁵⁷⁶ Bilmen, C. VI, s. 288. Ha-vav-lam kökünün *iftaale* kalıbındaki *ihâle* fiilinin master hali olan *ihtiyâl* kelimesi, sözlükte havaleyi veya havale borcunu üzerine almak anlamını taşımaktadır. Havale etmek manasındaki *ihâle* etken, havaleyi üstlenmek manasındaki *ihtiyâl* ise edilgen vasfı taşır. Bkz: Müncezü’t-Tullâb, s. 148.

⁵⁷⁷ Bilmen, C. VI, s. 288.

⁵⁷⁸ Üçüncü kişi yararına sözleşme ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz: Oğuzman / Öz, C. II, s. 441 vd.

⁵⁷⁹ Yahya, s. 22-23.

⁵⁸⁰ Bilmen, C. VI, s. 288-289; El-Hafif, s. 569.

Havale ile muhilin zarara uğraması söz konusu olamaz. Çünkü havale muhilin menfaatine bir sonuç doğurur ve onu borcundan kurtarır. Bu nedenle havale akdinin geçerli olarak kurulması için muhilin rızası şart değildir⁵⁸¹. Muhilin talimatı olmaksızın muhalün aleyhin borcu üzerine alması durumunda da havale geçerlidir. Fakat böyle bir durumda muhalün aleyh borcu eda ederse, ödediği miktarı muhilden talep edemez⁵⁸². Muhilin rızası olmaksızın hareket ettiği için muhile rücu hakkını kaybeder. Nitekim alacaklının borçluyu ibra etmesi durumunda ibranın geçerli olması için borçlunun kabulü de şart değildir⁵⁸³. Bununla birlikte Mecelle'nin 1568. maddesinde ifade edildiği üzere ibranın geçerli olması için borçlunun kabulü şart olmasa da borçlunun ibra yapıldığı anda onu reddetmemesi gerekir. Çünkü temlik olarak da değerlendirilebilecek ibra, reddedilmekle ile merdut olur.

Havalede muhilin rızasının şart olup olmadığı konusunda klasik doktrinde iki görüş mevcuttur. İslam hukukçularının Hanefi mezhebi dışındaki çoğunluğunun kabul ettiği görüşe göre havalenin geçerli olarak kurulabilmesi için muhilin rızası şarttır. Şafii, Maliki, Hanbeli, İmamiyye ve İbaziyye mezhepleri ile Hanefi mezhebinden bazı hukukçular bu görüştedir⁵⁸⁴.

Bu görüş sahiplerinin iki gerekçesi vardır: İlk olarak, havale ile muhilin zimmetindeki bir borç nakledilmektedir. Dolayısıyla zimmetindeki bir borcun nakledilebilmesi için zimmet sahibi olarak onun tasarrufu söz konusu olmalıdır. Borcun nakledilmesini istemezse muhil bu nakle zorlanmamalıdır. Örneğin Şafii mezhebine göre muhilin zimmetindeki hak (muhalün aleyhten olan alacak hakkı) bir borca bağlanmamış, tasarrufu mümkün bir haktır. Dolayısıyla muhil, muhalün lehe olan borcunu muhalün aleyhteki alacak hakkı vasıtasıyla ödemek zorunda değildir⁵⁸⁵. İkinci gerekçeye göre ise, muamelelerin geçerli olabilmesi için muamele taraflarının

⁵⁸¹ *İmam Muhammed'in Ziyâdât* adlı eserinden naklen Merğînânî, C. III, s. 99. Ayrıca Bkz: Neseî, s. 458; Ali Haydar, C. II, s. 283.

⁵⁸² Merğînânî, C. III, s. 99.

⁵⁸³ Cessâs, C. III, s. 226.

⁵⁸⁴ Ebu'l-Alâ, s. 16; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509; Bilmen, C. VI, s. 294.

⁵⁸⁵ Bilmen, C. VI, s. 293.

rızası gerekir. Havale de hukuki bir muamele olduğu için havalenin tarafları olan muhil ve muhalün lehine her birinin rızası gereklidir⁵⁸⁶. Burada görüldüğü üzere muhalün aleyh havalenin tarafı olarak sayılmamıştır. Bundan da anlaşıldığı üzere bu görüş sahipleri, havale ile sadece mukayyet havaleyi kasteden ve mukayyet havalede muhalün aleyhin rızasını aramayan görüş sahipleri ile aynıdır. Nitekim söz konusu görüşler arasında tutarlılık mevcuttur. Yine Hanbeli mezhebine göre, hak muhilin zimmetinde olduğu için bunu muhalün aleyhteki alacağından ödemek zorunda değildir⁵⁸⁷. Dolayısıyla muhilin burada ifa yöntemini tercih hakkı ve dolayısıyla havaleye rızası olması gerekir.

Muhilin rızası konusunda Hanefi mezhebinde çoğunlukla kabul edilen ikinci görüşe göre, havalede muhilin rızası şart değildir⁵⁸⁸. Çünkü havalede borcu üstelen ve zimmeti üzerinde bir tasarrufta bulunan kişi muhalün aleyhtir. Muhalün aleyhin bir borç üstlenmesi için de kendi rızasının bulunması yeterlidir. Bu durumda muhilin havale ile bir zarara uğraması da söz konusu değildir. Aksine havale muhilin yararına sonuç doğurur. Çünkü muhilin emri ile gerçekleşmeyen bir havalede muhalün aleyhin ifadan sonra kendisine rücu hakkı bulunmaz⁵⁸⁹. Nitekim havalede muhilin rızası yoksa da bu durum onun lehine sonuçlanmaktadır. Mecelle de 681. maddesinde bu görüşü benimsemiş ve muhilin rızasını havalenin sıhhati için gerekli görmemiştir.

Hanefi mezhebinde baskın görüş bu olmakla birlikte, izzet sahibi insanların borçlarının başkası tarafından ödenmesini kabule zorlanmalarını gerektirdiği düşüncesiyle, havalenin kurulması için muhilin rızasını şart koşan ve ilk gruba katılan görüşler de mevcuttur. Bu görüşlere göre her ne kadar havale muhilin menfaatine olsa da izzetini kırabileceği için, muhil havaleyi kabule zorlanamaz. Bu nedenle de havale akdinin kurulabilmesi için muhilin de rızası şarttır denilmiştir⁵⁹⁰. Ancak bu görüş

⁵⁸⁶ Ebu'l-Alâ, s. 16-17.

⁵⁸⁷ Bilmen, C. VI, s. 294.

⁵⁸⁸ Bu görüş *İmam Muhammed*'in *Ziyâdât* adlı eserinde rivayet edilen ve Hanefi mezhebinde sahih kabul edilen görüştür. Bkz: El-Hafif, s. 569; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509.

⁵⁸⁹ Ebu'l-Alâ, s. 17.

⁵⁹⁰ Bu ihtilaf *Kuduri*'den rivayet edilmiştir. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 282-283; Cheron / Fahmy 422-423; Bilmen, C. VI, s. 288.

doktrinde, havalenin geçerli olabilmesi için değil de ifadan sonra muhalün aleyhin muhile rücu edebilmesi için muhilin rızasının aranması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır⁵⁹¹.

Ebu'l-Alâ, bu meselede ilk görüş sahiplerine katılmakta ve havalede muhilin rızasının şart olduğunu savunmaktadır. Ona göre havale de diğer bütün akitler gibi bir akit olmakla taraflarının rızası bulunmadan geçerlilik kazanamaz⁵⁹².

Belirtmek gerekir ki, havalenin muhilin emri (talimatı) ile yapılmadığı bu ihtimalde, muhilin havaleye rıza göstermediğini belirtmesi durumunda muhalün aleyh ifa ettiği havale borcunu muhile rücu edemez ya da ona olan bir borcundan mahsup edemez. Buna dayanarak muhilin rızasının, sadece muhalün aleyhin rücu veya mahsup talebinde bulunması durumunda şart olduğu söylenebilir. Bunun dışında onun rızası olmaksızın yapılan havale de geçerlidir. Mecelle'nin muasırı olan *Mürşidü'l-Hayrân*'da durum bu şekilde çözümlenmiştir⁵⁹³.

Özetlemek gerekirse, Hanefi mezhebinde baskın olan görüşe göre mutlak havalede muhilin rızası aranmazken, mukayyet havalenin geçerli olabilmesi için muhilin rızası şarttır⁵⁹⁴. Bunun istisnası ise ticari senetlerin ciro ve temlik halidir. Nitekim havale ilişkisine dayanan halde, senedin tedavülü için imzalayanın izni aranmaz. Çünkü ticari senedi düzenleyen borçlu, senedin niteliği gereği tedavül kabiliyeti olduğunu bilmektedir⁵⁹⁵. Şafililer, Malikiler ve Hanbelilerde ise havale için muhilin rızası gereklidir⁵⁹⁶. Nitekim onlar için havale ile kastedilen sadece mukayyet havaledir. Kendi alacağından mahsup edilecek bir ödeme için de muhilin rızasının aranması tabiidir.

⁵⁹¹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 509.

⁵⁹² Ebu'l-Alâ, s. 17.

⁵⁹³ Madde 778; Cheron / Fahmy, s. 422-423.

⁵⁹⁴ Ali Haydar, C. II, s. 280, Kurtoğlu, C. II, s. 281.

⁵⁹⁵ Kurtoğlu, C. II, s. 282.

⁵⁹⁶ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 564-565.

Anlatılan bu dördüncü ihtimal ayrı tutulacak olursa doktrinde genel olarak havale akdinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için muhilin, muhalün aleyhin ve muhalün lehin rızaları aranmaktadır⁵⁹⁷. Söz konusu bu ihtimali dikkate alarak meseleyi inceleyecek olursak, kaynaklarda belirtilmek istenen şeyin genellikle havalenin bu üç tarafın beyanları ya da rızaları sonucu kurulması olduğu söylenebilir. Aksi halde muhilin rızası olmazsa havalenin geçersiz olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, bu durum yukarıda bahsettiğimiz baskın görüşe göre geçerli kabul edilen dördüncü ihtimal ile çelişir. Fakat muhilin rızasının şart olmaması, havalenin üç tarafın rızasıyla kurulduğu birinci ihtimalde veya muhilin icapta bulunduğu ikinci ve üçüncü ihtimallerde, muhili havale akdinin bir tarafı olmaktan alıkoymaz. Çünkü söz konusu ihtimallerde havale icabı muhil tarafından yapılmakta, kabul beyanı ise birinin sonuç doğurması diğerine bağlı olacak şekilde muhalün aleyh ve muhalün leh tarafından yapılmaktadır. Bu durum da muhilin havale akdinin doğal bir tarafı olduğunu göstermektedir.

C. Akdin Konusu

Yukarıda bahsedildiği üzere havale ile bir zimmetten diğerine nakledilen borca yani havale akdinin konusuna literatürde muhalün bih denir⁵⁹⁸. Mecelle madde 677'ye göre muhalün bih, havale olunan maldır. Ancak havalenin tanımının yapıldığı 673. maddeye göre ise havale olunan maldan kastın borç olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim 687 ve 688. maddelerde havaleye konu olabilecek borcun vasıfları kefalet akdine kıyasen tespit edilmiştir. Dolayısıyla geçerli olarak doğmuş ve ifasında borçlunun kişiliğinin alacaklı bakımından önemi olmayan her borç havaleye konu olabilir⁵⁹⁹. Bununla birlikte kaynaklarda bazı durumlarda muhalün bih ifadesi ile mukayyet

⁵⁹⁷ Kudûrî, el-Muhtasar, s. 120; Merğînânî, C. III, s. 99.

⁵⁹⁸ Ali Haydar, C. II, s. 271.

⁵⁹⁹ Kurtoğlu, C. II, s. 279.

havalede havalenin kayıtlandırıldığı muhalün aleyhin muhile olan borcunun kastedildiği görülmektedir⁶⁰⁰.

Havalenin varlığı için diğer unsurlar kadar muhalün bihin varlığı da gereklidir. Ancak Hanefi mezhebinin genel yaklaşımına göre akdin unsurlarını oluşturan icap ve kabul, tarafları ve akdin konusunu doğal olarak içerdiği için mezhep doktrininde ayrıca ele alınmamıştır⁶⁰¹.

Şafii mezhebinde tercih edilen görüşe göre muhil ve muhalün aleyhin zimmetlerinde deynin bulunması şarttır. Borcu olmayanın havale etmesi ve havale kabul etmesi sahih değildir. Söz konusu tarafların zimmetlerinde borç bulunmaması durumunda havalede karşılıklı ivazlaşma (*i'tiyaz*) söz konusu olamaz. Bununla birlikte söz konusu borçların lazım borç olmaları gerekir. Bu borçları doğuran sebeplerin karz veya satım gibi farklı olması havaleye engel değildir⁶⁰². Tezimiz kapsamında genel olarak Hanefi mezhebi doktrini ve Mecelle'nin sistematığı takip edildiği için bu konuya ileride mukayyet havaleye konu olacak borçların taşınması gereken şartlar meselesinde değinilecektir⁶⁰³.

Son olarak eklemek gerekir ki, *İmam Malik*'e göre havalenin konusu bir deyn olmazsa ve ortada bir borç söz konusu değilse bu işleme havale değil, kefalet denir. Dolayısıyla borcu konu almayan bu işleme kefalet hükümlerinin uygulanması gerekir⁶⁰⁴. Bu durum, Maliki mezhebi bakımından da muhalün bihin havale akdinin temel unsurlarından biri olarak kabul edildiğini gösterir.

⁶⁰⁰ Örneğin, Mecelle madde 692'de geçen muhalün bih ifadesi ile havalenin kayıtlandırıldığı muhalün aleyhin muhile olan borcu kastedilmektedir. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 327.

⁶⁰¹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 509.

⁶⁰² Bilmen, C. VI, s. 293.

⁶⁰³ Bkz: §2-III-B-5.

⁶⁰⁴ Şahin, Havale, s. 24.

II. İNİKAT ŞARTLARI

Yukarıda ele alınan temel unsurlardan anlaşıldığına göre havale akdinin kurulması için gerekli olan inikat şartları; tarafların havale beyanlarının hüküm doğurabilmesi için gerekli olan ehliyet şartları ve bazı görüşlere göre irade beyanlarının hazır bulunan taraflarca ortaya konması yani fıkıh literatürüne göre akit meclisinin mevcudiyetidir. Bir kısım görüşler ise akit meclisini havalenin kurucu şartlarından değil, nefâz şartlarından sayarlar. Bu nedenle akit meclisi şartı, bu görüşler doğrultusunda her iki başlık altında da ayrı ayrı incelenecektir.

A. Ehliyet

Havale akdi için gerekli olan ehliyet şartlarına bakıldığı zaman, bazılarının akdin kurulabilmesi için, bazılarının ise akdin nâfız olabilmesi yani hukuken yürürlük kazanabilmesi için gerekli olduğu görülmektedir. Bu başlık altında bahsedilecek olan ehliyet kriterleri, havale akdinin hukuken kurulabilmesi için gerekli olan en temel ehliyet kriterleridir. Akdin nefâz şartlarından olan ehliyet kriterleri ise ilgili başlıkta incelenecektir.

Havale akdinin geçerli olarak kurulabilmesi için öncelikle tarafların her birinin temyiz gücüne sahip olmaları gerekmektedir⁶⁰⁵. Bu durum fıkıh literatüründe tarafların âkil (akıl sahibi) olmaları olarak belirtilmektedir. Muhilin rızası dışında gerçekleşen havale hali istisna olmak üzere, havalenin tarafları olan muhil, muhalün aleyh ya da muhalün lehten birinin âkil olmaması durumunda havale akdi batıldır, yani medeni hukuka göre kesin hükümsüzdür denilebilir.

Âkil olmak, İslam hukukuna göre herhangi bir hukuki tasarrufta bulunabilmek için gerekli olan eda (fiil) ehliyetinin temel unsurudur⁶⁰⁶. Bu nedenle mecnun (akıl

⁶⁰⁵ Kâsânî, C. VI, s. 16; El-Hafif, s. 570; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 509.

⁶⁰⁶ İslam hukukunda ehliyet, vücut ehliyeti ve eda ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Vücut ehliyeti, kişinin haklara (ilzam) ve borçlara (iltizam) sahip olabilme ehliyetidir. Medeni hukuktaki hak

hastası) veya gayri mümeyyiz sabînin (ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün) muhil, muhalün aleyh veya muhalün leh olduğu fark etmeksizin havale akdine ilişkin beyanları hüküm ifade etmezler⁶⁰⁷. Mecelle'nin 684. maddesinde belirlenen bu şartlar, yine Mecelle'nin kabul ettiği ve Hanefî mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüşlere göre, temyiz kudreti olmayan küçük ve akıl hastasının hukuken kısıtlı olması ile veli veya vasileri izin verse dahi bu kişilerin irade beyanlarının hukuken geçerli olmadığı prensiplerinin bir sonucudur⁶⁰⁸. Nitekim Hanefî mezhebi doktrinine dayanan bu prensipler Osmanlı'da muteber kabul edilerek uygulanan fetva mecmualarında da karşımıza çıkmaktadır:

Zeyd mecnun cünunu halinde daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile Bekir'in üzerine havale eylese havale-i mezbure sahiha olur mu?

El-Cevab: Olmaz (es-Seyyid Mehmed Kâmil Efendi)⁶⁰⁹.

Yine gayri mümeyyiz küçüğün ikrarının hukuken sonuç doğurmayacağı konusunda XIX. yüzyılda verilen Şeyhülislam Meşrebzade Mehmed Arif Efendi'nin fetvası açıktır:

Bu mesele beyânında eimme-i Hanefiyyeden cevab ne vechiledir ki; mümeyyiz olmayan Zeyd-i sağîrin ikrarı mu 'teber olur mu, beyân buyurula.

El-cevâb: Allahu Teâlâ a'lem, olmaz. Ketebehû Mehmed Arif el-fakîr Ufiye anh⁶¹⁰.

ehliyeti kavramını karşılamaktadır. Eda ehliyeti ise, kişinin kendisi için haklar veya borçlar doğurabilen hukuki tasarruflarda bulunabilmesi için sahip olması gereken ehliyettir. Medeni hukuktaki fiil ehliyetini karşılar. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", DİA, C. X, İstanbul 1994, ("Ehliyet"), s. 534, 536.

⁶⁰⁷ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁶⁰⁸ Mecelle 957, 966 ve 979. madde metinleri ve bu konudaki açıklamalar için Bkz: Ek. 1; Ali Haydar, C. II, s. 289.

⁶⁰⁹ Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 218.

⁶¹⁰ Şeyhülislam Meşrebzade Mehmed Arif Efendi, (M. 21.3.1854- 27.12.1858). Bu fetvadan anlaşıldığı üzere "Temyiz gücü (seçme yetisi) bulunmayan küçük çocuğun ikrarı geçerli olmaz". Bkz: Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 212.

Havale akdinin inikadı yani geçerli olarak kurulabilmesi için, muhil ve muhalün leh bakımından aranan asgari ehliyet şartı temyiz gücüne sahip değildir. Muhalün lehin kabul beyanı havalenin kurucu unsurlarından olduğu için, havalenin kurulabilmesi için de bu beyanın âkil biri tarafından ortaya konulması gerekir⁶¹¹. Bu nedenle temyiz gücünü haiz olmayan bir küçüğün veya akıl hastasının borç havale etmesi veya havale kabul etmesi geçerli değildir. Bunun istisnası olarak muhalün aleyh ve muhalün leh arasında gerçekleştirilen havale akdi kabul edilebilir⁶¹². Bu ihtimalde muhilin rızasının havalenin geçerliliği için aranmaması nedeniyle, muhil bakımından temyiz şartının aranmasına da gerek yoktur.

Muhalün aleyhte ise durum farklıdır. Muhalün aleyhin havale akdinin tarafı olabilmesi için teberru yani bağış yapabilme ehliyetine sahip olması gerekir. Nitekim başka birisinin borcunu yüklenmek teberru hükmündedir⁶¹³. Bir kişinin teberru yapabilmesi için ise tam eda ehliyetine sahip olması gerekir. Hanefi mezhebi doktrininde kabul edildiği üzere havalenin inikadı için muhalün aleyhin tam eda ehliyetine sahip olması, yani hem temyiz gücüne sahip (âkil), hem de buluğa ermiş yani bâliğ olması gerekir⁶¹⁴. Buluğ şartı, İslam hukukunda aranan eda (fiil) ehliyetinin temel şartlarından birisidir. Mezhep görüşlerine göre asgari ve azami yaş sınırları değişkenlik gösterse de hukuken aranan şey, kişinin kendi biyolojik olgunluğudur. Yani günümüz rüşt yaşı gibi buluğ için standart bir yaş belirlenmemiştir. Fakat Osmanlı'da çoğu dönem uygulanan ve Mecelle'nin de tercih ettiği Hanefi mezhebinin baskın görüşüne göre, kızlarda 9 ve erkeklerde 12 yaşını doldurmamış olanlar buluğ iddiasında bulunamayacakları gibi⁶¹⁵, kızlarda ve erkeklerde 15 yaşını doldurmuş olanlar da buluğa ermedikleri iddiasında bulunamazlar⁶¹⁶. Maliki mezhebine göre ise

⁶¹¹ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁶¹² Bilmen, C. VI, s. 289.

⁶¹³ El-Hafif, s. 570. *Bilmen*, havale akdinin muhalün aleyh açısından hem başlangıçta hem de neticede teberru hükmünde olduğunu, bu nedenle de teberru ehliyetini gerektirdiğini ifade etmektedir. Bkz: Bilmen, C. VI, s. 289-290.

⁶¹⁴ Mecelle madde 684; Ali Haydar, C. II, s. 289; Mürşidü'l-Hayrân madde 770; Cheron / Fahmy, s. 425; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509; Bilmen, C. VI, s. 289.

⁶¹⁵ Mecelle Madde 988; Ali Haydar Efendi, Düreru'l-Hükkâm min Şerhi-Mecelleti'l-Ahkâm, C. III, İstanbul 1319 (1903/1904), (C. III), s. 133.

⁶¹⁶ Bu hükmün yer aldığı Mecelle madde 987, *Ebu Yusuf ve İmam Muhammed*'in görüşüne göre düzenlenmiştir. Bkz: Ali Haydar, C. III, s. 133. *Ebu Hanife*'ye göre ergenlik yani buluğ

buluğda üst sınır kızlarda ve erkeklerde 18 yaştır⁶¹⁷. Bu yaş sınırları arasında kalan kişilerin ise ferdi olarak buluğa erip ermediklerinin tespit edilip, ehliyetlerinin belirlenmesi gerekir⁶¹⁸.

Muhalün aleyh âkil ve bâliğ değil ise, havale akdi batıldır ve hukuken hüküm ifade etmez⁶¹⁹. Muhil ve muhalün lehten farklı olarak muhalün aleyh için buluğ şartının aranması, havale ile borç altına giren ve durumu ağırlaşan kişinin esasında muhalün aleyh olması sebebiyledir. Temyiz gücüne sahip mümeyyiz küçük, kendi zimmetindeki bir borcu başkasına havale etmekle zarara uğramamaktadır. Yahut yine mümeyyiz küçüğün alacaklı olduğu bir havalede, eski borçludan daha zengin birine havale edilmekle aleyhine bir zarar doğmamakta, borcun vasıfları ve niteliği değil sadece borçlu değişmektedir. Ayrıca muhalün lehin yeni borçludan alacağını tatmin edemediği belirli durumlarda eski borçluya tekrar başvurabilmesi mümkündür. Bu nedenle muhil veya muhalün leh olmak, mümeyyiz küçüğün aleyhine bir sonuç doğurmayacağı için, bunlar için buluğ şartı aranmamıştır⁶²⁰. Fakat muhalün aleyhin mümeyyiz küçük olduğu bir durumda, malvarlığının pasifinde bir artış meydana gelmekte ve kişinin tam aleyhine bir işlem gerçekleşmektedir. İslam hukukuna göre temyiz gücüne sahip olsa da küçüğün kendisi veya velisinin, küçüğün malvarlığı üzerinde tam aleyhe işlem yapması hukuken geçerli değildir⁶²¹. Bu nedenle mümeyyiz

döneminin başlangıç yaşları diğer görüşle aynı olmakla birlikte, buluğun son sınırı kızlarda 17 ve erkeklerde de 18 yaştır. Nitekim 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 4. maddesinde evlenme ehliyeti için *Ebu Hanife*'nin görüşü tercih edilmiştir. Bkz: Aydın, Osmanlı Aile Hukuku, s. 176-177; Bardakoğlu, "Ehliyet", s. 538.

⁶¹⁷ Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 210.

⁶¹⁸ Mecelle'nin 985. maddesi ve *Ali Haydar Efendi*'nin ilgili maddeyi şerhinde, buluğun tespiti için hukuken aranan biyolojik olgular sayılmıştır. Bkz: Ali Haydar, C. III, s. 131-132.

⁶¹⁹ Cheron / Fahmy, s. 425. Eserde ehliyet için aranan şartlar temyiz gücü ve rüşt olarak sayılmıştır. Ancak burada bahsedilen esasında buluğ kavramıdır. Rüşt, İslam hukukuna göre akli olgunluğu ifade eder ve belirli bir yaş sınırı yoktur. Buluğ ise yukarıda bahsedildiği üzere ehliyet için aranan biyolojik olgunluktur. Genellikle buluğ ile birlikte rüştün de gerçekleştiği kabul edilse de bazı mali işlemler bakımından kişinin rüştü ayrıca aranabilir. Örneğin; Tanzimat'tan sonra kabul edilen Emvâl-ı Eytam Nizamnamesi'nde yetimlerin kendilerine mallarının teslim edilebilmesi için gerekli olan rüşt yaşı 20 yaş olarak belirlenmiştir. Bkz: Bardakoğlu, "Ehliyet", s. 537-538. Bu nedenle havalede ehliyet şartlarını sayarken buluğ kavramını kullanmak hukuken daha sağlıklıdır.

⁶²⁰ Cheron / Fahmy, s. 426.

⁶²¹ Hanefi mezhebinde kabul edilen genel prensibe göre mümeyyiz küçüğün hukuki işlemleri üç grupta incelenmektedir. Mümeyyiz küçüğün kendisi veya velisi, onun tam aleyhine hüküm doğuran işlemleri yapamazken, tam lehine sonuç doğuran hukuki işlemleri mümeyyiz küçük

küçüğün üzerine havale kabul etmesi yani muhalün aleyh olması, veli veya vasisinin rızasıyla dahi olsa geçersizdir. Dolayısıyla muhalün aleyhin âkil ve bâliğ olması havale akdinin kurucu şartlarından birisidir⁶²².

Mümeyyiz küçüğün veli veya vasisi tarafından ticari işlem yapmak üzere me'zun kılınması durumunda dahi muhalün aleyh sıfatıyla bir havaleyi üstlenmesi geçersizdir⁶²³. Temyiz gücü olmakla birlikte henüz buluğa ermemiş kişinin bazı işlemleri yapmak üzere hukuken ehliyetli kılınması anlamına gelen me'zuniyet, havale işlemi muhalün aleyh için geçerli değildir. Çünkü Hanefî mezhebine göre mümeyyiz küçüğün tam aleyhine sonuç doğuran işlemleri bakımından izin geçerli olamaz. İzin ancak ticari alış-veriş gibi kişinin hem lehine hem aleyhine sonuç doğurabilen bazı işlemler için söz konusu olabilir⁶²⁴.

Malvarlığı üzerindeki tasarruflar bakımından ehliyeti kısıtlanmış kişiler için de durum aynıdır. Mahcur⁶²⁵ denilen bu kişilerin malvarlığının tam aleyhine bir işlem olan havaleyi kabul ederek borç altına girmeleri vasilerinin izni ile de olsa geçersizdir. Bu meselede havalenin muhilin emri ile olup olmaması fark etmez⁶²⁶. Her iki durumda da muhalün aleyhin borç altına girmesi nedeniyle tam bir eda ehliyetine sahip olması gerekir.

kendi başına dahi yapabilmektedir. Hem lehine ve hem aleyhine sonuç doğurabilecek hukuki işlemler ise mümeyyiz küçüğün veli veya vasisinin onayına bağlı olarak geçerlilik kazanabilir. Bu temel ayrım, Mecelle'nin 967. maddesinde de aynı şekilde düzenlenmiştir. Mümeyyiz küçük bir muhalün aleyhin üzerine havale kabul etmesi, onun tam aleyhine sonuç doğuran bir işlem olduğu için, velisinin icazetiyle dahi geçerlilik kazanamaz. Dolayısıyla bir havalenin geçerli olarak kurulabilmesi için muhalün aleyhin hem âkil hem de bâliğ olması şarttır. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 289.

⁶²² Kâsânî, C. VI, s. 16; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509; Bilmen, C. VI, s. 289-290.

⁶²³ Kâsânî, C. VI, s. 16; Mecelle madde 684/2; Mürşidü'l-Hayrân madde 770; Cheron / Fahmy, s. 425, Bilmen, C. VI, s. 289.

⁶²⁴ Apaydın, H. Yunus, "İzin", DİA, C. XXIII, İstanbul 2001, ("İzin"), s. 510-511.

⁶²⁵ Mecelle madde 941, ehliyet kısıtlaması anlamına gelen hacri, "*Hacir; bir şahs-ı mahsûsu tasarruf-u kavlisinden men'dir ki, ba'de'l-hacir ol şahsa mahcur denilir*" şeklinde tanımlamıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Apaydın, H. Yunus, "Hacir", DİA, XIV, İstanbul 1996, ("Hacir"), s. 513.

⁶²⁶ Kâsânî, C. VI, s. 16.

Muhilin emri olmadan havalenin kabul edilmesi durumunda, işlemin teberru niteliği ve rücu hakkı olmaması nedeniyle havalenin tam aleyhe işlem olduğu ve muhalün aleyhin bu nedenle ehliyetinin tam olması gerektiği açıktır. Ancak muhilin emri ile yapılan havalede de muhalün aleyhin borcu eda ettikten sonra muhile rücu hakkı olsa da havale işlemi başlangıçta, yani rücu gerçekleşene kadar teberru hükmündedir⁶²⁷. Mümeyyiz küçüğün ise teberru niteliği taşıyan bir işlemi velisinin rızası ile dahi yapmaya yetkisi yoktur. Dolayısıyla sonradan rücu hakkı doğacak ve malvarlığının aleyhine olan durum ortadan kaldırılacak olsa dahi küçüğün muhalün aleyh olarak havaleyi kabul etmesi geçersizdir.

Bunun gibi, mukayyet bir havalede muhile borçlu bir muhalün aleyhin havaleyi kabul etmesinin hem lehe hem aleyhe hüküm doğurabilen bir işlem olduğu ve mümeyyiz küçüğün durumunu kesin olarak ağırlaştırmadığı da savunulabilir. Mecelle ve *Mürşidü'l-Hayrân*'ın ilgili maddelerinde havalenin muhilin emri ile veya emri olmaksızın yapılması ya da mutlak veya mukayyet havale olması gibi ayrımlara gidilmeksizin, muhalün aleyh için genel olarak temyiz ve buluş şartı getirilmiştir. Küçüğün malvarlığını korumak için söz konusu sınırlamaların konulduğu düşünülerek söz konusu itiraza, havale ile muhalün aleyhin üstlendiği borcun muhile olan borcundan miktar olarak değilse bile, külfet ve vade bakımından farklı olabileceği ve mümeyyiz küçük bir muhalün aleyhin tam aleyhine bir sonuç doğurabileceği cevabı verilebilir. Nitekim muhalün aleyhin âkil ve bâliğ olması gerektiği konusunda İslam hukuku müellifleri de ittifak halindedirler⁶²⁸.

Havale akdinin kurulabilmesi için muhilin temyiz gücüne sahip olması şartı, havale akdinin geçerli olması için muhilin rızasının şart olmadığı prensibi ile çelişir gözükmektedir⁶²⁹. Ancak bu konuda belirtmek gerekir ki, havale akdinin kurulması

⁶²⁷ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁶²⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Cheron / Fahmy, s. 425-426.

⁶²⁹ Bu konuda Hanefî mezhebinde “*Kudurî rivayeti*” ve “*Ziyâdât rivayeti*” olmak üzere iki rivayet olduğunu ve Mecelle'nin 681. maddesinin muhilin rızasını havalenin şartı olarak görmeyen *Ziyâdât* rivayetine göre düzenlendiğini daha önce belirtmiştik. Ayrıca Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 290-292.

konusunda yukarıda bahsettiğimiz ihtimaller dahilinde muhilin de irade beyanında bulunduğu haller mevcuttur. Muhilin emri olmaksızın muhalün aleyh ve muhalün leh arasında kurulan havalede, yani dördüncü ihtimalde, muhile ilişkin bir ehliyet şartı aramak elbette ki anlamsızdır. Bu ihtimalde muhilin rızası şart olmadığı için, muhilin temyiz gücüne sahip olması da gerekmez. Ehliyet bahsinde âkil bir muhil ile kastedilmek istenen birinci, ikinci ve üçüncü ihtimaller üzerine kurulan bir havalede, muhilin havale emrinin ya da havale beyanının hüküm ifade edebilmesi için gerekli olan ehliyet şartıdır. Yani her üç tarafın rızası ile kurulan, muhil ile muhalün lehin arasında kurulan veya muhil ile muhalün aleyhin arasında kurulan bir havalede akdin aktif bir tarafı olması hasebiyle muhilin ehliyeti gereklidir. Nitekim bu üç ihtimalde muhilin temyiz gücüne sahip olmaması durumunda, Mecelle madde 966'nın da ifade ettiği üzere havale akdine ilişkin ortaya konan irade beyanı yani havale icabı hukuken geçerli olmayacaktır⁶³⁰. Sonuç olarak, havalenin muhilin emri ile gerçekleşen ve doktrinde “*ihâle*” olarak adlandırılan ihtimallerde muhilin ihalesinin geçerli olabilmesi için temyiz gücüne sahip olması şart iken, muhilin emri dışında muhalün aleyhin borcu üstlenmesi olarak gerçekleşen ve doktrinde “*ihtiyâl*” olarak adlandırılan ihtimallerde muhilin dahil olmadığı için temyiz gücüne sahip olması da şart değildir⁶³¹.

Unutulmamalıdır ki burada bahsettiğimiz ehliyet şartları, havale akdinin kurulması için taraflarca ortaya konulan irade beyanlarının hüküm ifade edebilmesi için gerekli olan asgari şartlardır. Ancak havale akdinin hukuken tamam olabilmesi ve icra edilebilmesi için bu şartlar yeterli değildir. Muhil ve muhalün lehin temyiz kudretini haiz olmaları, akdin kurulabilmesi için yeterli iken, nefâzı için yeterli değildir. Havale akdinin hukuken işlerlik kazanabilmesi için muhil ve muhalün lehin ayrıca buluğa ermiş olmaları yahut veli veya vasilerinin akde rıza göstermeleri

⁶³⁰ Mecelle madde 966'da “*Sağîr-i gayr-ı mümeyyizin velisi izin verse bile onun tasarrufât-ı kavliyesi asla sahih olmaz*” denmekle ehliyetsiz bir kişinin beyanının hukuken sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir. Madde metni için Bkz: Akgündüz, s. 237.

⁶³¹ *Ali Haydar Efendi*, muhilin âkil olmasının şart olup olmaması konusunda aktarılan bu çözümün sahih bir nakle dayanmadığını ve kendi fikri olduğunu eserinde açıkça ifade etmiştir. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 292. Sonraki teliflerde de aynı şekilde bahsedilen bu çözümün, kaynağını *Ali Haydar Efendi*'nin Mecelle şerhinden aldığı söylenebilir. Bkz: Bilmen, C. VI, s. 289. Nitekim hukuk mantığı ve sahih nakiller doğrultusunda elimizde bulunan genel prensipler de yukarıda gerekçelendirildiği üzere bu çözümü işaret etmektedir.

gerekmektedir⁶³². Mümeyyiz küçük bir muhil veya muhalün lehin havale beyanları, veli veya vasilerinin icazeti gelene kadar mevkuf yani askıda hükümsüzdür. Veli veya vasileri icazet verirse nâfiz olur, vermezse bâtil olur. Havale akdinin nefâzı için aranan bu ehliyet şartları ileride ilgili başlık altında incelenecektir⁶³³.

Hanefî mezhebinin havale akdine ilişkin aradığı ehliyet şartları bunlar iken diğer mezhepler havalede ehliyeti ayrıca düzenlememişlerdir. Dolayısıyla bu mezheplere göre havalede, hukuki işlemlerde ehliyet hakkında kabul edilen genel hükümler geçerli olacaktır⁶³⁴.

Muhilin ehliyeti kısıtlanmış bir mahcurun olması durumunda havale geçerlidir. Bunun sebebi, havale etme beyanının kefalettteki gibi borç üstlenme ile yapılan bir teberru niteliği taşımasıdır. Muhalün aleyh havale borcunu ödedikten sonra muhil olan mahcura rücu edecektir. Ancak mahcur bakımından borcunu muhalün lehe veya muhile ödemesi arasında malvarlığı bakımından bir fark yoktur. Bununla birlikte muhilin ölüm hastası olması durumunda da havale geçerlidir. Çünkü muhilin havale beyanı teberru niteliği taşımamaktadır⁶³⁵.

Havale akdinin taraflarının ehliyetleri değerlendirildikten sonra, taraflar adına tasarruf yetkisine sahip olan veli veya vasi bakımından da havale ehliyetinin değerlendirilmesi gerekir. Veli veya vasinin küçük veya kısıtlı adına bir sözleşme yapması ve borç altına girmesi, tam aleyhe bir işlem olmadığı sürece geçerli ve bağlayıcıdır. Yani taraflar lazım olan bu akitten dönemezler. Bunun gibi veli veya vasinin uhdesinde bulunan kişi adına muhil sıfatıyla bir borcu havale etmesi ya da muhalün leh sıfatıyla bir havaleyi kabul etmesi de geçerli ve lazımdır. Ancak muhalün leh sıfatıyla havale kabul edebilmeleri için muhalün aleyhin muhilden daha zengin olması gerekir. Aksi halde küçük veya kısıtlının malvarlığının aleyhine bir sonuç

⁶³² Mecelle madde 685; Mürşidü'l-Hayrân madde 771.

⁶³³ Bkz: §2-IV-A.

⁶³⁴ Cheron / Fahmy, s. 427.

⁶³⁵ Kâsânî, C. VI, s. 16.

doğması muhtemeldir. Veli veya vasi bu şartları taşıyan bir havale gerçekleştirdikten sonra, küçük buluşa erse ve ehliyetini kazansa buluş muhayyerliğine dayanarak akdi feshedemez⁶³⁶. Çünkü bu havale lazım yani bağlayıcı bir havaledir. Bu konuya lüzum şartları meselesinde tekrar değinilecektir⁶³⁷.

Bununla birlikte *Ebu Hanife* ve *İmam Muhammed*'e göre, veli veya vasinin kendi tasarrufundan doğan bir deynin havalesini kabulü, muhalün aleyh muhilden daha fakir olsa ve hatta iflas etmiş olsa bile geçerlidir. Ancak bu durumda veli veya vasinin uhdesindeki kişinin uğrayacağı zarar bakımından tazminat sorumluluğu doğar. *Ebu Yusuf*'a göre ise böyle bir havalenin veli veya vasi tarafından kabul edilmesi geçerli değildir. Nitekim tarafların veli veya vasinin kendi tasarrufları ile doğan borcu ibra veya tecil etmesi konusundaki görüşleri de aynı şekildedir. Bu işlemler *Ebu Hanife* ve *İmam Muhammed*'e göre geçerli iken, *Ebu Yusuf*'a göre geçerli değildir. *Ali Haydar Efendi*, Mecelle'nin 685. maddede veli veya vasinin icazetinin geçerli olabilmesi için muhalün aleyhin muhilden daha zengin olması şartını kabul etmesinin, bu iki görüşten birini tercih etmek anlamına gelemeyeceğini ifade ederek, esasında bu konu bakımından Mecelle'de bir kanun boşluğu bulunduğu işaret etmiştir⁶³⁸.

Nitekim vasinin, muhalün aleyhin muhilden daha zengin olması şartıyla uhdesindeki kişi adına havale kabul edebileceği Osmanlı'nın muteber fetva mecmualarında da geçmektedir:

Zeyd Amr'a olan şu kadar akçe deynini eda etmeden Amr fevt olup sağır oğlu Bekir'i terk ettikde Zeyd Bekir'in vasisi Beşir'i ol kadar akçe medyunu olup emle' (daha zengin) olan Halid'in üzerine meblağ-i mezbur ile havale edip Beşir ve Halid'den her biri havaleyi kabul ettikten sonra teva mütehakkık değil iken Beşir meblağ-i mezburu Halid'den talep etmeyib Zeyd'den almağa kadir olur mu?

⁶³⁶ Ali Haydar, C. II, s. 296-297.

⁶³⁷ Bkz: §2-V.

⁶³⁸ Ali Haydar, C. II, s. 297.

*El-cevab: Olmaz*⁶³⁹.

Yukarıda verilen örnek esasında tevâ meselesine ilişkin bir fetva olmakla birlikte, vasinin küçük adına söz konusu şartları taşımak kaydıyla havale kabul edebileceğine ve bu havalenin geçerli ve bağlayıcı olduğuna da bir örnek teşkil etmektedir. Havalenin inikadı konusundaki ehliyet meseleleri bunlar olmakla birlikte, havalenin nefâzı konusundaki ehliyet meseleleri ileride ele alınacaktır.

B. Akit Meclisi

İslam hukukunda akit meclisi kavramı ile kastedilenin, medeni hukuk literatürüne göre akdin hazırlar arasında yapılması meselesi olduğu söylenebilir. Havale bakımından Hanefi mezhebinden *Ebu Hanife* ve *İmam Muhammed*'e göre akit meclisinin varlığı, akdin kurucu şartlarından⁶⁴⁰. Muhalün leh akdin yapıldığı sırada hazır bulunmazsa, sonradan rızasının alınması ile akit geçerli hale getirilemez. Muhalün lehin veya temsilcisinin akdin kurulduğu sırada akit meclisinde hazır bulunması gerekir⁶⁴¹. *Ebu Yusuf* ise akit meclisinin, akdin kurucu şartlarından değil de nefaz şartlarından olduğunu ifade etmiştir. Hanefi mezhebinde sahih kabul edilen görüş *Ebu Hanife* ve *İmam Muhammed*'in görüşü, yani akit meclisinin havalenin kurucu şartlarından olduğu görüşüdür. Çünkü muhalün lehin kabul beyanı havale akdinin kurucu unsurlarındandır. Dolayısıyla kabul beyanı akdin kuruluşunda ortaya konmazsa, unsur eksikliğinden dolayı akit kurulmamış olur⁶⁴².

Yine *Ebu Hanife* ve *İmam Muhammed*'e göre muhalün aleyhin akit meclisinde bulunması, akdin kurucu şartlarından birisidir. Nitekim *Kâsânî*, bu konuda yukarıda bahsedilen baskın görüşe katılmakta ve muhalün leh için olduğu gibi muhalün aleyhin kabul beyanının da havale akdinin kurucu unsurlarından olması sebebiyle, satım akdinde olduğu gibi akdin kurulduğu anda ortaya konması gerektiğini ifade

⁶³⁹ Fetava-yı Feyziye, s. 231-232.

⁶⁴⁰ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁶⁴¹ Ali Haydar, C. II, s. 288-289.

⁶⁴² Kâsânî, C. VI, s. 16.

etmektedir⁶⁴³. Bu görüşe göre icap ve kabulün aynı ortamda ortaya konması akdin kurulabilmesi için şarttır. Buna ittihâd-ı meclis yani meclis birliği de denmektedir⁶⁴⁴. Bu görüşün temelde akdin taraflarını muhalün aleyh ve muhalün leh olarak kabul ettikleri düşünülürse, akit yapılırken söz konusu tarafların hazır olması gerekir. Ancak Mecelle, Hanefi mezhebinde baskın görüş olmasa da asrın ihtiyaçlarına daha uygun olduğu düşüncesiyle *Ebu Yusuf*'un görüşünü kabul etmiştir. *Ebu Yusuf*'a göre akit meclisi ya da meclis birliği havalenin kurucu şartlarından değil, nefaz yani yürürlük şartlarından birisidir⁶⁴⁵. Bu görüşe nefaz şartları kısmında tekrar değinilecektir.

XVII. ve XIX yüzyıl uygulamasında rastlanılan bir fetva örneğinden anlaşıldığı üzere, Osmanlı'da söz konusu dönemde havalenin geçerli olarak kurulması için muhalün lehin veya temsilcisinin akit meclisinde hazır bulunması gerekir. Söz konusu fetva metninde bu durum şöyle ifade edilmiştir:

Zeyd Amr'a "Şu kadar arpa ile dainim Bekir'i gaibi senin üzerine havale ettim" dedikde Amr havaleyi kabul edip lakin Bekir için havaleyi kabul eden kimse bulunmasa havale-i mezbure sahiha olur mu?

*El-Cevab: Olmaz (Hayatizade Mehmed Emin Efendi)*⁶⁴⁶.

Görüldüğü üzere icap ve kabulün ortaya konduğu akit meclisinde muhalün lehin veya temsilcisinin hazır bulunması ve kabul beyanını bu mecliste ifade etmesi gerekmektedir.

Mecelle sonrası çağdaş dönem hukukçularından *El-Hafif*, Hanefi mezhebinin baskın görüşüne uygun olarak muhalün lehin akde bizzat veya vekili vasıtasıyla katılmasının akdin kurulabilmesi için gerekli olduğundan bahseder. Hatta yetkisiz temsilcinin (*fuzuli*) muhalün leh adına akde katılması durumunda havale muhalün

⁶⁴³ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁶⁴⁴ El-Hafif, s. 570.

⁶⁴⁵ Ali Haydar, C. II, s. 288-289.

⁶⁴⁶ Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 217.

lehin rızasına mevkuf olarak kurulur. Akdin nâfiz yani işler hale gelebilmesi için kendisine bildirildiğinde muhalün lehin havaleye rıza göstermesi gerekmektedir⁶⁴⁷. Ancak buradaki hükmün mevkuf olması, söz konusu ihtimalde *Ebu Yusuf*'un görüşünün tercih edilmesinden dolayı değil de yetkisiz temsilcinin işlemlerinin hükmü dolayısıyla. Nitekim Hanefi ve Maliki mezhebine göre yetkisiz temsilci yani fuzulinin yaptığı hukuki işlemler tasarruf yetkisi sahibinin icazetine bağlı olarak kurulur. Tasarruf hakkının gerçek sahibi olan temsil edilenin işleme icazet vermemesi durumunda ise yetkisiz temsilcinin tasarrufları batıl hale gelir⁶⁴⁸.

Bilmen'e göre havale akdinin geçerli olarak kurulabilmesi için muhalün aleyhin akit meclisinde hazır bulunması gerekmez. Hazır olmayan muhalün aleyhin kendisine bildirilen havaleyi kabul etmesi ile birlikte havale geçerli hale gelir⁶⁴⁹. Nitekim Mecelle'nin 682. maddesine göre de havale, hazır olmayan muhalün aleyhin rızasına mevkufen kurulur ve muhalün aleyhin haber aldığı havaleyi kabul etmesi ile de tamam olur. Buna karşın *Saleem* baskın görüşe uygun olarak, muhalün aleyh ve muhalün lehin kabul beyanlarının akit meclisinde ortaya konması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁵⁰. Akit meclisinin havalenin nefazına ilişkin bir şart olduğu konusundaki görüşe ilgili başlıkta tekrar değinilecektir⁶⁵¹.

III. SIHHAT ŞARTLARI

Havale akdinin sıhhat şartları meselesinde, akdin kurulması için gerekli olan unsurların akdin geçerli olarak kurulmasını sağlayabilmesi için taşınması gereken şartlar incelenecektir. Örneğin bir havalenin kurulabilmesi için akit meclisinde gerekli ehliyeti haiz taraflar irade beyanında bulunmuş olabilir. Ancak taraflardan birinin irade

⁶⁴⁷ El-Hafif, s. 569-570.

⁶⁴⁸ İslam hukukunda mevkuf akitler ve yetkisiz temsilcinin hukuki tasarruflarının hükmü konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz: Apaydın, H. Yunus, "İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)", Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 7, Sayı: 6, 1989, (*Mevkuf Akitler*), s. 186-190.

⁶⁴⁹ Bilmen, C. VI, s. 291

⁶⁵⁰ Saleem, s. 140.

⁶⁵¹ Bkz: §2-IV-B.

beyanının sakatlanması durumunda ya da akdin konusunun gerekli şartları taşımaması durumunda havalenin geçersiz hale gelmesi söz konusu olur. Dolayısı ile havalenin unsurları bakımından sıhhati gereken unsurlar irade beyanları ve akdin konusudur. Bununla birlikte literatürde sıhhat şartlarını taşıyan ve geçerli olarak kurulmuş olan havaleye “*havale-i câize*” yani caiz havale denir⁶⁵².

A. İrade Beyanlarının Sıhhati

Havale akdinin temel unsurlarını oluşturan icap ve kabul beyanlarındaki bir sakatlık, akdin sıhhatini de etkiler. İslam hukukunda tarafların irade beyanlarının hata, hile veya ikrah ile sakatlanması, Hanefi mezhebine göre akdin fesadına sebep olur⁶⁵³. Akitler için genel olarak kabul edilen bu kaide, havale akdi için de geçerlidir. Ancak literatürde havale akdi için fesat sebebi olarak genellikle ikrah yani tehdidin üzerinde durulmuş, hata veya hile meselesi incelenmemiştir.

Mecelle madde 1006’ya göre, ikrah altında yapılan satım, kira, borcun ertelenmesi gibi işlemler geçerli değildir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise söz konusu işlemler, ikrah ortadan kalktıktan sonra ilgili tarafın icazet vermesi ile birlikte geçerli hale gelir⁶⁵⁴. Bu maddeden hareketle, tarafları için malvarlığının pasif veya aktifinde tasarruf sonucu doğuran havale konusunda yapılan ikrahın da aynı hükme tabi olduğu söylenebilir. İkinci fıkrada sonradan verilen icazet ile geçersizliğin ortadan kalkması ise, Hanefi mezhebinde kabul edilen butlan ve fesat ayrımının bir sonucudur. Bu görüşe göre butlan sebebinin ortadan kalkması ile akdin geçerli hale gelmesi mümkün değil iken, fesat sebebinin ortadan kalması ile akdin geçerli hale gelmesi mümkün kılınmıştır.

⁶⁵² Caiz havale kavramı ile kastedilen esasında hukukun tanıdığı havaledir. Bu konuda geniş bilgi için Bkz: Bilmen, C. VI, s. 286-287.

⁶⁵³ Karaman, “Akid”, s. 253.

⁶⁵⁴ Mecelle madde 1006 metni için Bkz: Akgündüz, s. 242.

Muhilin ikrah altında ortaya koyduğu irade beyanı hukuken geçerli değildir. Bu ikrah havalenin de geçersizliği sonucunu doğurur. Çünkü havale esasında temlik sonucu doğuran bir ibra işlemidir. Temlik sonucu doğuran diğer işlemlerde olduğu gibi ikrah olması durumunda havale de fasit hale gelir⁶⁵⁵. Bununla birlikte muhilin rızasının havalenin kurulabilmesi için şart olmaması ve muhilin rızası olmaksızın da havale akdedilebilmesi nedeniyle, ikrah meselesi literatürde genellikle muhalün aleyh ve muhalün leh bakımından incelenmiştir⁶⁵⁶.

Muhalün lehin ikrah altında kabul beyanında bulunması durumunda, kabul beyanı ve dolayısıyla havale akdi geçersiz hale gelir. Bu durum veli veya vasinin kabule rıza göstermesinde de geçerlidir. İkrah altında ortaya konan rıza geçersizdir ve havaleyi de geçersiz hale getirir⁶⁵⁷.

Bunun gibi muhalün aleyhin ikrah altında havaleyi kabul etmesi de geçerli değildir⁶⁵⁸. Kabul beyanı akdin kurucu unsurlarından olduğu için, ikrah altında yapılan kabul ile kurulan havale akdi de geçersiz hale gelir.

Ancak ikrahın geçerli sayılabilmesi için mükrehin tehdidini yerine getirebilecek güçte ve durumda olması gerekir. Bu şartları taşıyan bir tehdide literatürde “*ikrah-ı muteber*” denilmektedir. Nitekim XVII. yüzyılda Şeyhülislam Balizade Mustafa Efendi tarafından verilen fetvada da hüküm bu şekildedir:

Bu mesele beyanında eimme-i Hanefiyyeden cevap ne veçhiledir ki; tehdidini ikâ'a kâdir olmayan Zeyd'in ikrâhı mu'teber olur mu, beyân buyurula.

⁶⁵⁵ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁶⁵⁶ Ali Haydar, C. II, s. 279-280; Bilmen, C. VI, s. 290.

⁶⁵⁷ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁶⁵⁸ Kâsânî, C. VI, s. 16.

El-cevâb: Allahu a'lem, olmaz. Ketebehû el-fakîr Mustafa Ufiye anı⁶⁵⁹.

Bu fetvadın da anlaşıldığı üzere, “*tehdidini yerine getirmeğe gücü yetmeyen kimsenin bir şeyi zorla yaptırması diye bir şey olamaz*”. Nitekim XVIII. yüzyılda telif edilen ve XIX. yüzyılda da muteber kabul edilerek uygulanan fetva mecmuası *Netîcetü'l-Fetâvâ*'da da durum bu şekildedir:

Zeyd Amr'dan “Zimmetinde karzdan şu kadar akçe hakkım vardır” deyu dava ve Amr “Ben seni meblağ-i mezbur ile Bekir'in üzerine havale ve her biriniz havaleyi kabul etmişsiniz” dedikde Zeyd “Havaleyi kabulüm ikrah-ı muteber ile olmuşdu” deyu dava ve ikrah-ı muteberi vech-i şer'i üzere isbat edince Amr'i def' edip meblağ-i mezburu Amr'dan almağa kadir olur mu?

El-Cevab: Olur (Damadzade Feyzullah Efendi)⁶⁶⁰.

Yukarıdaki metinden de anlaşıldığı üzere, ikrah-ı muteber ile kabul edilen bir havale hukuken geçersizdir. Mecelle Şârihi *Ali Haydar Efendi*, havalenin geçerli olarak kurulabilmesi için muhalün aleyh ve muhalün lehin rızalarının şart olduğunu ve bu nedenle bir kimsenin ikrah-ı muteber ile üzerine havale alması veya havaleyi kabul etmesinin hukuken geçerli olamayacağını ifade etmiş, ikrah-ı muteberin ispat edilmesi durumunda da akdin feshinden dolayı tarafların rücu hakkına sahip olacağını eklemiştir⁶⁶¹.

Hata, hile ve ikrah gibi literatürde irade beyanının sıhhatini etkileyen meseleler arasında incelenen bir diğer husus beyan sahibinin sıhhatidir. Nitekim *maraz-ı mevt* veya *marazü'l-mevt* denilen ölüm hastalığı, İslam hukuku bakımından kişinin bazı tasarruflarının geriye dönük olarak iptal edilebileceği bir ehliyet arızası olarak kabul edilmektedir⁶⁶². Havalede ise muhilin icabının hüküm ifade etmesi ve akdin geçerli bir

⁶⁵⁹ Şeyhülislam Balizade Mustafa Efendi (M. 21 Ekim 1656- 23 Mayıs 1657). Bkz: Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 43-44.

⁶⁶⁰ *Netîcetü'l-Fetâvâ*, s. 216.

⁶⁶¹ Geniş bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 293-298. Aynı yönde Bkz: Bilmen, C. VI, s. 290.

⁶⁶² Ayrıntılı bilgi için Bkz: Bakkal, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, Ankara 2003, s. 39-41.

şekilde kurulabilmesi için sıhhatinin yerinde olması şart değildir. Bu nedenle hasta bir kimsenin borcunu başka biri üzerine havale etmesi geçerlidir⁶⁶³. Muhil ve muhalün leh bakımından havale bir tasarruf işlemi niteliğinde olmadığından ölümle sonuçlanan bir hastalık döneminde gerçekleştirilen havale akdine mirasçıları itiraz edemezler.

B. Akdin Konusuyla İlgili Şartlar

İslam hukukunun kaynaklarından çıkarılabilecek borçlar hukuku genel hükümlerine göre, bir akdin hukuken geçerli olabilmesi için akdin konusunun taşınması gereken bazı özellikler mevcuttur. Buna göre, öncelikle akdin konusu ifaya elverişli olmalıdır. İkinci olarak, konu belirli ve taraflarca bilinir olmalıdır. Bunun yanında akdin konusunun mevcut olması gerekir. Bazı istisnalar dışında, halihazırda mevcut olmayan fakat ileride elde edilecek şeyler akde konu olamazlar⁶⁶⁴. Son olarak da akdin konusunun hukuken kabul edilebilir olması gerekir. Hukuka uygun olmayan şeyleri konu edinen akit batıldır. *Mahmasâni*, İslam hukukunda akdin konusu bakımından aranan genel özellikleri bu dört başlıkta sıralamıştır⁶⁶⁵. Bu sayılan özelliklerin borçlar hukukuna ilişkin genel hükümler teşkil ettiği ve her akit konusu bakımından arandığı söylenebilir. Bunun yanında özellikle isimli akitler bakımından akdin konusunda aranan şartlar, her akit türüne göre farklılık gösterebilir. Havale akdinin konusu için bu genel hükümlerin yanında aranan bazı özel hükümler de mevcuttur. Doktrinde havale kitaplarında bahsedilen muhalün bihe ilişkin şartlar böyle bir tasnife tabi tutulmadığı için, biz de genel ve özel şartlar şeklinde ayırmadan hepsini ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

⁶⁶³ Bilmen, C. VI, s. 291.

⁶⁶⁴ Örneğin selen akdinde henüz tam olarak olgunlaşmamış tarımsal ürünlerin satışı söz konusudur. Selem akdi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Aybakan, Bilal, “Selem”, DİA, C. XXXVI, İstanbul 2009, (“*Selem*”), s. 402-405.

⁶⁶⁵ Mahmasani, “Transactions”, s. 194.

1) Deyn (Borç) Niteliği Taşınması

Havale akdinin konusunu oluşturan muhalün bihe ilişkin en önemli şart, muhalün bihin ayn değil deyn cinsinden olmasıdır. Fiilen muhafaza altına alınabilen ve ihtiyaç halinde faydalanılmak üzere biriktirilebilen hakiki mallara ayn denir⁶⁶⁶. Deyn ise, zimmette sabit olan ve alacaklıya ait olan hükmî malı ifade etmek üzere kullanılan bir fıkıh terimidir⁶⁶⁷. Havale ile hukuken kastedilen sonuç zimmetten zimmete hükmî bir nakildir. Bir eşyanın (aynın) bir zilyetlikten diğerine fiziksel olarak nakledilmesi değildir. Aynın hükmen nakli mümkün olmadığı için, eşya yani bir ayn konusunda havale sahih olmaz. Muhalün bihin zimmette sabit olan bir deyn olması şarttır⁶⁶⁸. Dolayısıyla havalenin geçerli olabilmesi için temel ilişkide muhilin muhalün lehe karşı bir borcunun bulunması gerekir⁶⁶⁹. Nitekim Mecelle'nin 673. maddesinde yapılan havale tanımında deyn ifadesinin kullanılması, ayların havaleye konu olamayacağını göstermek içindir⁶⁷⁰. *Bilmen*, havalenin konusunun deyn niteliği taşımadığı bir durumun havale değil, vekalet ilişkisi olduğunu ifade etmiştir⁶⁷¹. *Karaman* ise, aksine içtihatlar bulunmakla birlikte havalenin konusu bakımından baskın olarak kabul edilen görüşe göre muhalün bihin deyn niteliği taşınması gerektiğini, ayların ise hükmî bir havaleye ihtiyaç duyulmaksızın fiilen ve doğrudan nakledilebileceğini belirtmiştir⁶⁷².

Aylar gibi menfaatlerin havalesi de hukukçular tarafından genellikle caiz görülmemiştir. Burada özellikle hakkın havaleye konu olup olamayacağı meselesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Caiz görmeyenlere göre hak, aynın karşılığını

⁶⁶⁶ Karaman, "Ayn", s. 258.

⁶⁶⁷ Aydın, "Deyn", s. 267. Deyn borcu, İslam hukuku literatüründe "zimmet borcu" olarak da geçmektedir. Geniş bilgi için Bkz: Akman, Akdî Mesuliyet, s. 26-28.

⁶⁶⁸ Kâsânî, C. VI, s. 16; Şeyh Bedreddîn, s. 201/b; İbn Âbidîn, C. V, s. 343; Ali Haydar, C. II, s. 299; Bilmen, C. VI, s. 291; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509; Cin / Akgündüz, C. II, s. 231; Akman, Akdî Mesuliyet, s. 30.

⁶⁶⁹ El-Hafif, s. 570.

⁶⁷⁰ Hacı Reşid Paşa, Ruhu'l-Mecelle, 4. Cilt, Matbaa-i Hayriye ve Şürekâsı, Dersaadet 1328 (1912/1913), s. 2.

⁶⁷¹ Bilmen, C. VI, s. 290. Aynı şekilde bu ilişkinin bir kabza vekalet olduğu konusunda Bkz: Saleem, s. 140.

⁶⁷² Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566.

teşkil eden ve zimmette sabit olmayan haklardır. Bu hakların nakledilmesi de mümkün görülmemiştir. Caiz görenlere göre ise hak, deynin karşılığı olan ve zimmette sabit olan haklardır⁶⁷³. Alacağın temliki anlamına gelen hakkın havalesi tereddüt uyandırmakla birlikte son dönem hukukçular tarafından ve daha önce de belirtildiği üzere özellikle batı etkisindeki kanunlarda kabul edilmiştir.

Bununla birlikte özellikle Hanefî mezhebine göre, havalenin sıhhati için muhilin muhalün aleyh zimmetinde bir alacağı veya malı bulunması şart değildir. Nitekim Hanefî mezhebine göre böyle bir karşılık ilişkisinin söz konusu olmadığı mutlak havale de hukuken geçerlidir. Bu şekilde bir karşılık ilişkisi olmaksızın mutlak havaleyi kabul eden bir muhalün aleyh, “*Benim muhile borcum yoktur*” diyerek havaleye itiraz edemez. Havaleyi kabul etmesi ile birlikte havale borcu onun zimmetine nakledilmiş olur ve bu borcu muhalün lehe ifa etmekten kaçınamaz⁶⁷⁴. Nitekim Mecelle’nin 686. maddesi de Hanefî mezhebine uygun olarak, havalede muhalün aleyhin muhilin borçlusunu olmasının şart olmadığını kabul etmiştir.

Bu noktada klasik kaynaklarda konuya ilişkin zikredilen bir örneğe değinmek faydalı olacaktır. Bir müstevdanın yani emanet alanın, emanet vereni emanet borcu için bir başkası üzerine havale etmesi geçerli değildir. Çünkü burada borçlu olan emanet alanın borcu emaneti iade etmektir. Bu ise aynı bir nitelik taşır. Dolayısıyla havale ile başka birinin borcu üzerine alması söz konusu olamaz. Burada havale bi’-deyn değil havale bi’l-ayn söz konusu olduğundan sözleşme geçerli olmaz⁶⁷⁵. *Ali Haydar Efendi* ise söz konusu örneği elli lira veya yirmi kile buğday olarak nakledip, her iki ihtimalde de vedianın ayn hükmünde olmasından dolayı havalenin geçerli olmayacağını ifade etmiştir⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 509-510.

⁶⁷⁴ Bilmen, C. VI, s. 291.

⁶⁷⁵ İbn Âbidîn, C. V, s. 343; Ali Haydar, C. II, s. 299-301; Bilmen, C. VI, s. 291-292.

⁶⁷⁶ Ali Haydar, C. II, s. 300.

Esasında bu hükmün sebebi, İslam hukukundaki emanet sorumluluğunun daha önce de bahsedildiği üzere mutlak bir tazmin sorumluluğunu gerektirmemesidir. Nitekim bir malın emanet alan elinde kusuru olmaksızın telef olması durumunda tazmin sorumluluğu doğmaz. Dolayısıyla tazmin sorumluluğu tam olmayan bir aynın, havaleye konu olması geçerli değildir. Nitekim bu ayna kefalet de geçerli değildir. Mecelle'nin kefaleti geçerli olan borçlara ilişkin 631. maddesinin son fıkrası da rehin, ariyet, kira gibi emanet sorumluluğu ile asil üzerine mazmun olmayan aylara kefaletin sahih olmadığını kabul etmiştir⁶⁷⁷.

2) Kefaleti Sahih Bir Borç Olması

Havale akdine konu olan borcun nitelikleri konusunda klasik öğretilerde ve Mecelle'de konulan temel kaide, kefaleti sahih olmayan borçların havalesinin de sahih olmayacağıdır⁶⁷⁸. Yukarıda da belirtildiği üzere Mecelle'nin 631. maddesinde kefalete konu olabilecek borçlara ilişkin nitelikler sayılmıştır. Buna göre öncelikle, mekfûlün bihin asil üzerine mazmun olması yani asil üzerine ifasının lazım olması gerekir⁶⁷⁹. Mazmun borç, tazmin edilmesi zorunlu hukuken bağlayıcı borç demektir. Kumar borcu gibi hukuken takip edilmesi ve tazmin edilmesi mümkün olmayan borçlar mazmun değillerdir. Dolayısıyla da kefalet ve havaleye konu olamazlar.

Aynı maddenin devamında ise “...*duyûn-ı sahihaya (sahih borçlara) kefalet sahih olur*” denmektedir. Mecelle Şârihi *Ali Haydar Efendi*, şerhinde sahih borcu şöyle tanımlamaktadır: Eda yahut gerçek veya hükmî bir ibra olmaksızın düşmesi söz konusu olmayan borçlara sahih borç denir⁶⁸⁰. Bu tanımdan yola çıkılarak İslam hukukunda kabul edilen sahih borcun, medeni hukukta kabul edilen tam borcu karşıladığı söylenebilir. Kefalet ve havalenin sahih yani hukuken geçerli olabilmesi

⁶⁷⁷ Ali Haydar, C. II, s. 299-301.

⁶⁷⁸ Kâsânî, C. VI, s. 16; İbn Âbidîn, C. V, s. 343; Mecelle madde 687-688; Ali Haydar, C. II, s. 299; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 509; Kurtoğlu, C. II, s. 280; Cin / Akgündüz, C. II, s. 231.

⁶⁷⁹ *Kurtoğlu* ise burada kefalete konu olabilmekle kastedilenin esasında borcun ifasında borçlunun şahsiyetinin önem taşıyıp taşınamaması olduğundan bahsetmektedir. Bkz: Kurtoğlu, C. II, s. 280.

⁶⁸⁰ Ali Haydar, C. II, s. 71.

için, bu akitlere konu olan borçların da sahih borç olması gerekir. Nitekim kefaleti sahih olmayan bir borç, sahih bir borç değildir⁶⁸¹.

Bunun sonucunda satış veya kira bedeli ya da karz gibi borçlar sahih borçlar iken, kumar borcu, özgür bir adamın satış bedeli, kocanın nafaka borcu gibi borçlar mazmun olmamakla sahih borç sayılmazlar. Bu borçlara kefalet geçerli olmayacağı gibi, bunların havalesi de geçerli değildir⁶⁸².

Kefaleti sahih olan borçlardan farklı olarak bir borcun havaleye konu olabilmesi için aynı zamanda malum yani belirli bir borç olması gerekir. Kefalette ise borcun malum olmasına gerek yoktur. Dolayısıyla ileride doğacak borçlar için kefalet geçerli iken, havale geçerli değildir⁶⁸³.

3) Malum Bir Borç Olması

Mecelle 687. ve 688. maddelerinde, havale akdinin konusuna ilişkin şartları kefalet akdi ile belirledikten sonra, bu şartlara bir nitelik daha eklemektedir. Buna göre kefaleti sahih olma şartının yanında muhalün bihin malum bir borç olması gerekmektedir⁶⁸⁴. Nitekim 688. maddede ve devamında verilen örnekte meçhul bir borcun havalesinin sahih olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre muhalün bihin zimmette sabit olan, yani bilinen ve hukuken doğmuş bir borç olması gerekir. İleride doğması beklenen meçhul (belirsiz) bir borcun havalesi sahih değildir⁶⁸⁵. Örneğin bir kimse muhile hitaben, “*Filanda sabit olacak alacağını ben üzerime havaleten kabul ettim*” dese ve muhil de kabul etse, bu havale hukuken geçerli olmaz. Dolayısıyla filan

⁶⁸¹ Ali Haydar, C. II, s. 299-301; Bilmen, C. VI, s. 291; Cheron / Fahmy, s. 418. *Saleem*, bu konuda Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerin muhalün aleyhin muhilin borçlusu olmaması durumunda muameleyi kefalet olarak nitelendirmesinden dolayı, havaleye konu olan borcun kefaleti sahih bir borç olması gerektiğinden bahsetmektedir. Bkz: Saleem, s. 140.

⁶⁸² Ali Haydar, C. II, s. 299-301; Bilmen, C. VI, s. 291.

⁶⁸³ Mecelle madde 688; Ali Haydar, C. II, s. 301-302; Cheron / Fahmy, s. 418.

⁶⁸⁴ Mecelle madde 688; İbn Âbidîn, C. V, s. 343; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 509; Kurtoğlu, C. II, s. 279-280; Cin / Akgündüz, C. II, s. 231.

⁶⁸⁵ Bilmen, C. VI, s. 291; El-Hafif, s. 570; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566; Cheron / Fahmy, s. 418.

şahıs üzerinde söz konusu alacak sabit olduğunda, o kimse doğan bu borcu ödemeye zorlanamaz⁶⁸⁶.

Zimmette sabit olan borçların havalesinin sahih olmasının yanında, kefalet veya havale sebebiyle zimmete terettüp eden malum borçların üçüncü bir şahsa havalesi de sahihtir. Bunun gibi havale borcu zimmetine nakledilmiş olan muhalün aleyhin söz konucu borcu tekrar muhile havale etmesi de geçerlidir. Çünkü borç nasıl ilk zimmetten ikinci bir zimmete nakledilebiliyorsa, ikinci zimmetten de başka bir zimmete nakli geçerli olacaktır⁶⁸⁷. *Cheron / Fahmy* bu hususu borcun fer'i niteliğinden yola çıkarak açıklamış ve bir borcun kefalet borcu gibi fer'i bir nitelik taşımasının havale edilebilmesine engel olmayacağını ifade etmiştir⁶⁸⁸.

4) Lazım Bir Borç Olması

Bir akdin lüzumu ile kastedilen, o akdin tarafları bağlayıcı nitelikte olması ve tarafların tek taraflı iradeleri ile akdin feshedilememesidir⁶⁸⁹. Havale akdinin lüzumu için gerekli olan şartlar ile ilgili bilgi, ilerleyen bölümlerde verilecektir⁶⁹⁰. Ancak burada söz konusu olan havalenin bağlayıcılığından çok havaleye konu olan borcun yani muhalün bihin bağlayıcılığıdır. Havale ile nakledilen borç, borçluyu bağlayıcı nitelikte yani lazım bir borç olmalıdır⁶⁹¹. Lazım borç, zimmette sabit olup düşme ihtimali bulunmayan borçlara denir. Örneğin, bey', karz veya tazminat (damân) borçları borçlunun zimmetinde sabit olup ölümüyle dahi sâkıt olmazken, zekât borcu borçlunun ölümüyle sâkıt olan bir borç olduğu için lazım bir borç değildir. Dolayısıyla da zekât borçları gibi lazım olmayan borçlar havale akdine konu olamaz⁶⁹². Çünkü gayri lazım borçların havalesi geçerli değildir⁶⁹³. Burada efendi ile kölesi arasında

⁶⁸⁶ İbn Âbidîn, C. V, s. 343; Ali Haydar, C. II, s. 301-302; Bilmen, C. VI, s. 290.

⁶⁸⁷ Serahsî, C. XX, s. 53; Mecelle madde 689; Ali Haydar, C. II, s. 302-303; Bilmen, C. VI, s. 291.

⁶⁸⁸ Cheron / Fahmy, s. 418. Aynı yönde Bkz: Kurtoğlu, C. II, s. 280.

⁶⁸⁹ Apaydın, H. Yunus, "Lüzum", DİA, C. XXVII, Ankara 2003, ("Lüzum"), s. 260.

⁶⁹⁰ Bkz: §2-V.

⁶⁹¹ Kâsânî, C. VI, s. 16; Bardakoğlu, "Havâle", s. 509; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566; Cin / Akgündüz, C. II, s. 231.

⁶⁹² Şahin, Havale, s. 66.

⁶⁹³ Kâsânî, C. VI, s. 16.

yapılan mükatebe anlaşmasında kabul edilen kitabet borcu örnek verilebilir. Kitabet bedelinin hakikati değil ama ismi borçtur. Çünkü hukuken, kölenin efendisi aleyhine alacak hakkı doğmaz. Bu nedenle kitabet borcu bağlayıcı yani lazım bir borç değildir ve havaleye konu olamaz⁶⁹⁴.

Şafii mezhebinden *Şirâzî* ise, havalenin bir satım akdi niteliği taşıdığı kabulünden yola çıkarak, havaleye konu olan borcun satıma elverişli olması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla havaleye ancak satıma elverişli olan lazım borçlar konu olabilir⁶⁹⁵.

Maliki mezhebine göre havale ile muhilin muhalün lehe karşı olan borcunun lazım bir borç olmasının şart olmasının yanında, muhalün aleyhin muhile olan ve havalenin kayıtlandırıldığı borcun da lazım bir borç olması gerekir. Bu görüşe göre aksi durumda bir havale değil vekaletin söz konusu olduğu kabul edilmektedirler⁶⁹⁶.

5) Mukayyet Havaleye Konu Olan Borçlara İlişkin Şartlar

Mukayyet havaleye konu olan borçlara ilişkin şartları iki aşamada incelemek gerekir. Öncelikle Hanefilerin görüşü doğrultusunda mutlak havale gibi havale akdinin bir çeşidi kabul edilen mukayyet havalenin konusuna ilişkin şartlara bakmak gerekir. Daha sonra ise Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerin havale ile kastettikleri ve muhalün aleyhin muhile borçlu bulunmasının şart olduğu havale akdine konu olan karşılıklı borçlara ilişkin şartlar incelenmelidir.

Havaleye konu olan borca ilişkin olarak yukarıda sayılan şartlar, her iki ihtimalde de mukayyet havaleye konu olan borçlar için de geçerlidir. Yani mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borcun da sahih, lazım ve malum bir deyn niteliği

⁶⁹⁴ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁶⁹⁵ Şirâzî, el-Mühezzeb, C. II, s. 143.

⁶⁹⁶ Bilmen, C. VI, s. 292.

taşıması şarttır⁶⁹⁷. Bu nedenle malum olmayan veya henüz zimmette sabit olmamış bir borç ile kayıtlı olarak yapılan bir havalede, muhalün bih sahih, lazım veya malum olsa dahi söz konusu mukayyet havale geçersizdir. Nitekim *Netîcetü'l-Fetâvâ*'da bu konuda bir örneğe rastlanmaktadır. Şöyle ki:

Zeyd şu kadar keyl arpa daini Amr'ı deyn-i mezbur ile Bekir'in üzerine havale eder oldukça Bekir falan kimselerin ol kadar keyl arpalarını mezburlardan iştirâ edip ol arpadan eda etmek üzere havale eylese havale-i mezbure sahiha olur mu?

*El-Cevab: Olmaz (Hayatizade Mehmed Emin Efendi)*⁶⁹⁸.

Bu örneğe konu olayda Zeyd, alacaklısı Amr'ı Bekir üzerine belirli bir miktar arpa borcu ile havale etmiştir. Bunun akabinde Bekir ise, aynı miktardaki arpayı falan kimselerden satın alarak, havale borcunun bu arpalarından ödenmesi kaydıyla havaleyi kabul etmiştir. Verilen fetvada ise söz konusu havale geçerli kabul edilmemiştir. Nitekim bu mukayyet havalede havale borcu Zeyd'in zimmetinde sabit olan malum bir borç iken, havalenin kayıtlandırıldığı borç ise muhilin havalesi sonrasında doğmuştur. Dolayısıyla havale gerçekleştiği anda malum bir borç olmaması nedeniyle söz konusu havale geçersiz kabul edilmiştir.

Mukayyet havale için önemli olan en önemli husus havale borcunun, muhalün aleyhin muhile olan borcu ile kayıtlandırılmış olmasıdır. Bu kayıtlandırma iradesinin açıkça ortaya konmadığı bir durumda muhalün aleyhin muhile borcu olsa dahi havale borcunun söz konusu borç ile kayıtlandırıldığı kabul edilemez. Sadece havale borcunu ifa ettikten sonra muhalün aleyh muhile rücu edeceği miktarı söz konusu borç ile takas veya bu borçtan mahsup edebilir. Ancak takas veya mahsubun gerçekleştirilebilmesi için, muhalün aleyhin elinde bulunan ve muhile ait olan bu alacak veya malın muhilin

⁶⁹⁷ Bilmen, C. VI, s. 293-294; Cheron / Fahmy, s. 420.

⁶⁹⁸ *Netîcetü'l-Fetâvâ*, s. 217.

zimmetinde sabit olan bir mal olması gerekir. Bu konuda *Netîcetü'l-Fetâvâ*'da oldukça ilginç bir fetva karşımıza çıkmaktadır:

Bir beldede cizyedar olan Zeyd mal-i cizyeden cem' ve tahsil ettiği şu kadar akçeyi Amr'a îda' ve teslim ettikten sonra Zeyd daini Bekir'e Amr'ın üzerine havale-i mutlaka ile havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra Zeyd Amr'ın yedinde vedia olan ol kadar akçeyi Amr'dan talep ettikde Amr "havale-i merkumeye binaen Bekir'e vereceğim akçeye takas ederim" deyip vermemeğe kadir olur mu?

El-Cevab: Olmaz (Dürrizade Mustafa Efendi)⁶⁹⁹.

Bu fetvaya göre, muhilin zimmetinde sabit olmayan ancak onun uhdesine bırakılmış olan bir malı muhalün aleyhe emanet olarak bırakması durumunda, muhalün aleyhin söz konusu emanet ile havale borcunu takas veya mahsup edemeyeceğine hükmedilmiştir. Çünkü söz konusu mal üzerinde muhilin tasarruf yetkisi yoktur. Cizye⁷⁰⁰ gayrimüslimlerden alınan bir vergi türüdür. Toplanan cizyeler ise vergi memuru olan cizyedar Zeyd'in elinde aslen emanettir ve devlet hazinesine teslim edilmesi gerekir. Dolayısıyla zimmetinde sabit olan bir mal değildir.

İkinci olarak havale ile sadece mukayyet havaleyi kasteden görüşlere bakılacak olursa, havalenin konusuna ilişkin yukarıda sayılan şartların yanında aranan en önemli şart, muhalün bih ile muhalün aleyhin muhile olan borcunun nitelik ve nicelik itibarıyla birbirlerine denk olmalarıdır. Aksi takdirde havale akdi geçerli olmaz⁷⁰¹. Çünkü denk olmayan borçların karşılık ilişkisi içinde havaleye konu edilmesi durumunda taraflardan biri lehine faiz veya menfaat temini söz konusu olacaktır⁷⁰². Ancak daha önce de belirtildiği üzere Hanefî mezhebine uygun olarak Mecelle'nin

⁶⁹⁹ Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 218.

⁷⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz: İnalçık, Halil, "Cizye", DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 45-48; Erkal, Mehmet, "Cizye", DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 42-45.

⁷⁰¹ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566; Cheron / Fahmy, s. 420; Saleem, s. 140.

⁷⁰² Desûki, C. III, s. 327; Bilmen, C. VI, s. 293.

686. maddesinde muhalün aleyhin muhilin borçlusu olmasının havalenin sıhhati için gerekli olmadığı kabul edilmiştir⁷⁰³.

Bununla birlikte Hanefi mezhebi dışında kalan ve İslam hukukçularının çoğunluğunun kabul ettiği görüşe göre, havalede muhalün aleyhin muhile borçlu olması şarttır. Söz konusu görüşler için muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı halde havaleyi kabul etmesi durumunda, bu muamele bir kefaletten ibarettir⁷⁰⁴. Muhalün aleyhin muhile olan borcu ile kayıtlı olarak yapılan havalede ise, bu borcun temel ilişkideki havale borcu ile miktar, cins, vasıf ve vade gibi bütün nitelikler bakımından denk olması gerekir. Bu konuda müellifler takasın şartlarına kıyasen, prensip olarak iki borç arasında mutlak benzerliği şart koşmuşlardır. Aksi takdirde söz konusu havalenin meşruiyeti ortadan kalkar ve muamele hukuken caiz görülmeyen ticari deyn satışı haline dönüşür⁷⁰⁵.

Şafii mezhebine göre, havalenin taraflarının, muhalün bihin ve muhalün aleyhin muhile olan borcunun miktar, cins ve sıfat itibarıyla özelliklerini bilmeleri şarttır. Çünkü havaleyi bir tür deyn satışı olarak nitelendiren bu mezhep görüşüne göre, meçhulün satışı geçerli olmaz. Dolayısıyla havalede satılan borçların niteliklerinin taraflarca malum olması gerekir. Bununla birlikte havalenin sıhhati için söz konusu iki borcun cins, miktar, vade, nitelik gibi sıfatlar bakımından denk olmaları da şarttır⁷⁰⁶.

Hanbeli mezhebine göre de havalenin muhalün aleyh zimmetinde sabit olan malum ve lazım bir borç ile kayıtlı olarak yapılması şarttır. Çünkü lazım olmayan bir borcun sâkit olması söz konusu olabilir. Bunun sonucunda muhayyerlik süresinde satış bedeli veya kölenin kitabet borcu gibi lazım olmayan borçlar hakkında havale geçerli

⁷⁰³ Ali Haydar, C. II, s. 298-299; Bilmen, C. VI, s.291; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566.

⁷⁰⁴ Saleem, s. 140.

⁷⁰⁵ Geniş bilgi için Bkz: Cheron / Fahmy, s. 420; Saleem, s. 140.

⁷⁰⁶ Bilmen, C. VI, s. 293-294.

olmaz. Ancak söz konusu borçların bağlayıcı olduğu taraf bakımından havale edilmesi mümkündür⁷⁰⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki, mukayyet havaleye konu olan bu iki borcun selem⁷⁰⁸ akdinden doğmamış olması gerekir. Çünkü selem akdine konu olan genellikle yiyecek cinsinden malların teslim alınmadan önce satılması geçerli değildir. Bu nedenle söz konusu akitten doğan deynlere ilişkin havale de geçerli olmaz⁷⁰⁹.

IV. NEFAZ ŞARTLARI

Mecelle’de kullanılan hukuk terimlerinin birçok noktada günümüz hukuk literatüründe kullanılan terminolojiden daha geniş kapsamda olduğu söylenebilir. Örneğin, medeni hukuk doktrinde kabul edilen hükümsüzlük türlerinin her biri için kullanılan ifadeler, Mecelle’de ayrı terimler ile ifade edilmiştir⁷¹⁰. Hükümsüzlük hallerine ileride değinilecek olmakla birlikte, bu başlık altında nâfiz ve gayri nâfiz terimleri üzerinde durmak gerekir. Bir akdin nefazı ile kastedilen, o akdin bütün hükümlerini doğurabilmesi ve hukuken işlerlik kazanabilmesi için tamam olması gereken şartları ihtiva etmesidir. Dolayısıyla nâfiz akit ile hukuken işlerlik kazanan akitler kastedilirken, gayri nâfiz akit terimi ile de bazı şartların eksikliğinden dolayı henüz işlerlik kazanamayan akitler kastedilmektedir. Bu durum medeni hukukta iptal edilebilirlik veya askıda hükümsüzlük kavramları ile karşılanmaktadır⁷¹¹.

Havale akdi bakımından değerlendirildiğinde, akdin kurulması için gereken temel unsurlarda bulunan birtakım eksikliklerin akdin hukuken işlerlik kazanabilmesi

⁷⁰⁷ Desûki, C. III, s. 326; Bilmen, C. VI, s. 294-295.

⁷⁰⁸ Selem akdi, İslam hukukunda peşin bedelle veresiye mal değişimini konu alan ve genellikle ziraî ürünlerin toplanmadan satışı için kullanılan bir satım türüdür. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Aybakan, “Selem”, s. 402-405; Kelebek, s. 104-107.

⁷⁰⁹ Desûki, C. III, s. 327; Bilmen, C. VI, s. 293; Saleem, s. 140.

⁷¹⁰ Karakoç, s. 111.

⁷¹¹ Medeni hukuk doktrinde kabul edilen iptal edilebilirlik hakkında geniş bilgi için Bkz: Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 16. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 207-209.

için sonradan giderilmesi gerekir. Taraf rızalarına ilişkin daha önce de bahsedildiği üzere doktrindeki bazı görüşlere göre, muhalün aleyh ve muhalün leh in gıyabında havalenin kurulabileceği ve kendilerine bildirildiğinde bu tarafların kabulü ile de akdin nâfiz hale geleceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda tarafların rızaları ve akit meclisi konusundaki şartların bazı görüşler tarafından sıhhat değil de nefaz şartı olarak kabul edildiği görülmektedir. Bunun yanında hukuki işlemler bakımından en sık rastlanılan örnek olarak, ehliyet eksikliği hallerinde veli veya vasilerin tamamlayıcı rızaları akdi nâfiz hale getirmektedir. Sayılan bu nefaz şartları havale akdi bakımından ayrıca incelenecektir.

A. Ehliyet

Bu başlık altında sayılan ehliyete ilişkin şartların eksikliği havale akdinin kurulmasını engellemez. Ancak akdin yürürlüğünü engeller. Şöyle ki, akdin nefazına ilişkin ehliyet şartlarını taşımayan tarafların havaleleri, gerekli tamamlayıcı işlemler ile nâfiz, aksi halde geçersiz hale gelirler. Bu tamamlayıcı işlemler ise genellikle ehliyet noksanı bulunan bu tarafların veli veya vasilerinin havale işlemine rıza göstermeleridir. Bu rıza önceden izin şeklinde olabileceği gibi, havale işlemi sonrasında icazet verilmesi şeklinde de olabilir.

Bu meselede ilk ihtimal, muhilin âkil olması ancak bâliğ olmaması durumudur. Âkil bir muhilin beyanı ile havale akdi kurulur, ancak bu akdin hukuken sonuç doğurabilmesi için aynı zamanda muhilin bâliğ de olması gerekir⁷¹². Buluş çağına ermemiş olan mümeyyiz küçük bir muhilin havalesi ancak velisinin icazeti ile sonuç doğurabilmektedir. İslam hukukuna göre gayri nâfiz hükmünde kabul edilen velisinin icazetine bağlı olan bu havale akdinin, medeni hukuk bakımından ise askıda hükümsüz olduğu söylenebilir. Muhilin âkil ve bâliğ olmasının gerekliliği havalenin niteliği ile ilgilidir. Nitekim havale akdi ibra niteliği taşımaktadır. İbra ise özellikle mukayyet havale düşünüldüğünde ivazlı bir işlemdir. İvazlı işlemler de satış gibi diğer akitlerde

⁷¹² Mecelle madde 685; El-Hafif, s. 570.

olduğu gibi küçüğün hem lehine hem aleyhine sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle de veli veya vasisinin rızası olmaksızın yürürlük kazanamazlar⁷¹³. Bununla birlikte mümeyyiz küçük bir muhilin havalesi, muhilin rızası olmaksızın havalenin kurulabilmesi nedeniyle geçerli olsa da muhalün aleyhin ifadan sonra muhile rücu edebilmesi için muhilin âkil ve bâliğ olması ya da veli veya vasisinin icazeti ile havalenin nâfiz bir hale gelmesi gerekir⁷¹⁴.

Havaleye ilişkin nefaz şartı olan ehliyet meselelerinden ikincisi de muhalün lehin bâliğ olması şartıdır. Muhalün lehin âkil olması havale akdinin kurulması için yeterlidir. Fakat havalenin hukuken sonuç doğurabilmesi için aynı zamanda muhalün lehin buluğa da ermiş olması gerekir⁷¹⁵. Muhalün lehin âkil ve fakat bâliğ olmadığı durumda havale, muhalün lehin veli veya vasisinin rızasına mevkufl olarak kurulur⁷¹⁶. Veli veya vasi icazet verirse havale tamamlanır, vermezse hükümsüz hale gelir. Mümeyyiz küçük muhalün lehin velisinin icazetinin geçerli olabilmesi için ise, muhalün aleyhin muhilden daha zengin olması şarttır⁷¹⁷. Çünkü muhalün lehin alacağıın ödeme gücü daha kötü biri tarafından üstlenilmesi, küçüğün malvarlığının tam aleyhinde bir işlem niteliği taşır. Tam aleyhe işlemler bakımından ise veli veya vasisinin işlem yapma ya da yapılan bir işleme rıza gösterme yetkileri yoktur. Dolayısıyla mümeyyiz küçüğün alacağıın ödeme gücü muhilden daha az olan bir muhalün aleyh tarafından üstlenilmesi geçersizdir. Mecelle'nin 685. maddesinin son fıkrasında zenginlik şartının mümeyyiz küçüğün sadece muhalün leh olması ihtimali için sayılması, muhil olması durumunda böyle bir şartın aranmayacağını göstermektedir⁷¹⁸.

Yetimin durumu da mümeyyiz küçüğün durumu gibidir. Muhalün leh olarak kabul beyanının hüküm ifade edebilmesi için vasisinin rızası gereklidir. Vasisinin

⁷¹³ Kâsânî, C. VI, s. 16; Bilmen, C. VI, s. 290; El-Hafif, s. 570.

⁷¹⁴ Muhilin rızasının havalede şart olmaması ve havalenin nefazı için muhilin buluğ şartının bulunmasının çeliştiği itirazına yönelik açıklamalar için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 293-298.

⁷¹⁵ Mecelle madde 685.

⁷¹⁶ Kâsânî, C. VI, s. 16; Bilmen, C. VI, s. 290.

⁷¹⁷ Kâsânî, C. VI, s. 16; El-Hafif, s. 570.

⁷¹⁸ Mecelle madde 685; Ali Haydar, C. II, s. 293-298.

rızasının geçerli olabilmesi için ise muhalün aleyhin muhilden daha zengin olması şarttır. Nitekim En‘am Suresi 152. Ayette, “*Rüşdüne erişinceye kadar yetimin malına, onun iyiliğine olmadıkça el sürmeyin...*”⁷¹⁹ buyurulmuştur⁷²⁰. Kendisine bakacak kimsesi olmayan bir yetim için hakim vasi tayin edebilir. Bu konuda XIX. yüzyılda *Şeyhülislam Hacı Mehmed Refik Efendi*’nin vermiş olduğu bir fetva, Osmanlı uygulamasına delil olarak gösterilebilir:

Bu mesele beyânında eimme-i Hanefîyyeden cevab ne vechiledir ki; Zeyd-i sağîrin eb ve ced ve vasiden birisi olmamağla hâkim Zeyd’e Amr’ı vasi nasb edip Zeyd’in malını Amr’a hıfz etdirmeğe kâdir olur mu, beyân buyurula.

*El-cevâb: Allahu Teâlâ a‘lem, olur. Ketebehû Mehmed Refik el-fakîr Ufiye anh*⁷²¹.

Bu fetvadan da anlaşıldığı üzere, “*Kendisine bakacak herhangi bir kimsesi olmayan küçük çocuğa, malını korumak üzere hakim bir vasi tayin edebilir*”. Yukarıda da geçtiği üzere, onun yararına olmadıkça yetim mallarına el uzatılması ayet-i şerif ile yasaklanmıştır. Bu bakımdan istisnaen yapılmasına izin verilen hem lehe ve hem aleyhe sonuç doğurabilecek hukuki tasarruflardan birisinin havale akdine konu olması durumunda, tasarruf konusundaki istisna hükmü havale için de geçerli olacak mıdır? Örneğin vasisinin yetimin gayrimenkul bir malını satması geçerli değildir. Ancak yetimin menfaatine olan belirli istisnai hallerde vasisinin bu gayrimenkulü satabileceği kabul edilmektedir. Osmanlı döneminde Vidin Müftüsü *Mustafa Hamdi Efendi*’nin vermiş olduğu bir fetvada, bu istisna hükme dayanılarak yetimin yıkılmaya yüz tutmuş ve geliri giderini karşılayamayacak durumda olan evini vasisinin rayiç bedel ile satmasına cevaz verilmiştir:

⁷¹⁹ En‘am, 6/152, (Kur’an Yolu Meali ve Tefsiri), <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/En'am-suresi/940/151-153-ayet-tefsiri> (E.T. 7.4.2022)

⁷²⁰ Kâsânî, C. VI, s. 16.

⁷²¹ Şeyhülislam Hacı Mehmed Refik Efendi, (M. 9.8.1866- 30.4.1868). Bkz: Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 217.

Zeyd vasisi olduğu sağırlerin menzilleri harâba müşrif olup hâsılı harcına vefâ etmemekle menzil-i mezbûru semen-i misliyle Amr'a bey' etmeğe kâdir olur mu, beyân buyurula.

*El-cevâb: Allahu a'lem olur*⁷²².

Fetvanın devamına ise hükme delil olarak *Fetâvâ-yı Kâdihân*'ın ilgili kısmı eklenmiştir. Buna göre yıkılmaya yüz tutmuş harap bir halde olması ve yetimin bu satışa ihtiyaç duyması durumunda, vasi yetimin gayrimenkul malını rayiç bedel ile satabilir. Böyle bir durumda vasi yetimin söz konusu şartlardaki evin bedeli için muhalün leh olarak havale kabul edebilir mi? Bu durumda daha önce de değinildiği üzere yetimin durumu gayri mümeyyiz küçüğün durumu ile aynıdır. Vasisinin yetimin malı konusunda havale kabul edebilmesi için muhalün aleyhin muhilden daha zengin olması şarttır. Aksi takdirde yetimin malının zarara uğraması ihtimali ortaya çıkar⁷²³. Sonuç olarak âkil olan fakat bâliğ olmayan mümeyyiz küçük ile yetimin muhil veya muhalün leh olması durumunda havale, veli veya vasilerinin icazeti ile nâfiz hale gelir. Veli veya vasileri havaleye icazet vermezlerse akit geçersiz hale gelir.

B. Akit Meclisi

Havalenin kurulabilmesi için muhalün aleyhin hazır bulunması yani onunla diğer taraflar arasında bir akit meclisinin mevcudiyeti şart değildir⁷²⁴. Hazır olmayan bir muhalün aleyhin gıyabında muhil ile muhalün leh arasında yapılan havale, kendisine bildirildiğinde muhalün aleyhin kabul etmesi ile birlikte nâfiz hale gelir. Bu nedenle akit meclisinin muhalün aleyh bakımından akdın kurucu şartlarından değil de nefaz şartlarından biri olarak sayılması gerekir. Bununla birlikte daha önce de belirtildiği üzere Hanefi mezhebi dışındakilerin görüşlerine göre havalede muhalün

⁷²² Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 234.

⁷²³ Geniş bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 296-298.

⁷²⁴ Bilmen, C. VI, s. 291.

aleyhin rızası şart olmadığı için, bu mezhep görüşlerine göre muhalün aleyhin gıyabında yapılan bir havalede onun rızası nefaz şartı olarak sayılmaz⁷²⁵.

Havalenin muhil ile muhalün aleyhin hazır bulunduğu ancak muhalün lehine gıyabında olduğu bir akit meclisinde kurulması konusunda ise doktrinde ihtilaf vardır. Klasik İslam hukuku eserlerinde sahih görüş olarak kabul edilen *Ebu Hanife* ve *İmam Muhammed*'in görüşüne göre muhalün lehine akit meclisinde hazır bulunması ve kabul beyanını akit kurulduğu anda ortaya koyması gerekir. Bu nedenle muhalün lehine gıyabında muhil ve muhalün aleyh arasında kurulan havale sahih olmaz⁷²⁶. *Bilmen* de sahih olan görüşün bu olduğunu çünkü muhalün lehine kabul beyanının akit meclisinde ortaya konmasının havalenin inikat şartlarından birisi olduğunu ifade etmektedir⁷²⁷.

Bu hükmün istisnası ise akit yapıldığı sırada muhalün lehine temsilcinin havaleyi muhalün lehine adına kabul beyanında bulunması veya yetkisiz temsilci anlamındaki fuzulînin onun adına havaleyi kabul etmesi ve kendisine bildirildiğinde de muhalün lehine havaleye rıza göstermesidir⁷²⁸. Yetkisiz temsilcinin kabul beyanı ile kurulan havale akdi muhalün lehine kabulüne mevkuften kurulmuş olur. Yani bu durumda muhalün lehine, yetkisiz temsilci olan fuzulînin kabul beyanını ve havaleyi kabul etmesi havale akdi bakımından bir nefaz şartıdır.

Bununla birlikte Hanefî mezhebinde *Ebu Yusuf*, akit meclisini muhalün lehine bakımından da havalenin nefaz şartları arasında saymaktadır. Bu görüşe göre muhalün lehine huzuru, havale için sıhhat değil, nefaz şartıdır. Bu nedenle de muhalün lehine gıyabında yapılan havale sahih olmakla birlikte, onun kabulüne mevkuften münakit olur⁷²⁹. Muhalün lehine akit yapıldığı ortamda hazır bulunmaması durumunda, kendisine haber verildiğinde havaleyi kabul ederse akit nâfiz hale gelir. Ancak

⁷²⁵ Ali Haydar, C. II, s. 285; El-Hafif, s. 569.

⁷²⁶ Bilmen, C. VI, s. 288-289; Kelebek, s. 151.

⁷²⁷ Bilmen, C. VI, s. 289.

⁷²⁸ Bilmen, C. VI, s. 288; El-Hafif, s. 569.

⁷²⁹ Kâsânî, C. VI, s. 16; Bilmen, C. VI, s. 289; Kelebek, s. 151-152.

kendisine haber verildiğinde havaleyi kabul etmezse havale akdi baştan itibaren geçersiz hale gelir.

Havale Kitabı'nın Esbâb-ı Mûcibe Mazabatası'nda ifade edildiği üzere⁷³⁰, Osmanlıda Mecelle'ye kadar uygulamanın mezhepte baskın olan görüşe dayandığı bilinmektedir. Nitekim *Netîcetü'l-Fetâvâ*'da geçen bir örnek bunu doğrulamaktadır:

Zeyd medyunu Amr zimmetinde olan şu kadar akçesini daini Bekir'e Amr'ın rızasız, Amr'ın gıyabında havale eylese havale-i merkume tâmmе olur mu?

*El-Cevab: Olmaz*⁷³¹.

Mecelle ise asrın ihtiyaçlarına daha uygun olduğu gerekçesi ile, 683. maddesinde muhalün lehin gıyabında muhil ile muhalün aleyh arasında yapılan havale akdinin muhalün lehin rızasına mevkufen kurulmuş olacağını belirtmiştir. Böylelikle Mecelle, bu maddede Hanefi mezhebinin baskın görüşünden ayrılarak zayıf kabul edilen *Ebu Yusuf*'un görüşünü kabul etmiştir. Bu tercih daha sonra üzerinde durulacağı üzere şiddetli itirazlara sebep olmuş ve Ahmed Cevdet Paşa'nın Mecelle Cemiyeti'nden uzaklaştırılması ile sonuçlanmıştır⁷³².

C. Muhalün Leh ve Muhalün Aleyhin Havaleyi Kabulü

Muhil ile muhalün lehin hazır bulunduğu ancak muhalün aleyhin gaip olduğu bir akit meclisinde gerçekleşen havale akdinin, muhalün aleyhin rızasına mevkufen kurulmuş olduğu daha önce ifade edilmişti. Bu şekilde muhalün aleyhin rızasına bağlı olarak kurulan havale akdi medeni hukukta kabul edildiği üzere askıda hükümsüz bir nitelik taşımaktadır. İslam hukuku anlamında ise, rızasına mevkufen kurulan havaleyi muhalün aleyhin kabul etmesine kadar gayri nâfiz bir akit niteliği taşır. Nitekim

⁷³⁰ Akgündüz, s. 187-188.

⁷³¹ *Netîcetü'l-Fetâvâ*, s. 218.

⁷³² Bkz: §5-I-B.

Mecelle'nin 682. maddesinde muhil ile muhalün leh arasında yapılan havalenin muhalün aleyhin rızasına bağlı olarak kurulmuş olacağı kabul edilmiştir.

Muhalün aleyhin rızasının eksik olduğu gayri nâfiz ya da bilinen ifade ile askıda hükümsüz bir havale akdinin tamam olabilmesi için, havale akdi kendisine ilâm edildiğinde muhalün aleyhin havaleyi kabul etmesi gerekir. Muhalün aleyhin havaleyi kabul etmemesi durumunda ise, havale akdi hiç kurulmamış sayılır. Muhalün aleyhin, söz konusu havaleye ilişkin rızası alınmadan ölmesi durumunda da sonuç aynıdır⁷³³. Burada akdin feshi söz konusu değildir. Tamam olmayan bir akdin, nefaz aşamasında akit iradesinin tamamlanamaması nedeniyle batıl olması ve yokluk ile sonuçlanması mevzu bahistir.

Daha önce ifade edildiği üzere Mecelle'nin 683. maddesi, Hanefi mezhebinin baskın görüşünden ayrılarak havalenin muhalün lehin gıyabında muhil ve muhalün aleyh arasında da kurulabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu durumda havale muhalün lehin rızasına mevkufen kurulmuş olur. Dolayısıyla muhalün lehin gıyabında kurulan bir havalenin nefazı için muhalün lehin rıza göstermesi şarttır. Aksi takdirde muhalün aleyhin gıyabında kurulan havalede olduğu gibi, havale batıl olur ve hüküm doğurmaz. Nitekim alacak hakkı sahibi olarak muhalün lehin rızası olmaksızın havaleyi geçerli kabul etmek, muhalün lehin hakkının çeşitli şekillerde zarara uğramasına sebep olabilir⁷³⁴.

V. LÜZUM ŞARTLARI

Havale konusunda İslam hukuku kaynaklarında kullanılan terimlerden biri de "*havale-i lâzıme*"dir. Lazım havale olarak kullanabileceğimiz bu terim, havale akdinin tarafları bağlayıcı bir nitelikte olması ve tarafların havaleden cayma imkanlarının bulunmaması durumu için kullanılır. Havale akdinin lüzumu yani

⁷³³ Ali Haydar, C. II, s. 285.

⁷³⁴ Ali Haydar, C. II, s. 288.

bağlayıcılığı için ise havalenin muhil, muhalün aleyh ve muhalün leh tarafından kabul edilmesi ve gerekli diğer bütün şartlarını içermesi gerekir⁷³⁵.

Bununla birlikte havale akdinde lüzum şartları denilince incelememiz gereken esas mesele, havale bakımından geçerli olabilecek akit muhayyerlikleridir. Bir akdin tarafları bağlayıcı bir nitelikte yani lazım olması için, taraflardan herhangi birinin akitten cayma hakkının olmaması gerekir. İslam hukukunda muhayyerlik⁷³⁶ olarak kabul edilen bu terime göre, ilgili şartları taşıyan durumlarda taraflar bu haklarını kullanarak akitten cayabilirler. Genellikle satım akdi hükümlerinde geçen muhayyerlikler bazı durumlarda diğer akit türleri için de geçerli olabilirler⁷³⁷. Niteliği gereği bağlayıcı olmayan akitlerde feshin geriye dönük etkisi olmamakla birlikte, bağlayıcı olup da muhayyerlik gereği belirli durumlarda feshedilme imkânı bulunan akitlerde fesih geriye dönük işler ve akit hiç kurulmamış kabul edilir⁷³⁸.

Bedel değişimi esasına dayalı ve feshe elverişli satım veya kira gibi bağlayıcı akitlerde, tarafların anlaşarak belirli bir süre içinde akdi onama ya da feshetme hakkına sahip olmasına şart muhayyerliği denir⁷³⁹. Havalede temel ilişkideki akdin taraflarına şart muhayyerliği tanınması durumunda ise, böyle bir borcun havale edilmesini geçerli kabul etmemek gerekir. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere havaleye konu olan borcun lazım bir borç olması gerekir. Şart muhayyerliğine konu olan borç ise taraflar bakımından lazım bir borç değildir. Çünkü şart muhayyerliğine sahip tarafın akitten dönebilme imkânı mevcuttur.

⁷³⁵ Bilmen, C. VI, s. 286.

⁷³⁶ Muhayyerlik ifadesi, çeşitli durumlarda taraflardan birisinin ilgili hakkını kullanması sonucu akdin kendisi bakımından bağlayıcı olmaktan çıkması için kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Apaydın, H. Yunus, “Muhayyerlik”, DİA, C. XXXI, İstanbul 2006, (“*Muhayyerlik*”), s. 25-30.

⁷³⁷ Mecelle, akdin taraflarına cayma hakkı veren muhayyerlik haklarını yedi başlıkta ele almıştır. Buna göre satım akdi için geçerli olabilecek muhayyerlikler şart, vasıf, nakit, tayin, görme, ayıp ve aldatma muhayyerlikleridir. Bu muhayyerlik türleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Mecelle madde 300-360; Kelebek, s. 83-86.

⁷³⁸ Apaydın, “Muhayyerlik”, s. 26.

⁷³⁹ Apaydın, “Muhayyerlik”, s. 26.

Ancak Mecelle 693. maddesinde, mukayyet havalede satıcının müşterideki bedel alacağından ödenmek üzere yapılan bir havalede, havale ile kayıtlandırılan satış bedelinin şart muhayyerliği, görme muhayyerliği veya ayıp muhayyerliği gibi bir sebep ile satışın feshedilmesinden dolayı sona ermesi durumunda havalenin batıl olmayacağını kabul etmiştir. Bu durumda muhalün aleyh havale borcunu ödemekten kaçınamaz. Ancak bu borcu ödedikten sonra muhile rücu eder⁷⁴⁰. Bu maddedeki hükmün yukarıda verilen örnekten farklı olmasının sebebi, havale borcunun kendisinin değil, havalenin kayıtlandırıldığı muhalün aleyhin muhile olan borcunun muhayyerliğe konu olmasıdır.

Akitler bakımından genel hüküm niteliğinde kabul edebileceğimiz buluş muhayyerliği ise, havale akdinde geçerli değildir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere bâliğ olmayan bir muhalün aleyhin havale kabul etmesi mümkün değildir. Bâliğ olmayan muhil veya muhalün leh için ise, veli veya vasinin vermiş olduğu icazet ile havale akdi tamam olur ve taraflar açısından lazım hale gelir. Dolayısıyla mümeyyiz küçük taraflar buluşa erince buluş muhayyerliğine dayanarak havale akdinden dönemezler. Nitekim muhalün aleyhin muhilden zengin olma şartı sebebiyle mümeyyiz küçüğün havale ile zarara uğraması da söz konusu olamaz⁷⁴¹.

Satım akdinden farklı olarak havale için söz konusu olabilecek bir muhayyerlik daha söz konusudur. Buna göre muhalün leh havalede, alacağının muhalün aleyhten tasilinin imkansız olması halinde kendisine muhile rücu etme imkanının tanınmasını isteyebilir. Muhalün lehin havalede böyle bir rücu muhayyerliği şart koşması geçerlidir. Böylelikle, muhalün lehin alacağını herhangi bir sebeple muhalün aleyhten tahsil edememesi durumunda muhile rücu etme hakkı olur⁷⁴². Sonuç olarak, havale

⁷⁴⁰ Mecelle madde 693; Kurtoğlu, C. II, s. 282.

⁷⁴¹ Ali Haydar, C. II, s. 296-297.

⁷⁴² *El-Hafif*, burada rücu muhayyerliğine başvurulabilmesi için havalenin herhangi bir sebeple batıl olmasından bahsetmektedir. Ancak muhayyerlik kavramının niteliği ve havalede tevâ halleri birlikte düşünüldüğünde rücu muhayyerliği ile kastedilen, tevâ halleri aranmaksızın muhalün lehin alacağını elde edememesi durumunda havaleden dönerek muhile rücu etmesi olmalıdır. Havalede rücu muhayyerliği hakkında geniş bilgi için Bkz: *El-Hafif*, s. 573.

akdinin tarafları bağlayıcı lazım bir akit olabilmesi için, üç tarafın da rızasının bulunması ve akdin diğer geçerlilik ve nefaz şartlarını taşıması yeterlidir.

VI. İHTİYARİ ŞARTLAR

Akitlerde tarafların ileri sürebilecekleri ihtiyari şartlar konusunda İslam hukuku doktrininde karşılaşılan mezhep görüşleri arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Bu konuda en dar yoruma sahip olan Zahirî mezhebine göre, akitlerde geçerliliği konusunda hakkında bir nas varit olmayan herhangi bir şartın ileri sürülmesi geçersizdir. En geniş yoruma sahip Hanbelî mezhebine göre ise, akitlerde ileri sürülmesi konusunda hukuken herhangi bir yasak bulunmayan her şart geçerlidir ve tarafları bağlar⁷⁴³.

Türk hukuk tarihi bakımından önemli olan Hanefî mezhebi ise, Zahirîler kadar olmasa da diğer dört fıkıh mezhebine göre akitte ileri sürülebilecek şartlar konusunda en dar yoruma sahip olan mezheptir. Hanefîlere göre asıl olan akitlerde şart ileri sürülememesidir. Ancak bazı durumlarda ileri sürülen şartı geçerli kabul etmişlerdir. Buna göre akdin gerektirdiği ve niteliğine uygun düşen şartlar, hukuken uygun görüldüğüne dair hakkında nas varit olan şartlar ve örfün kabul ettiği şartlar akitlerde geçerli olarak ileri sürülebilirler ve bu şartlar tarafları bağlar⁷⁴⁴.

Klasik kaynaklarda geçen örneklere bakıldığında, bir satıcının alacaklısını semenden ödemek üzere müşterinin üzerine havale etmesi şartı ile ona bir şey satması durumunda, satımın da havalenin de geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bu şart satım akdinin niteliğine uygun bir şart olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca bu şartta satıcı için alacaklısının mutalebesinden kurtulmak ve onu müşteriye tasallut etmek gibi bir fayda da söz konusudur⁷⁴⁵. Bununla birlikte muhalün lehin, muhilin

⁷⁴³ Şelebî, Muhammed Mustafa, el-Medhâl fi't-ta'rif bi'l-fikh el-İslâmî ve Kavâid el-Milkiyye ve'l-ukûd fihi, Dâru'l-Nahda el-Arabiyye, Beyrut 1985, s. 477.

⁷⁴⁴ Şelebî, s. 478-479; Karaman, "Akid", s. 254.

⁷⁴⁵ Bilmen, C. VI, s. 292.

havale borcunu muhalün aleyhten kabza vekil tayin edilmesi şartıyla havaleyi kabul etmesi geçerli değildir. Muhalün aleyh havale borcunu muhile ödemeye zorlanamaz. Nitekim bu şart havale ile ulaşılmak istenen maksada da aykırıdır⁷⁴⁶.

Havalede temel ilişkinin ve havalenin mahiyetine uygun bazı ihtiyari şartlar ise geçerli kabul edilmiştir. Mesela bir satıcı bedelini başka birinden havale ile tahsil etmek şartı ile müşteriye bir şey satsa, satış da havale de geçerli olur. Nitekim burada satışa ek olarak müşteriye veya satıcıya bir külfet yüklenmemektedir. Yine bir havalede muhalün lehin muhiline muhalün bihe kefaletini şart koşması da geçerlidir. Taraflar bu şartı kabul ederek havale yaparlarsa muamele geçerli olur ancak havale artık kefalet hükmü doğurur. Nitekim Mecelle'nin 649. maddesinde "*muhilin adem-i beraeti şartıyla havale kefalettir*" demekle bu şartın sahih kabul edildiği açıkça görülmektedir⁷⁴⁷. Bu durumda muhalün leh havale borcunu ister muhilden isterse muhalün aleyhten talep edebilir⁷⁴⁸.

Mecelle'nin 696. maddesinde mukayyet havaleye ilişkin bir şartın hükmü ayrıca değerlendirilmiştir. Klasik fıkıh metinlerinde fasit havaleye ilişkin verilen örneklerden birine göre, muhiline emri olmaksızın muhalün aleyhteki malının satılıp semeninden ödenmek üzere kabul edilen havale fasittir. Muhil, bu satışa rıza göstermedikçe satış da havale de geçerli hale gelmez⁷⁴⁹. Ancak maddede geçtiği üzere, bir kimse kendi malının satılıp semeninden ödenmek üzere alacaklısını başkasının üzerine havale etse, muhalün aleyh de bunu kabul etse havale geçerli olur⁷⁵⁰. Burada fasit havale söz konusu değildir. Çünkü muhiline, muhalün aleyhte olan malının satılması konusunda ona yetki vermektedir. Bu şartla havaleyi kabul eden muhalün aleyh, söz konusu malı satmaya ve bedelinden havale borcunu ödemeye zorlanabilir. Ancak bu havalede muhalün aleyhin havale borcundan sorumluluğu söz konusu malın ifa ettiği kadardır. Doktrinde bu konuda muhiline söz konusu mal satılmadan önce verdiği

⁷⁴⁶ Bilmen, C. VI, s. 292.

⁷⁴⁷ Mecelle madde 649/1.

⁷⁴⁸ Bilmen, C. VI, s. 292.

⁷⁴⁹ Bilmen, C. VI, s. 287.

⁷⁵⁰ Mecelle madde 696.

izinden cayma hakkının olup olmadığı değerlendirilmiştir. Tasarruf yetkisinin asıl sahibi muhilin, tasarruf gerçekleşmeden önce yetki verdiği muhalün aleyhten verdiği yetkiyi geri alabilmesi gerekir. Nitekim kimse kendi malını satmaya zorlanamaz. Bununla birlikte muhalün aleyhin havale ilişkisine yabancı birisinin malını satarak onun bedelinden ödeme şartı ile havaleyi kabul etmesi durumunda söz konusu havale geçerli olmayacaktır. Çünkü muhalün aleyhin böyle bir satış şartı ile havaleyi kabul etmesinin geçerli olabilmesi için, söz konusu mal üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir⁷⁵¹.

VII. ŞARTLARA RİAYET ETMEMENİN SONUÇLARI

İslam hukukunda akitlerde aranan şartlara riayet etmemenin sonuçları yani hükümsüzlük halleri konusunda mezhepler arasında farklılıklar vardır. Bu noktada en temel fark, Hanefilerin hükümsüzlüğü butlan ve fesat olarak ayırırken, diğer mezheplerin bütün halleri butlan olarak nitelendirmesidir⁷⁵². Ancak bu konuda yapılan güncel bazı çalışmalarda hükümsüzlük kavramı butlan, fesat ve hatta işlerlik kazanamama yani adem-i nefaz hallerini kapsamak üzere üst bir kavram olarak kullanılmıştır⁷⁵³. Tezimiz kapsamında da havale akdine ilişkin aranan şartlara riayet edilmemesinin sonuçlarından bahsedilirken “hükümsüzlük halleri” ifadesi kullanılacaktır. Bu hallerden akdin geçerli hale getirilemeyeceği ve yeniden yapılması gereken haller için “butlan”, taraflarca ileri sürülmedikçe geçerli olmaya devam edebilen eksiklikler için “fesat”, akdin hukuken işlerliğini engelleyen eksiklikler için “adem-i nefaz”, İslam hukukunda kabul edilen muhayyerlik halleri özelinde akdin bağlayıcı olmasını engelleyen haller için ise “adem-i lüzum” ifadeleri kullanılacaktır.

⁷⁵¹ Bu şart ile yapılan havaleye ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 336-340.

⁷⁵² Karaman, “Akid”, s. 252.

⁷⁵³ Apaydın, H. Yunus, “İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, (*İslam Hukukunda Hükümsüzlük*), s. 90-91.

A. Butlan

İslam hukuku doktrinde Hanefi mezhebi dışında kalan çoğunluğa göre, butlan ifadesi ile akdin şartlarının eksik olduğu hükümsüzlük hallerinin hepsi kastedilmektedir. Hatta Hanefi hukukçular tarafından askıda hükümsüz yani mevkuף olarak sayılan yetkisiz temsilcinin tasarrufları dahi, cumhur hukukçulara göre batıl sayılmaktadır⁷⁵⁴. Ancak Hanefi mezhebinde kabul edildiği üzere bir hukuki işlemin esasına ilişkin şartlar ile harici vasıflara ilişkin şartların eksikliği ayrı değerlendirilmekte, bir hukuki işlemin esasına ilişkin unsur ve şartlarında eksiklik bulunması hali butlan olarak nitelendirilerek söz konusu işlem hukuken hiç doğmamış sayılmaktadır⁷⁵⁵. Medeni hukukta ise bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının tamam olmaması halini ifade etmek üzere “yokluk” terimi kullanılmaktadır⁷⁵⁶. Bununla birlikte medeni hukukta “butlan” ifadesi ile bir hukuki işlemin kurucu unsurları tamam iken esasa ilişkin bazı geçerlilik unsurlarının eksik olduğu kesin hükümsüzlük hali kastedilmektedir⁷⁵⁷. Ancak yukarıda görüldüğü üzere İslam hukuku ve Hanefi mezhebinde “butlan” ifadesi, yokluk ve kesin hükümsüzlük hallerini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

Havale akdi bakımından değerlendirilecek olursa, akdin temel unsurları olan taraflar, irade beyanları veya akdin konusunda bir eksiklik olması durumunda havale batıl olacağı gibi, havalenin esasına ilişkin inikat şartlarından olan ehliyet ve akit meclisine ilişkin eksiklikler ile akdin konusunun taşınması gereken şartlardaki eksiklikler havalenin butlanına sebep olacaktır. Örneğin havaleye konu olan borcun mevcut olmadığının ortaya çıkması durumunda havale batıl olur. Bunun gibi Mecelle'nin 693. maddesine göre satılanın bedelinden ödenmek üzere yapılan mukayyet havalede satılan malın istihkak edilmesi durumunda satım akdi sona ereceği gibi havale de batıl olur. Mecelle'nin 694. maddesine göre de muhalün aleyhin elinde

⁷⁵⁴ Apaydın, İslam Hukukunda Hükümsüzlük, s. 91.

⁷⁵⁵ Bardakoğlu, Ali, “Butlân”, DİA, C. VI, İstanbul 1992, (“Butlan”), s. 476.

⁷⁵⁶ Oğuzman / Barlas, s. 200-201.

⁷⁵⁷ Medeni hukukta kabul edilen butlan / kesin hükümsüzlük hali hakkında geniş bilgi için Bkz: Oğuzman / Barlas, s. 201-207.

emanet olan maldan ödenmek üzere mukayyet olan havalede, emanetin istihkakı durumunda havalenin kayıtlandırıldığı mal ortadan kalktığı için havale de batıl hale gelir. Bu sebeplerle havalenin batıl olması sonucunda muhalün aleyh havale borcu ile sorumlu olmaktan kurtulur ve borç muhilin zimmetine döner. Son olarak Mecelle'nin 695. maddesinde mazmun olan yani her hâlükârda ödenmek zorunda olan bir malın istihkakı durumunda havalenin batıl olmayacağı, çünkü muhalün aleyhin havalenin kayıtlandırıldığı bu borcu tazmin sorumluluğunun devam ettiği ifade edilmiştir⁷⁵⁸. Görüldüğü üzere tarafların havale iradesine uymayan veya havalenin konusunu ortadan kaldıran arızı durumların ortaya çıkması havaleyi batıl kılmaktadır.

B. Fesat

Hanefî mezhebi dışındaki hukukçulara göre muamelât yani İslam borçlar hukuku alanında fesat, “akdin kendisiyle ulaşılmak istenen sonucu doğurmaması” veya “akdin hükme sebep olmaktan çıkması” olarak tanımlanmaktadır. Hanefiler ise çoğunluk görüşün aksine hukuki işlemlerde aranan temel unsurlar ve harici vasıfları ayrı değerlendirerek fesadı, “asıl itibariyle meşru, vasıf itibariyle gayri meşru akit” olarak tanımlamışlardır⁷⁵⁹. Bununla birlikte *Ebu Hanife*'ye göre, bir akitte ortaya çıkan icma ile fasit olduğu sabit olan bir durum, o akdin geçerli kısımlarını da geçersiz hale getirir. Ancak *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed*'e göre ise, böyle bir durumda sadece fesadın söz konusu olduğu kısım geçersiz kılınarak akdin kalanı ayakta tutulmaya çalışılır⁷⁶⁰. Doktrinde akdin fesadına yol açan sebepler ise cehalet, ğarar⁷⁶¹, ikrah ve müfsit şart başlıkları altında değerlendirilmiştir⁷⁶².

⁷⁵⁸ Kurtoğlu, C. II, s. 282.

⁷⁵⁹ İslam hukuku mezheplerinin fesada ilişkin görüş ayrılıkları hakkında geniş bilgi için Bkz: Apaydın, H. Yunus, “Fesad”, DİA, C. XII, İstanbul 1995, (“Fesad”), s. 417.

⁷⁶⁰ Kelebek, s. 104.

⁷⁶¹ Ğarar, bir şeyin riske maruz bırakılması veya akıbetinin bilinmemesi olarak tanımlanmaktadır. Hanefî doktrini genel yaklaşımlarına uygun olarak ğararı da akdin konusunun aslına ilişkin ğarar ve vasıflarına ilişkin ğarar olmak üzere ikiye ayırmıştır. Buna göre akdin konusunun aslına ilişkin ğarar akdin butlanına, akdin konusunun vasıflarına ilişkin ğarar ise akdin fesadına sebep olmaktadır. Ayıntırılı bilgi için Bkz: Apaydın, “Fesad”, s. 419; Apaydın, İslam Hukukunda Hükümsüzlük, s. 134-135.

⁷⁶² Apaydın, “Fesad”, s. 419-420; Apaydın, İslam Hukukunda Hükümsüzlük, s. 132-137.

Havale akdi bakımından değerlendirilecek olursa, doktrinde geçtiği üzere fasit havale, sıhhat şartlarını taşımayan havale olarak tanımlanmaktadır. Örnek olarak ise, muhalün aleyhin satmaya yetkili olmadığı bir malı satıp bedelinden ödemesi kaydıyla yapılan mukayyet havale gösterilmektedir⁷⁶³. Nitekim mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borcun hukuken tasarruf imkanı bulunmayan bir mal olması durumunda, havale borcunun söz konusu maldan ödenmesi de hukuken imkansız olacaktır. Bununla birlikte havale akdinin konusunun taraflarca malum bir borç olması havale akdinin geçerlilik şartları arasında sayılmaktadır. Genel hüküm olarak bir akdin konusunun vasıflarına ilişkin bir cehalet veya ğararın akdin fesadına yol açtığı düşünülürse, taraflar bakımından muhalün bihin vasıflarına ilişkin bir bilinmezlik olması durumunda havalenin de fasit olacağı açıktır.

Müfsit şartlar ile esasında taraflarca ileri sürülmesi hukuken geçersiz olan şartlar kastedilmektedir. Hanefî mezhebine göre tevsikât (teminat) cinsi akitlerde yani kefalet, havale veya rehin akdinde, akitte taraflarca ileri sürülen ihtiyari şartların fesadı akdin fesadını doğurmaz⁷⁶⁴. Dolayısıyla havale akdinde tarafların akde dair ileri sürdükleri şartların hukuka uygun olmaması durumunda, söz konusu şart geçersiz olurken havale akdi geçerliliğini korur. Ancak daha önce de değinildiği üzere, mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borca ilişkin öne sürülen şartın fasit olması, havale akdinin de fesadına sebep olur. Nitekim bu şartın hükümsüz hale gelmesi, havalenin kayıtlandırılmaması sonucunu doğurur. Muhalün aleyhin mukayyet havaleye ilişkin rızasını mutlak havaleyi kapsayacak şekilde genişletmek ise onun mülkiyeti üzerindeki tasarruf hakkını sınırlandırma sonucu doğuracağından hukuken kabul edilemez. Nitekim bu konuda muteber fetva mecmualarında geçen bir örnek, Osmanlı uygulamasında da söz konusu hükmün geçerli olduğunu göstermektedir:

Karcıbaşı olan Zeyd daini Amr'ı şu kadar kuruş deyni ile Bekir'in üzerine havale eder oldukça Bekir ol kadar akçeyi Zeyd'in mülkünde olan kar

⁷⁶³ Bilmen, C. VI, s. 287.

⁷⁶⁴ Şelebî, s. 480.

semeninden eda etmek üzere havale edip lakin karı bey'a tevkil ve emretmiş olmasa havale-i merkume sahiha olur mu?

*El-Cevab: Olmaz*⁷⁶⁵.

Yukarıdaki örnekte geçtiği üzere muhalün aleyhin tasarruf yetkisi bulunmayan bir malı satması ve onun bedelinden ödenmesi şartı ile havalenin kayıtlandırılması durumunda, muhalün aleyhin söz konusu malı satışı yetkisi olmaması sebebiyle havale geçersiz kabul edilmiştir.

C. Adem-i Nefaz

Adem-i nefaz ile kastedilen esasında bazı unsurların eksikliği nedeniyle akdin hukuken işlerlik kazanamaması durumudur. Akdin gayri nafiz olması olarak da ifade edilebilen bu durumda akdin geçerliliği söz konusu unsurun tamamlanmasına mevkuftur. Medeni hukukta ise bu durumu ifade etmek üzere “noksanlık” terimi kullanılmaktadır. Buna göre kurucu unsurları tamam olan bir hukuki işlemin hüküm doğurabilmesi için bir unsur ile tamamlanması söz konusudur. Bu tamamlayıcı unsur gerçekleşene kadar işlem askıdadır⁷⁶⁶. Literatürde buna askıda hükümsüzlük de denmektedir.

Havale bakımından değerlendirilecek olursa, yukarıda sayılan nefaz şartlarından ehliyet, akit meclisi ve muhalün aleyh ile muhalün lehin rızalarından birinin eksik olması durumunda, söz konusu eksik unsur tamamlanana kadar havale gayri nafizdir. Buluğa ermemiş bir muhil veya muhalün lehin veli veya vasisinin icazeti, taraflardan biri adına irade beyanı ortaya koyan yetkisiz temsilcinin işlemi bakımından söz konusu tarafın icazeti ya da akit meclisinde bulunmayan muhalün aleyh veya muhalün lehin kendisine bildirildiğinde havaleye rıza göstermesi ile birlikte havale akdi tamam ve nafiz olur. Bu unsurların tamamlanması ile birlikte

⁷⁶⁵ Behcetü'l-Fetava, s. 351.

⁷⁶⁶ Oğuzman / Barlas, s. 209-211.

askıda hükümsüzlük hali sona erer ve akit hukuken işlerlik kazanır. Örneğin muhil ile muhalün aleyh arasında gerçekleşen bir havale, muhalün lehine kabulüne mevkuken kurulur. Muhalün lehine havaleyi öğrendiğinde kabul ederse havale nafiz hale gelir, etmezse geçersiz olur⁷⁶⁷.

D. Adem-i Lüzum

Adem-i lüzum ile kastedilen esasında İslam hukukuna has olan muhayyerlik hallerinde, muhayyer olan tarafın bu hakkını kullanması ile akitten dönebilmesi nedeniyle havalenin lazım yani bağlayıcı olmamasıdır. Lüzum şartlarında değinildiği üzere havale ilişkisinin temelindeki borcun lazım olmaması sonucunu doğuran bir muhayyerlik halinde havalenin geçerli kabul edilmemesi gerekir. Nitekim muhalün lehine lazım bir borç olması havalenin sıhhat şartlarından birisidir.

Ancak havale akdinin kendisi için de bazı muhayyerlikler söz konusu olabilir. Bu durumda gayri lazım bir havaleden bahsedilir. Klasik kaynaklarda geçtiği üzere havale için geçerli olabilecek muhayyerlik, hıyar-ı şart olarak da ifade edilen şart muhayyerliğidir. Havalede şart muhayyerliği ya muhalün lehine için ya da muhalün aleyhine için söz konusu olabilir. Her iki ihtimalde de söz konusu şartla havalenin yapılması geçerlidir⁷⁶⁸.

Muhalün lehine şart muhayyerliği ile havaleyi kabul etmesi durumunda, belirlenen süre içerisinde dilerse havaleyi kabul eder, dilerse de reddederek muhile rücu eder. Burada muhalün lehine için söz konusu olabilecek rücu muhayyerliğinden de bahsetmek gerekir. Daha önce de belirtildiği üzere rücu muhayyerliği ile havalenin yapılması durumunda, alacağını muhalün aleyhten tahsil edememesi durumunda muhalün lehine muhile rücu imkanı söz konusu olur⁷⁶⁹. Ancak muhiline de muhalün aleyhine ile birlikte sorumlu olması şartı ile yapılan havale, bu durumdan farklıdır. Zira

⁷⁶⁷ Ali Haydar, C. II, s. 288.

⁷⁶⁸ Ali Haydar, C. II, s. 319.

⁷⁶⁹ Ali Haydar, C. II, s. 319; El-Hafif, s. 573.

daha önce açıklandığı ve Mecelle'nin 649. maddesinde belirtildiği üzere, bu şart geçerli olur. Ancak bu havale, kefalet hükmünde olur.

İkinci ihtimal ise havalenin muhalün aleyhin şart muhayyerliği ile yapılması durumudur. Muhalün aleyh için havalede böyle bir şartın koşulması geçerlidir. Şart muhayyerliğinde öngörülen süre içinde yani şart müddeti içinde, muhalün aleyhin havaleden dönme imkanı mevcuttur. Muhalün aleyh bu süre içinde havaleden dönerse, borç muhalin zimmetine döner⁷⁷⁰. Dolayısıyla bu durumda da havalenin adem-i lüzumu söz konusu olur. Sonuç olarak sayılan bu hallerde taraflardan birinin veya daha fazlasının havaleden dönebilme imkanı olduğu için, havale akdi tarafları bağlayıcı yani lazım değildir.

⁷⁷⁰ Ali Haydar, C. II, s. 319.

§ 3. HAVALE AKDİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Havale akdinin kurulması ile birlikte doğan hukuki sonuçlar şu şekilde sıralanabilir: Havale ile birlikte muhil borçtan kurtulur ve bu borca bağlı teminatlar sona erer. Havale ile muhalün bih muhalün aleyhin zimmetinde sabit olur. Dolayısıyla muhalün leh, muhalün aleyhe karşı borcu talep hakkı kazanır. Bunun yanında havale ile nakledilen borcun tevâ durumunda tahsil edilememesi ihtimaline karşı muhilin belirli şartlarda sorumluluğu devam eder⁷⁷¹. Bunların yanında muhalün aleyhin ifadan sonra muhile karşı rücu hakkı doğar. Tevâ gerçekleşmişse, muhalün leh de muhile rücu hakkını kazanır. Sayılan bu hukuki sonuçlar, borç bakımından, taraflar arasındaki ilişkiler bakımından, def'i ve teminatlar bakımından, ayrıca rücu, vade ve ispat bakımından ayrı başlıklar altında incelenecektir.

I. BORÇ BAKIMINDAN

İslam hukuku doktrinde havale konusundaki içtihat farklılıklarından belki de en önemlisi, havale ile nakledilen borcun bütün unsurlarıyla tamamen mi yoksa sadece talep hakkı olmak üzere kısmen mi nakledildiği meselesidir. Muhalün bihin kapsamı konusunda bir grup, havale ile borcun zatının ve borcu talep hakkı olan mutalebenin beraber nakledildiğini ve muhilin zimmetinin borçtan tamamıyla kurtulduğunu savunmaktadır. Diğer görüşe göre ise, havale ile borcun zatı değil sadece talep hakkı yani mutalebe nakledilmektedir. Buna göre borç muhilin zimmetinde kalmaya devam etmekte ve fakat ondan değil, muhalün aleyhten talep edilebilmektedir⁷⁷².

Daha önce bahsettiğimiz üzere havale akdinin kurulması ile muhil ile muhalün aleyhin arasındaki esas ilişkiden doğan borç, muhalün aleyhin zimmetine geçer. Hanefî mezhebinde *Ebu Hanîfe* ve *Ebu Yusuf*, bu nakil ile borcun muhilin zimmeti bakımından sona erdiğini ve muhalün aleyhin zimmetine borcun aslının ve talep

⁷⁷¹ Mecelle madde 690; Ali Haydar, C. II, s. 310; Bardakoğlu, "Havâle", s. 510; Cheron / Fahmy, s. 427-428.

⁷⁷² Zeyla'î, C. IV, s. 172; İbn Âbidîn, C. V, s. 340.

hakkının birlikte nakledildiğini savunmaktadırlar⁷⁷³. Bu görüşe göre kefalet ile havale arasındaki en önemli fark budur. Kefalette alacaklı, asıl borçlu veya kefilin ikisine karşı da talep hakkına sahip iken, havalede ise alacağını sadece muhalün aleyhten talep edebilir. Çünkü havalenin gerçekleşmesi muhil yani asıl borçlu bakımından geçici bir ibra niteliğindedir. Burada geçici ibradan kastımız, alacaklının muhalün aleyhten hakkını alamadığı belirli hallerde, muhile tekrar başvurabilme hakkına sahip olduğu bir ibradır. Tevâ denilen bu haller, havalenin sona ermesi başlığında ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Hanefi mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüş budur. Hanefi mezhebinde nakledilen borcun niteliği veya kapsamı konusunda kabul edilen baskın görüş, borcun zatının ve mutalebenin birlikte nakledildiğini savunan ilk görüştür. Nitekim İslam hukukunun ilk dönem klasik eserlerinde dahi durum aynıdır⁷⁷⁴. Mecelle'nin 690. maddesinde zimnen bu görüşün kabul edildiği devam eden maddelerden anlaşılacakla birlikte⁷⁷⁵, *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 766. maddesinde havale ile hem borcun hem de mutalebenin nakledildiği ifadesi ile bu görüş açıkça kabul edilmiştir⁷⁷⁶. Mezhebin muteber hukuk kaynakları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılacak olursa, tartışmadaki taraflar ve delilleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir⁷⁷⁷.

Hanefi mezhebinin kurucusu *İmam-ı Âzam Ebu Hanife*'ye göre, havale ile borç tamamen muhalün aleyhin yani havaleyi kabul edenin zimmetine geçer ve muhilin

⁷⁷³ Ebû Yusuf, s. 54; Şeybânî, C. X, s. 445; Kâsânî, C. VI, s. 17; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566.

⁷⁷⁴ Cessâs, C. III, s. 221.

⁷⁷⁵ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566.

⁷⁷⁶ Bkz: Ek. 2.

⁷⁷⁷ Muteber fıkıh kaynakları ve kronoloji için Bkz: Özel, Ahmet, Hanefi Fıkıh Alimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları, 5. bs., TDV Yayınları, Ankara 2017.

yani havale edenin zimmeti borçtan beri olur⁷⁷⁸. Yani havale ile muhil borçtan kurtulur ve alacaklı tarafından mutalebe edilemez⁷⁷⁹.

Zeylaî'ye atfedildiği üzere, havale ile borcun zatının ve mutalebesinin nakledildiğine ilişkin mezhepte baskın olarak kabul edilen bu görüş *Ebu Yusuf* tarafından nakledilmiştir. Havale ile sadece mutalebenin nakledildiğine ilişkin ikinci görüş ise *İmam Muhammed*'e nispet edilmektedir⁷⁸⁰. İlk görüş sahiplerine göre havale ile borcun zatının da nakledilmesi icmâ deliline dayanmaktadır. Nitekim üzerinde icmâ edildiği üzere muhalün lehin muhalün aleyhi borçtan ibrası veya borcu ona hibe etmesi sahih iken, muhalün lehin muhili ibrası veya borcu ona hibe etmesi sahih değildir⁷⁸¹. Ayrıca bu görüş sahipleri aklî delillerin de havale ile borcun tamamının nakledildiğine işaret ettiğini ifade etmektedirler. Buna göre havale, nakil ve tahvil anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu fiile izafe edilen nesnenin de nakledilmesi gerekir. Havale fiiline izafe edilen ise mutalebe değil, borçtur. Aksi halde havale sîgalarında “*Seni şu borcumla filanın üzerine havale ediyorum*” ya da “*Borcunu havaleten üzerime alıyorum*” gibi bir kullanım söz konusu olmazdı. Bu da havale ile borcun muhalün aleyhe nakli sonucunu gerektirmektedir. Borcun mutalebesi, borcun zatına tabi olduğu için de borcun nakli ile mutalebenin de nakli sonucu doğar⁷⁸².

Bununla birlikte ikinci görüş sahipleri de icmâ deliline dayanarak havale ile sadece mutalebenin nakledildiğini savunmaktadırlar. Nitekim yine icmâ edildiği üzere muhalün aleyhten önce muhilin borcu ifa etmesi durumunda muhalün leh bu ifayı kabule mecburdur. Muhilin ifası bağışlama hükmünde değildir ve dolayısıyla kabule bağlı değildir⁷⁸³. Ayrıca muhalün lehin muhalün aleyhi borçtan ibrası, muhalün

⁷⁷⁸ Hanefî mezhebi bakımından karşılaşılan ilk hukuki ihtilaflar, mezhebin kurucusu *İmam-ı Âzam Ebu Hanife* ile çağdaşı ve kendi fıkıh ekolünün sahibi *İmam İbn Ebi Leyla* arasında meydana gelen hukuki ihtilaflardır. Bu iki imamın doktrin tartışmaları *Ebu Hanife*'nin öğrencisi *İmam Ebu Yusuf* tarafından derlenmiş ve eser *İmam Muhammed eş-Şeybani* tarafından rivayet edilerek günümüze ulaşmıştır. Bu eserde geçen havaleye dair görüş ayrılıkları için Bkz: Ebu Yusuf, s. 54 vd.

⁷⁷⁹ Ebu Yusuf, s. 54, Serahsî, C. XX, s. 52.

⁷⁸⁰ İbn Âbidîn, C. V, s. 340.

⁷⁸¹ Kâsânî, C. VI, s. 17; İbn Âbidîn, C. V, s. 340.

⁷⁸² Kâsânî, C. VI, s. 17-18.

⁷⁸³ Kâsânî, C. VI, s. 18.

aleyhin reddi ile geri dönmez. Ancak borcu hibe etmesi muhalün aleyhin kabulüne bağlıdır. Bu durum kefalette alacaklının kefilî ibrası veya borcu ona hibe etmesi gibidir. Havale ile borç muhalün aleyhin zimmetine tamamen nakledilmiş olsa idi, ibra ve hibe hükümlerinin farklı olması gerekirdi. Muhalün lehine muhalün aleyhi ibra etmesi durumunda muhalün aleyh, emri ile gerçekleşmiş olsa dahi havale borcu ile muhile rücu edemez. Kefalette de durum bu şekildedir. Fakat havale borcunun kendisine hibe edilmesi durumunda muhalün aleyh havale borcu ile muhile rücu edebilir. Çünkü alacağı iktisap etmiştir. Muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı mutlak havalede de hüküm aynıdır⁷⁸⁴.

Her iki görüş sahiplerinin de ittifak ettikleri hükümler değerlendirildiğinde borcun tamamının veya sadece mutalebe hakkının nakledildiğinin kabul edilmesinin mezhep bakımından çok fazla hüküm farklılığına yol açtığı söylenemez. Bu daha çok teknik bir tartışmadır. Bazı hükümlerin kendileri farklı olmasa da görüş sahiplerine göre gerekçeleri farklılaşabilmektedir. Hanefî mezhebi imamları havale ile borcun nakledildiği konusunda ittifak halinde olmakla birlikte, bu naklin içeriği (keyfiyeti) konusunda ihtilaf söz konusudur⁷⁸⁵.

Nitekim her iki görüş sahipleri de şu meselelerde ittifak halindedirler: Tevâ halinde borç muhile döner. Muhalün leh muhiline ifasını kabule mecburdur. Muhalün leh borcu kabzetmeden önce muhiline ölmesi durumunda borç terekeye dahil olur ve alacaklılar arasında paylaşılır. Muhalün lehine muhalün aleyhi ibrası kabul edilmemekle geri dönmez. Muhalün lehine muhiline, borcu muhalün aleyhten kabz etmeye vekil kılması geçerli değildir. Muhalün leh havale borcunu muhalün aleyhe hibe ederse, muhalün aleyh alacak hakkına halef olmakla bununla muhile rücu edebilir. Havale feshedilmekle sona erer. Müşterinin alacaklısını satıcı üzerine havale etmesi durumunda satıcının satılan malı hapis hakkı sona ermez. Aynı şekilde muhalün lehine muhiline borcuna karşılık elinde bulundurduğu rehni hapis hakkı bu borcun başkasına havale edilmesi ile düşmez. Bunun aksine satıcının alacaklısını müşteri

⁷⁸⁴ İbn Âbidîn, C. V, s. 340-341.

⁷⁸⁵ Kâsânî, C. VI, s. 17.

üzerine havalesi veya mürtehinin alacaklısını rehin veren üzerine havale etmesi durumunda ise satılan malı ve rehni hapis hakları düşer. Bütün bu hükümler havale ile borcun nakledildiğini açıkça ortaya koymaktadır⁷⁸⁶.

Bazı hükümler bakımından havale, tevâ doğana kadar muhilin borcunun ertelenmesi (tecili) olarak kabul edilmektedir ve dolayısıyla nakledilen sadece mutalebe hakkı olur. Bazı hükümlerde ise havale muhil bakımından ibra olarak kabul edilir ve dolayısıyla mutalebe ile birlikte borcun kendisi de nakledilmiş olur⁷⁸⁷. Nitekim *İmam Muhammed*'in görüşü, havalede alacaklının muhili ibrasının geçerli olması ve belirli şartlarda muhile rücu hakkının bulunması arasındaki çelişkiyi açıklamaya yöneliktir⁷⁸⁸.

Daha önce de ifade edildiği gibi, İslam hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere havale, zimmet borcu yani deyn için geçerlidir⁷⁸⁹. Bir borç (deyn) havale akdi ile bir zimmetten başka bir zimmete nakledilebilir. Çünkü borç hükmi bir nitelik taşır. Ayn ise bunun aksine hakikidir⁷⁹⁰. Havale hükmi bir kavram olan zimmette sonuç doğuran bir akit olduğu için, onunla aynların nakledilmesi mümkün olmaz⁷⁹¹. Aynın nakledilmesi için hakiki bir nakil ve zilyetliğin el değiştirmesi gerekir⁷⁹². Bununla birlikte havale akdinin konusu yani muhalün bih, para borçları olabileceği gibi altın veya gümüş de olabilir. Ayrıca selem veya karz akitlerinden ya da gasptan doğan mazmun alacaklar da -tartılabilen veya ölçülebilen mallar olması koşuluyla- havale akdine konu olabilirler⁷⁹³.

⁷⁸⁶ İbn Âbidîn, C. V, s. 341.

⁷⁸⁷ İbn Nüceym, el-Bahrü'r-Râik, C. VI, s. 267; İbn Âbidîn, C. V, s. 341-342.

⁷⁸⁸ Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁷⁸⁹ Kudûrî, el-Muhtasar, s. 120.

⁷⁹⁰ Ayn ve deyn farkı hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Mecelle madde 158-159; Karaman, "Ayn", s. 557-558; Aydın, "Deyn", s. 266-268.

⁷⁹¹ Merğînânî, C. III, s. 99; Neseî, s. 458.

⁷⁹² Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566.

⁷⁹³ Şeybânî, C. X, s. 446.

Hanefi mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, havaleyi kabul ile birlikte muhil borcundan kurtulur⁷⁹⁴. *İmam Züfer*'e göre ise, havalenin tamam olması ile birlikte muhil borcundan kurtulmaz. Havale, kefalet gibi borcu teminat altına alan akitlerdendir⁷⁹⁵. Muhil de kefalet akdindeki asil gibi borç ile sorumlu olmaya devam eder. *Merğînânî* ise bu konuda yukarıda açıklanan baskın görüşe katılmaktadır. Havalenin sözlük anlamından yola çıkarak havale ile bir naklin söz konusu olduğunu ve nakil sonrasında ilk zimmetin boşaldığını, bir borcun iki farklı zimmeti aynı anda meşgul edemeyeceğini belirtmektedir⁷⁹⁶. *Semerkindî* de aynı fikirdedir. Ona göre havale, asilin borçtan kurtulması şartıyla yapılan kefalet gibidir ve muhili borçtan kurtaran bir niteliğe sahiptir⁷⁹⁷. Nitekim Mecelle'nin 648. maddesinde de kabul edildiği üzere asilin borçtan kurtulması şartıyla yapılan kefalet, havale hükmündedir.

Maliki mezhebine göre ise havale muamelesi muhil ile muhalün lehin icap ve kabullerinin uyuşması ile birlikte akdedilmiş olur. Bu nakil ile de ilk zimmet borçtan beri hale gelir. Çünkü havale tahavvülden gelmekte olup, borcun tamamıyla bir zimmetten diğer bir zimmete nakledilmesi anlamına gelmektedir⁷⁹⁸.

Sonuç olarak havalenin hükmü muhilin borçtan beri olmasıdır. Hanefi mezhebinin üç imamının da kabul ettiği baskın görüşe göre havale ile birlikte muhil borçtan kurtulur. *İmam Züfer*'in görüşüne göre ise muhil borçtan kurtulmaz. Kefalette olduğu gibi, havaleden önce muhilin zimmetinde olan borç havaleden sonra da zimmette kalmaya devam eder. Bu görüşün gerekçesine göre havale bir teminat akdidir. Havale kefalette olduğu gibi, muhilin borçtan kurtulmasını değil, borç muhilin zimmetinde kalırken mutalebenin muhalün aleyhe yöneltilmesini teminat altına alır⁷⁹⁹. *Kâsânî*, bu konuda havalenin tahvil ve nakilden geldiğini, bir şeyin bir yerden diğerine nakledildiğinde ilk yerde kalmaya devam etmesinin mümkün olmadığını ve havalenin

⁷⁹⁴ Merğînânî, C. III, s. 99; Neseî, s. 458.

⁷⁹⁵ Semerkandî, C. III, s. 247; Merğînânî, C. III, s. 99; Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁷⁹⁶ Merğînânî, C. III, s. 99.

⁷⁹⁷ Semerkandî, C. III, s. 247.

⁷⁹⁸ Bilmen, C. VI, s. 289.

⁷⁹⁹ Kâsânî, C. VI, s. 17.

teminat işlevinin alacaklının borcu daha kolay ödeyebilecek birisine havale edilmesi ile alacağına daha kolay ulaşması ile sağlandığını ifade ederek ilk görüşü savunmuştur⁸⁰⁰.

II. TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN

İslam hukuku ve Mecelle’de kabul edilen havale akdinin üçlü bir hukuki ilişki olması ve aynı zamanda tarafların kendi aralarında havaleden farklı ikili borç ilişkileri olabilmesi nedeniyle, havalenin hükümlerini taraflar arasındaki ilişkiler bakımından ayrı ayrı değerlendirmek daha faydalı olacaktır. Bu doğrultuda muhil ile muhalün leh, muhil ile muhalün aleyh ve muhalün aleyh ile muhalün leh arasındaki hukuki ilişkiye ilişkin havale hükümleri ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

A. Muhil ile Muhalün Leh Arasındaki İlişki

Havale akdinin geçerli bir şekilde kurulması ile birlikte, muhilin muhalün lehe olan borcu, muhalün aleyhin zimmetine nakledilmiş olur. Bu nedenle havale, muhili borcundan kurtaran bir işlemdir. Rücu hakkını doğuran haller istisna olmak üzere, havale gerçekleştikten sonra artık muhalün leh alacağı için muhile başvuramaz⁸⁰¹. Örneğin tevânın gerçekleşmesi halinde, alacağı telef olan muhalün leh ilk borçlusu muhile tekrar başvurma imkanına sahip olur⁸⁰². Ancak sınırlı hallerde alacağın telef olduğu kabul edildiği için, bu haller dışında havalenin muhil bakımından geçici bir ibra niteliği taşıdığı söylenebilir⁸⁰³. Daha doğru bir ifadeyle, havale muhil açısından infisahi (bozucu) şarta bağlı bir ibra niteliği taşır. Tevânın gerçekleşmesi, ibra bakımından bozucu bir şart niteliğindedir. Bozucu şart (tevâ) gerçekleşmezse, ibra hüküm doğurur ve muhil borcundan kurtulur. Gerçekleşirse, ibra geçmişe etkili olarak sona erer ve muhil ibradan önce olduğu gibi borcu ile sorumlu olmaya devam eder⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ Kâsânî, C. VI, s. 17.

⁸⁰¹ Kudûrî, el-Muhtasar, s. 120; Semerkandî, C. III, s. 247; Merğînânî, C. III, s. 99.

⁸⁰² Nesefî, s. 458.

⁸⁰³ Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 39.

⁸⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Cheron / Fahmy, s. 434-436.

Çünkü havale, taşıdığı maksat sebebiyle, alacaklının hakkının selameti şartına bağlıdır⁸⁰⁵. Alacaklının hakkının telef olması durumunda havale feshedilmiş sayılır. Nitekim *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 777. maddesinde havalenin tamamlanması ile muhilin borcundan kurtulmasının, muhalün lehine hakkının selametine bağlı bir kurtulma olduğu açıkça ifade edilmiştir⁸⁰⁶. Mecelle'nin havalenin hükmünü düzenleyen 690. maddesinde ise bu şekilde açık bir ifade kullanılmamıştır. Ancak ilgili maddenin şerhinde, havale ile muhilin borçtan kurtulmasının tevânın gerçekleşmemesine bağlı geçici bir kurtulma olduğu ifade edilmiştir⁸⁰⁷. Burada alacaklının hakkının selameti, satış sözleşmesinde satılan malın selameti gibidir⁸⁰⁸. Çünkü İslam hukukuna göre satılan malın kabzdan önce telef olması da satış sözleşmesinin feshini doğurur.

İmam Şafii'ye göre ise havalede tevâ gerçekleşmiş olsa bile, yani alacaklının hakkını muhalün aleyhten alması imkânsız hale gelmiş olsa bile muhalün lehine muhile rücu hakkı yoktur. Çünkü ona göre havale ile muhile borçtan mutlak olarak kurtulur. Havale geçici değil tam bir ibra niteliğindedir. Dolayısıyla yeni bir sebep yani yeni bir borç doğmadan muhalün lehine muhile tekrar başvuramaz⁸⁰⁹.

Havale taraflarca kabul edildikten sonra, tevâ halleri gerçekleşmeksizin, muhalün lehine alacağını tahsil etmek üzere muhile başvuramayacağı Osmanlı uygulamasında kullanılan muteber fetva mecmualarında da geçmektedir:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile Bekir'in üzerine havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra teva mütehakkık değil iken Amr meblağ-i mezburu Bekir'den talep etmeyip Zeyd'den almağa kadir olur mu?

*El-Cevab: Olmaz*⁸¹⁰.

⁸⁰⁵ İbn Âbidîn, C. V, s. 345.

⁸⁰⁶ Bkz: Ek. 2; Cheron / Fahmy, s. 434-436.

⁸⁰⁷ Ali Haydar, C. II, s. 314.

⁸⁰⁸ Merğînânî, C. III, s. 99; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 569.

⁸⁰⁹ Merğînânî, C. III, s. 99.

⁸¹⁰ Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 219.

Mecelle'nin 690. maddesinde havale ile birlikte muhilin ve varsa kefilinin borcundan kurtulacağı ifade edilmiştir. Muhil ile birlikte kefilinin de borcundan kurtulması, borçlar hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da kabul edilen genel prensibin sonucudur. Buna göre asılın sona ermesi ile birlikte buna bağlı fer'ileri de sona erer. Asil olan muhilin borcunun sona ermesi ile bu borcun fer'i durumunda olan kefilin borcu da sona erer. Mecellede de 662. madde geçen "*asilin beraeti kefilin beraetini mûcib olur*" hükmü ile aynı prensip benimsenmiştir⁸¹¹. *Ali Haydar Efendi*, muhilin borcundan kurtulmasının sebebi olarak havaleden maksadın nakil ve tahvil olduğunu, bir zimmetten başka bir zimmete nakledilen borcun ilk zimmeti meşgul etmeye devam edemeyeceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte 690. madde hükmü gereği muhilin borcundan kurtulması için muhalün lehin alacağını muhalün aleyhten kabzemiş olması da şart değildir. Muhalün bih ifa edilmemiş olsa dahi havalenin tamamlanması ile muhil ve varsa kefil bu borçtan kurtulur⁸¹².

Daha önce de bahsedildiği üzere Hanefi mezhebinden *İmam Züfer*'e göre havalede muhil muhalün aleyh ile birlikte borçtan sorumlu olmaya devam eder. Burada muhilin konumu kefilin konumu gibidir. Havaleye konu olan borç muhilin zimmetini meşgul etmeye devam eder. Dolayısıyla doktrinde bu görüşün kabul ettiği havale akdi, borcun naklinden ziyade günümüzde kabul edilen adi havale işlemi gibi görülmektedir⁸¹³. Ancak Hanefi mezhebinde bu görüşün aksine muhilin zimmetinin havale ile borçtan kurtulacağı genel olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla havale akdinin en önemli hükmü, muhilin ve varsa kefilinin borcundan kurtulması ve bu borcun muhalün aleyhin zimmetine nakledilmesidir.

Muhalün lehin havaleyi kabul ederken muhilin borçla sorumlu olmaya devam etmesini şart koşması mümkündür. Muhilin adem-i beraeti şartı ile yapılan bu havale, kefalet hükmündedir. Mecelle'nin 649. maddesinde düzenlenen bu ihtimalde,

⁸¹¹ Ali Haydar, C. II, s. 310-311. Bununla birlikte Mecelle'nin genel hüküm niteliğindeki 50. maddesinde ifade edildiği üzere, "*Asıl sâkût oldukça fer' dahi sâkût olur*". Geniş bilgi için Bkz: Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 568.

⁸¹² Ali Haydar, C. II, s. 310-311.

⁸¹³ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 568.

muhâlün lehin muhile karşı mutalebe hakkı devam eder. Muhâlün leh, bu havale sonrasında alacağını muhil veya muhâlün aleyhin her ikisinden de talep edebilir⁸¹⁴. Bunun aksine 648. maddeye göre, kefalette asilin borçtan kurtulması şartı ile yapılan kefalet ise havale hükmü doğurur. Çünkü havalede muhil borcundan kurtulmaktadır⁸¹⁵.

Mecelle'nin 649. maddesinde düzenlenen bu durum istisna olmak üzere, temel prensip havale ile muhilin havale ile borcundan kurtulmasıdır. Asıl borç muhil bakımından sona erince ona bağlı şahsi ve aynı teminatlar da sona erer⁸¹⁶. Mecelle'nin 690. maddesine göre muhilin kefilinin olması durumunda kefaletin sona ereceği yukarıda belirtilmişti. Yine aynı maddeye göre rehinli alacaklı olan mürtehinin, rehin veren borçlusunu rahini üzerine bir alacaklısını havale etmesi durumunda, artık söz konusu rehin üzerinde hapis hakkı kalmayacağı kabul edilmiştir. Yani mürtehinin muhil olarak alacaklısını kendisine borçlu bir rahin üzerine havale etmesi durumunda, havale ile zimmetinden rehin veren rahinin zimmetine nakledilen havale borcu karşılığında, rahinin ona olan borcu da düşmektedir. Bu borcun sona ermesi ile birlikte de borç için verilen rehin de sona ermektedir. Havalede asıl borca ilişkin teminatların durumu ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre de muhil, havale ile birlikte muhâlün lehe olan borcundan tamamen kurtulur. Bununla birlikte havalede aksine anlaşma olmadıkça ve rücu muhayyerliği kabul edilmedikçe, bu mezhep görüşlerine göre muhâlün lehin muhile rücu etme imkanı yoktur. İmam Malik'in görüşü de prensipte bu görüş ile aynı yöndedir. Muhilin borcu tamamen sona ereceği için, muhâlün lehin ona rücu imkanı yoktur. Fakat bu Maliki mezhebine göre, iki istisnai halde muhâlün lehin muhile rücu hakkı kabul edilmiştir. Borçlunun alacaklısına karşı hile yapması veya alacaklının haberi olmadan müflis haldeki bir muhâlün aleyh üzerine havale edilmesi durumunda, alacaklı olan muhâlün lehin muhile rücu hakkı tanınmıştır. Zahirî

⁸¹⁴ Bilmen, C. VI, s. 290; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 568.

⁸¹⁵ Bilmen, C. VI, s. 290-291.

⁸¹⁶ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 568-569.

mezhebinde ise temelde havalenin geçerli olabilmesi için muhalün aleyhin ödeme gücünün olması şarttır. Ancak havale gerçekleşikten sonra muhalün aleyhin iflas etmesi, muhilin sorumluluğunu ve muhalün lehine ona rücu edebilmesini gerektirmez⁸¹⁷. Muhalün lehine rücu hakkını doğuran haller ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak inceleneceği için burada genel bir bilgi vermekle yetinilecektir⁸¹⁸.

Muhilin havale ile birlikte borcundan kurtulması ve muhalün leh ile aralarındaki hukuki ilişkiye dair Mecelle şerhinde geçen birkaç meseleye daha değinmek gerekir. Buna göre öncelikle muhilin şartlı da olsa borcundan kurtulması ile birlikte muhalün leh veya vekili havaleye konu olan alacaklarını muhilden veya muhil vefat etmişse geride bıraktığı terekesinden talep edemez. Sadece hakkının tevâ ile telef olması ihtimaline karşı muhilin mirasçılarında veya diğer alacaklılarından bir kefil isteyebilir. Bununla birlikte rücu şartlarının gerçekleşmemesi şartıyla, muhalün aleyhin borcunu ödemek bakımından muhalün lehe zorluk çıkarması da muhilin sorumluluğunu gerektirmez⁸¹⁹.

Muhil ile muhalün leh arasındaki ilişki bakımından ikinci olarak, havaleye konu olan borç karşılığında muhilin muhalün lehe bir rehin bırakmasının hükmü incelenmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere havale ile muhilin borcunun sona ermesi ile birlikte ona bağlı haklar da sona erer. Nitekim Mecelle'nin 701. maddesi rehni, bir malı kullanılması mümkün olan bir hak karşılığında mahpus ve mevkuf kılmak olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla havale ile birlikte rehni karşılığı olan alacak hakkı muhil bakımından sona ereceği için, muhilin vereceği rehin de geçerli olmayacaktır. Nitekim rücu şartları istisna olmak üzere, havaleden sonra muhalün lehine muhilden bir alacağı kalmamıştır⁸²⁰.

⁸¹⁷ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 569.

⁸¹⁸ Havalede rücu hakkını doğuran haller hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: §3-V.

⁸¹⁹ İbn Âbidîn, C. V, s. 344; Ali Haydar, C. II, s. 310-311.

⁸²⁰ Ali Haydar, C. II, s. 310-311.

Bu konuda sona olarak değinilmesi gereken mesele, muhalün lehin havaleden sonra muhili ibrası ve alacağını ona temlik edip edemeyeceği meselesidir. Yukarıda belirtildiği üzere havale ile birlikte muhilin zimmetinin bu borçtan kurtulması nedeniyle, söz konusu borca ilişkin muhalün lehin ibrası hüküm doğurmayacaktır. Hatta ibradan sonra rücu şartları gerçekleşse ve havale borcu tekrar muhilin zimmetine dönse, muhalün lehin baştaki ibrası hiçbir hüküm doğurmaz. Zimmette tekrar sabit olan havale borcu için muhilin tekrar ibra edilmesi gerekir. Bununla birlikte muhalün lehin havaleden sonra söz konusu borcu muhile hibe etmesi de geçerli değildir⁸²¹. Çünkü İslam hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere, alacağın borçlusundan başka birine temlik caiz kabul edilmemektedir⁸²². Muhilin zimmeti havale ile bu borçtan kurtulacağı için, söz konusu alacak bakımından borçlu sıfatını taşımaz. Bu nedenle de borç kendisine hibe edilemez.

B. Muhil ile Muhalün Aleyh Arasındaki İlişki

Havalenin geçerli olarak kurulması ile birlikte muhilin muhalün lehe olan borcu muhalün aleyhin zimmetine geçer. Muhalün aleyhin havaleyi kabul beyanı onun için borçlandırıcı bir işlem niteliği taşır ve onu muhalün lehe karşı borç altına sokar. Muhalün aleyhin söz konusu borcu ödemesi ile birlikte havale son bulur. Havalenin son bulması ile de muhil ve muhalün aleyh tamamen borçtan kurtulmuş olur.

Muhilin rızasına aykırı olmaksızın borcunu üzerine alan ve borcu ifa eden muhalün aleyh, ifadan sonra muhile rücu hakkına sahiptir. Çünkü bu borcu muhilin emri ile ifa etmiştir⁸²³. Muhalün aleyh ona havale edilen ve kendisinin ödemiş olduğu miktarı muhilden talep edebilir. Mecelle'nin 698. maddesi muhilin muhalün aleyhe karşı sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre muhalün aleyh havale borcunu ifa

⁸²¹ Ali Haydar, C. II, s. 310-311.

⁸²² Daha önce de belirtildiği üzere İslam hukukunda, Maliki mezhebi dışındaki mezheplere göre alacağın borçlu dışındaki üçüncü bir kişiye temlik edilmesi caiz değildir. Bkz: Senhûrî, el-Vasît, C. III, s. 421. İslam hukukunda alacağın temlik ve havale ilişkisi hakkında yukarıda Bkz: §1-VI-F.

⁸²³ Merğînânî, C. III, s. 100.

etmeden önce muhile bu borç ile rücu edemez. İfadan sonra ise ancak muhalün bih ile rücu edebilir. Yani ne cins bir para borcu ile havale edilmişse, muhilden onu alır. Mesela gümüş akçe ile havale edilip de altın ile ifada bulunmuşsa, muhilden altın talep edemez⁸²⁴. Günümüze uygun örneklendirme yapacak olursak, muhalün bih dolar üzerinden olup da kendisi Türk lirası ile ifada bulursa, muhile dolar ile rücu edecektir. Yahut muhalün aleyhin ifa uğruna edim niteliğinde başka bir eşya ile borcunu ifa etmesi durumunda, muhilden muhalün bih olan para borcunu talep edebilir. Bununla birlikte muhalün aleyhin borcun bir kısmından ibra edilmesi durumunda, borcun tamamını değil de ödediği kısmını muhilden isteyebilecektir. Nitekim muhil, ödenen borç miktarınca muhalün aleyhe karşı sorumludur⁸²⁵.

Muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu durumlarda ise muhil borcu ödemekten kaçınabilir. Burada tarafların arasında kabul edilen havalenin mukayyet havale olması şart değildir. Mukayyet havale olması durumunda zaten muhalün aleyhin muhile rücu hakkı yoktur. Ona olan borcundan mahsup edecektir. Ancak muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu ve fakat aralarında mutlak havalenin gerçekleştiği durumlarda da muhil muhalün aleyhin kendisine olan borcu ile muhalün bihi takas edebilir ya da ondan mahsup edebilir. Bununla birlikte muhil, muhalün aleyhin kendisine borçlu olduğunu ispat etmek zorundadır. Aralarındaki havalenin mutlak havale olması durumunda muhil, muhalün aleyhin kendisine borçlu olduğunu ispatlayamazsa rücudan kaçınamaz. Çünkü iddia eden iddiasını ispatlamak zorundadır. Muhalün aleyh muhile borçlu olduğunu inkâr ederse ve muhil de bu durumu ispatlayamazsa, muhalün aleyh ödediği borcu muhile rücu edebilecektir⁸²⁶.

Muhil ve muhalün aleyh arasındaki hukuki ilişki bakımından havalenin sayılan bu sonuçları genel olarak ifade edildikten sonra, bazı sonuçlar bakımından bu iki taraf arasındaki ilişkiyi mezheplerin havale tanımları ve özellikle Hanefi mezhebinde kabul edilen mutlak ve mukayyet havale ayırımına göre değerlendirmek gerekir⁸²⁷. Bu

⁸²⁴ Mecelle madde 698; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 570-571.

⁸²⁵ Nesefî, s. 458.

⁸²⁶ Merğînânî, C. III, s. 100.

⁸²⁷ Aynı yönde Bkz: Cheron / Fahmy, s. 428.

nedenle havalde muhil ve muhalün aleyh arasındaki hukuki ilişki öncelikle Hanefi mezhebinde ve Mecelle’de kabul edilen mutlak ve mukayyet havaleye göre, sonrasında ise diğer mezheplerin havale tanımına göre ayrıca ele alınacaktır.

1) Mutlak Havalede

Hanefi mezhebinin görüşüne uygun olarak Mecelle’nin 686. maddesinde havalenin gerçekleşebilmesi için muhalün aleyhin muhilin borçlusu olmasının gerekmediği ifade edilmiştir. Muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı halde havaleyi kabul ettiği bu durum, Mecelle’nin 679. maddesinde ifade edildiği üzere mutlak havale olarak kabul edilmektedir⁸²⁸. Burada esas kriter muhalün aleyhin muhile borçlu olmamasından ziyade, havale borcunun muhalün aleyhin muhile olan borcundan ödenme şartı ile kabul edilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla mutlak havalede iki durum söz konusu olabilir. Ya muhalün aleyhin muhile hiçbir borcu yoktur ve buna rağmen havaleyi kabul etmiştir. Ya da muhalün aleyhin muhile borcu vardır ancak havale bu borçtan ödenme kaydı ile yapılmamıştır. Muhil ve muhalün aleyh arasındaki ilişki bakımından mutlak havalede bu iki durumu ayrı değerlendirmek gerekir.

Öncelikle muhalün aleyhin muhile hiçbir borcu olmadığı halde havaleyi kabul etmesi durumunda, havalenin muhilin emri ile yapılıp yapılmadığına bakmak gerekir. Daha önce havale akdinin kurulmasında icap ve kabul bakımından oluşabilecek ihtimaller anlatılırken ifade edildiği üzere, ilk üç ihtimalde yani muhilin havaleye bir şekilde dahil olması durumunda, muhalün aleyhin havaleyi kabul etmesi muhilin rızası ve emri ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu durumlarda havale borcunu ifa ettikten sonra muhalün aleyhin muhile rücu hakkı doğar⁸²⁹. Nitekim Mecelle’nin 691. maddesinde mutlak havalede muhalün aleyhin muhile borcunun olmaması durumunda ifadan sonra rücu hakkının doğacağını kabul etmiştir⁸³⁰.

⁸²⁸ Madde metinleri için Bkz: Ek. 1.

⁸²⁹ Merğînânî, C. III, s. 100; Ali Haydar, C. II, s. 323-326.

⁸³⁰ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 570-571.

Mutlak havalenin muhilin emri ve rızası olmaksızın muhalün aleyh ve muhalün leh arasında kurulduğu dördüncü ihtimalde, muhalün aleyh borcu ifa etse dahi sonrasında muhile rücu hakkı yoktur. Çünkü daha önce de açıklandığı üzere muhilin rızası, muhalün aleyhin muhile rücu hakkının doğabilmesi için şarttır. Muhilin rızası ve emri olmaksızın muhalün aleyhin muhalün lehe ifade bulunması teberru hükmünde olup, rücu hakkı doğurmaz⁸³¹. Burada muhilin açıkça havale emrinde bulunması veya açık emri olmaksızın havale akdine katılması arasında sonuç bakımından bir fark yoktur. Nitekim *Kuduri* rivayetinde havalede muhilin rızasının aranmasının faydası, muhalün aleyhin ifadan sonra muhile rücu hakkının doğabilmesidir⁸³².

İkinci olarak ise muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu ancak havalenin bu borç ile kayıtlandırılmadığı bir durum söz konusu olabilir. Bu durumda da havale borcu kayıtlı olarak kabul edilmediği için mutlak havale söz konusudur. Burada muhalün aleyhin havaleyi kabul etmesi muhil ile aralarındaki diğer hukuki ilişkilerden bağımsız bir borç üstlenmesidir. Dolayısıyla muhalün aleyh, havaleyi gerekçe göstererek muhile olan borcunu ödemekten ya da elinde bulundurduğu malı iade etmekten kaçınamaz⁸³³. Bununla birlikte havale muhilin emri ile gerçekleştiyse, muhalün aleyhin ifade bulduktan sonra muhile rücu hakkı doğar. Bu rücu alacağını kendisinin muhile olan borcuna takas edebilir yahut ondan mahsup edebilir⁸³⁴. Muhalün aleyhin muhile olan borcunun muhalün bih cinsinden olması durumunda karşılıklı borçlar takas edilecektir⁸³⁵. Ancak muhalün bih cinsinden değil de başka bir borcun olması durumunda muhalün aleyh havale borcunu kendi borcundan mahsup edebilir. Nitekim Mecelle'nin 691. maddesinde muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu bir mutlak havalede, ifadan sonra muhalün aleyhin borcu ile takas edileceğini ifade edilmiştir⁸³⁶.

⁸³¹ Muhalün aleyhin muhilin emri ile havaleyi kabul etmesi ve ifa etmesi ise teberru hükmünde değildir. Dolayısıyla rücu edilebilir. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 428-429.

⁸³² Ayrıntılı bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 323-326.

⁸³³ Cheron / Fahmy, s. 428.

⁸³⁴ Cheron / Fahmy, s. 428-429.

⁸³⁵ Ali Haydar, C. II, s. 323-324.

⁸³⁶ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 570-571.

Muhalün aleyhin muhilin borçlusu olduğu mutlak havalede, havalenin kurulması ile birlikte muhalün lehine alacak hakkı muhalün aleyhteki bu mala taalluk etmez. Çünkü havale bu mal veya borç ile kayıtlandırılmamıştır. Dolayısıyla bu iki borç arasında bir bağlantı yoktur. Muhalün aleyhin muhile olan borcunun havale borcundan az olması durumunda, mukayyet havalenin aksine sorumluluğu muhalün bihe göre belirlenir. Çünkü havalenin konusu muhalün bihtir ve onun borcu ile sınırlandırılmamıştır. Muhil muhalün aleyhteki alacağını havale borcu ifa edilmeden önce kabzetse, havale sona ermez. Bununla birlikte ilk borcun batıl olması havaleyi batıl kılmayacağı gibi, havaleden sonra muhilin muhalün aleyhteki söz konusu alacağını talep hakkı da sona ermez⁸³⁷. Bu hüküm özellikle her iki borcun farklı cinsten olması halinde önem kazanır. Örneğin muhalün aleyhin muhile parça borcu ile borçlu olması durumunda ödediği havale borcunu öne sürerek söz konusu borcu ifa etmekten kaçınmaz.

Aynı şekilde bu borçlar birbirleri ile kayıtlandırılmadıkları için, muhilin havale borcu ifa edilmeden önce vefat etmesi durumunda, muhalün lehine muhilin muhalün aleyhteki alacağına müdahale edemez. Bu alacak muhilin terekesine dahil olur. Çünkü Mecelle'nin 690. maddesinde de ifade edildiği üzere havale ile birlikte muhile muhalün lehine olan borcundan kurtulmuş olur. Muhalün aleyhe nakledilen havale borcu da muhilin söz konusu alacağı ile kayıtlı olmadığı için, bu alacak bakımından muhalün lehine terekeden hiçbir talebi söz konusu olamaz. Hatta muhalün aleyh elinde bulunan muhilin malını muhalün lehine verse ve onun elinde telef olsa, muhile karşı tazmin sorumluluğu doğar⁸³⁸. Çünkü söz konusu mal, aralarındaki havale ilişkisinden bağımsızdır.

Muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu ancak havalenin bu borç ile kayıtlandırılmadığı bir mutlak havalede, Mecelle'nin 693. maddesinin son fıkrası ile 694 ve 695. maddeler uygulanmaz. Çünkü muhalün aleyhin muhile olan borcunun esasında doğmamış olduğunun ortaya çıkması, bu borcu sona erdirse de havale

⁸³⁷ Ali Haydar, C. II, s. 323-326; Cheron / Fahmy, s. 428.

⁸³⁸ Ali Haydar, C. II, s. 325-326.

borcunu sona erdirmez. Çünkü havale borcu mutlak havalede bu borcun selametine bağlı değildir. Örneğin muhilin satıcı muhalün aleyhin de müşteri olduğu ancak havalenin satılan malın bedeli ile kayıtlandırılmadığı bir durumda, satılan malın istihkak edilmesi nedeniyle semen borcunun sona ermesi havalenin akibetini etkilemez. Muhalün aleyh yine havale borcunu ifa etmek zorundadır. Çünkü mutlak olarak havaleyi kabul etmiştir. Sadece ifadan sonra kendi borcu ile muhalün bihi takas veya mahsup edemeyeceği için ayrıca muhile karşı rücu hakkı doğacaktır⁸³⁹.

Mutlak havalede de ifadan sonra muhalün aleyhin muhile rücu hakkının kapsamı Mecelle'nin 698. maddesi hükmüne göre tespit edilecektir⁸⁴⁰. Buna göre muhalün aleyh havale borcunu ifa etmeden muhile rücu edemez. İfada bulunduktan sonra ise ancak havalede kararlaştırılan muhalün bih ile rücu edebilir. Çünkü muhilin ödeme emri muhalün bih ile sınırlıdır. Dolayısıyla muhalün bihten başka bir eşya veya para cinsi ile muhalün aleyhin borcu ifa etmesi ve muhalün lehine bu ifayı kabul etmesi durumunda havale borcu sona erer. Ancak rücu hakkı havale akdine konu olan muhalün bih üzerinden doğar⁸⁴¹. Rücu hakkının mahiyeti ve kapsamı konusuna ileride tekrar değinilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, muhalün aleyhin ifadan sonra muhile rücu etmesi durumunda muhilin “*sendeki alacağımдан vermek üzere havale etmişim*” diyerek ifadan kaçınması mümkün değildir. Çünkü bir kimsenin havaleyi kabul etmesi, muhalün aleyhin muhile olan borcunu ikrar anlamı taşımaz. Burada havalenin mukayyet olduğunu iddia eden muhilin iddiasını ispatlaması gerekir⁸⁴².

⁸³⁹ Ali Haydar, C. II, s. 324-326.

⁸⁴⁰ Ali Haydar, C. II, s. 323-326; Cheron / Fahmy, s. 430.

⁸⁴¹ Madde metni için Bkz: Ek. 1.

⁸⁴² Ali Haydar, C. II, s. 325-326.

2) Mukayyet Havalede

Mecelle'nin 678. maddesinde tanımlandığı üzere mukayyet havalede, havalenin muhilin muhalün aleyhin elindeki veya zimmetindeki bir malı ile kayıtlı olarak yapılması söz konusudur. Kaynaklarda tahsis suretiyle havale olarak da geçen⁸⁴³ mukayyet havalede iki borç söz konusudur: Temel ilişkide muhilin muhalün lehe olan ve havale konusu borç ile muhalün aleyhin muhile olan ve havalenin kayıtlandırıldığı borç. Muhilin muhalün lehe olan borcu muhalün aleyh tarafından, kendisinin muhile olan borcundan mahsup edilmek veya muhilin elinde bulunan malından ödenmek kaydıyla üstlenilmiştir. Dolayısıyla muhalün lehin havale ile doğan muhalün aleyhteki alacak hakkı, muhilin muhalün aleyhteki alacak hakkına taalluk eder. Mecelle'nin 692. maddesinde belirtildiği üzere bu durumda muhilin muhalün aleyhteki alacağını talep hakkı sona erer. Havaleyi kabul ettikten sonra muhalün aleyh, muhile olan borcunu ifa edemez. İfa ederse havale geçersiz hale gelmez. Ancak muhalün aleyhin muhalün lehe karşı tazmin sorumluluğu doğar⁸⁴⁴. Çünkü bu alacak artık muhalün leh için mürtehinin elindeki rehinli mal gibidir. Nitekim mürtehinin elindeki rehinli mala zarar veren bir kimsenin bu zararı mürtehine tazmin etmesi gerekir. Muhilin söz konusu borcu talep edememesi, muhalün lehin alacak hakkı bakımından bir teminat niteliği taşır⁸⁴⁵. Bununla birlikte muhalün aleyh havale borcunu ifa etmeden önce muhilin vefat etmesi durumunda, muhilin diğer alacaklıları muhalün aleyhin zimmetindeki bu borca müdahale edemezler. Bu alacak üzerinde muhalün lehin hakkına ortak olamazlar. Çünkü havalenin bu alacak ile kayıtlandırılması ile birlikte, muhilin bunu talep hakkı sona ermiştir. Nitekim rehinli alacaklının rehin veren borçlunun terekesi üzerinde diğer alacaklılarına göre önceliği vardır⁸⁴⁶.

⁸⁴³ Çünkü mukayyet havalede muhilin muhalün aleyhteki alacağının kendi borcu karşılığında muhalün lehe tahsis edilmesi söz konusudur. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 428.

⁸⁴⁴ Cheron / Fahmy, s. 428-430.

⁸⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 326-328.

⁸⁴⁶ Ali Haydar, C. II, s. 328-329; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 570-571. Ayrıca madde metni için Bkz: Ek. 1.

Söz konusu 692. maddenin hükmü, esasında Hanefi mezhebinin bu konuda kabul ettiği baskın görüşe aykırıdır. Nitekim *Ebu Hanife*, *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed*'in görüşüne göre burada muhilin söz konusu alacağı onun ölümü ile birlikte terekesine dahil olur. Bu alacak üzerinde muhalün leh, muhilin diğer alacaklıları ile ortaktır. Hisseleri oranında aralarında taksim edilmesi gerekir. Mecelle'nin benimsediği mezhepte zayıf olan *İmam Züfer*'in görüşüne göre de muhilin bu alacağı talep hakkı sona ermiştir. Bununla birlikte *İmam Züfer*, rehin hükümlerine kıyasen mukayyet havalede muhilin muhalün aleyhteki alacağını muhalün lehe verilen bir rehin gibi değerlendirir. Dolayısıyla havale sona ermeden kayıtlandırılan borç sona erme de bu borç muhalün leh hakkı ile kayıtlı olduğu için terekedeki diğer alacaklılar buna müdahale edemezler. Muhalün leh burada rehinli alacaklı gibi rüçhan hakkına sahiptir.⁸⁴⁷ Nitekim Mecelle'nin 729. maddesine göre rehin, mürtebine borçlunun terekesi üzerinde diğer alacaklılara göre öncelik hakkı doğurur.

Mukayyet havalede doğabilecek hukuki sonuçları tespit edebilmek için havalenin kayıtlandırıldığı borcun niteliğine de bakmak gerekir. Çünkü muhalün aleyhin muhile olan borcunun niteliğinin doğurduğu tazmin sorumluluğu, rüçunun kapsamını da belirler. Mukayyet havale, muhalün aleyhin muhile olan deyn niteliğindeki bir borcu ile ya da elinde bulundurduğu ve teslim borcu olan ayn niteliğindeki bir borcu ile kayıtlı olarak yapılabilir. Kaynaklarda ilk durum deyn ile kayıtlı havale (*havale-i mukayyede bi'd-deyn*), ikinci durum ise ayn ile kayıtlı havale (*havale-i mukayyede bi'l-ayn*) olarak geçmektedir⁸⁴⁸.

Borç yani deyn ile kayıtlı olarak yapılan bir havale ilişkisinde, muhil ile muhalün aleyh arasında bu borcu doğuran hukuki ilişki satış veya kira gibi bir sözleşme ilişkisi olabilir. Bu durumda muhalün aleyhin sorumluluğu söz konusu akitten doğan sorumluluğa göre belirlenecektir. Nitekim muhil ile muhalün aleyh arasındaki sözleşme ilişkisinin havale gerçekleşmeden önce mevcut olan bir sebeple batıl olması durumunda, havale de batıl olur. Çünkü batıl bir sözleşme borç

⁸⁴⁷ Ali Haydar, C. II, s. 328-331.

⁸⁴⁸ Ali Haydar, C. II, s. 331.

doğurmayacağı için, bir havale ilişkisinin doğmamış bir borçla kayıtlandırılarak kurulması da söz konusu olamaz. Mecelle'nin 693. maddesinde satış sözleşmesi üzerinden açıklanan bu hükmün, deyn niteliğinde borç doğuran diğer hukuki işlemler için de geçerli kabul edilmesi gerekir⁸⁴⁹.

Söz konusu maddede ifade edildiği üzere, satıcının müşteri üzerindeki satış bedeli alacağı ile kayıtlı olan bir havalede, muhil olan satıcı ile muhalün aleyh olan müşteri arasındaki satış sözleşmesinin teslimden önce satılan malın satıcı elinde helak olması sebebiyle sona ermesi durumunda, müşterinin satış bedeli borcu düşse de havale ilişkisi sona ermez. Bunun gibi bu sözleşmesinin şart, görme veya ayıp muhayyerliğine dayanarak satılan malın satıcıya iade edilmesi ile sona ermesi durumunda da satış bedeli ile kayıtlandırılan bu havale sona ermeyecektir. Satış sözleşmesinin ikale yoluyla feshedilmesi durumunda da hüküm aynıdır. Çünkü sayılan bu beş durumda da havalenin kayıtlandırıldığı borç olan satış bedeli borcu, havale yapıldığı anda muhalün aleyh zimmetinde sabit olan lazım bir borçtur. Sahih ve lazım olan bu borç ile kayıtlı olarak yapılan havalede, havale kurulduktan sonra bu borcun sona ermesi havaleyi sona erdirmeyecektir. Çünkü mutlak havale örneğinde olduğu gibi, muhalün aleyhin muhile borçlu olması havalenin geçerlilik şartlarından biri değildir. Dolayısıyla muhalün aleyh muhile borçlu olmasa da havale borcu ile muhalün lehe karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Ayrıca mukayyet havale ile geçerli olarak tesis edilen hukuki durumun, muhalün lehine zararına olacak şekilde, muhil ile muhalün aleyh arasında havaleden sonra gerçekleşen bir sebep ile değişmeyeceği kabul edilmektedir⁸⁵⁰. Bu durumda muhalün aleyhin muhile olan borcu sakıt olduğu için, havalenin muhiline emri veya katılımı ile gerçekleşmesi şartıyla, muhalün aleyh havale borcunu ifa ettikten sonra mutlak havalede olduğu gibi muhalün bih ile muhile rücu edebilecektir⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Satış sözleşmesi üzerinden açıklanan Mecelle'nin 693. madde hükmü konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 331-334.

⁸⁵⁰ Cheron / Fahmy, s. 430-432.

⁸⁵¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 331-334.

Ancak 693. maddenin devamında ifade edildiği üzere satılan malın başkasına ait olduğunun ortaya çıkması ve bu malın istihkak edilmesiyle birlikte muhalün aleyhin havale kurulmadan önce dahi o borç ile sorumlu olmadığına ortaya çıkması durumunda havale de batıl olur. Bunun gibi karşılık ilişkisindeki borcun kira sözleşmesinden doğması durumunda da kiralanan malın başkasına ait olduğu ortaya çıkar ve maliki tarafından zapt edilirse, kira bedeli ile kayıtlı olarak yapılan havale batıl olur. Çünkü havale kurulurken kayıtlandırılan bu borçların başlangıçta da mevcut olmadığı ortaya çıkmıştır. Muhalün bihte aranan nitelikler, havalenin kayıtlandırıldığı borçta da aranacağı için, mevcut olmayan bir borçla kayıtlı olarak yapılan havale hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla havalenin batıl olması ile birlikte muhalün leh artık alacağını muhalün aleyhten talep edemez. Çünkü havalenin butlanı ile birlikte borç muhilin zimmetine döner⁸⁵². Muhalün aleyhin ifasından sonra bu sebeple havalenin batıl olması durumunda, muhalün aleyh ödediği miktarı dilerse muhalün lehten dilerse de muhilden alır. Çünkü fasit bir havalenin ifa edilmesi durumunda, muhalün aleyh ödediğini geri almak noktasında muhayyerdir. İsterse muhalün lehe isterse muhile başvurabilir⁸⁵³. Belirtmek gerekir ki müşterinin satış bedeli ile borçlu olduğu satıcıyı başka birisi üzerine havale etmesi durumunda bu maddede sayılan hallerden biri sebebiyle satış bedeli sakıt olursa sonuç değişir. Çünkü burada satış bedeli, havalenin kayıtlandırıldığı borç değil, bizzat havaleye konu olan borçtur. Muhalün bihin mevcut olmadığına ortaya çıkması havaleyi batıl kılacağı için, böyle bir örnekte satış bedelinin sakıt olması ile havale de batıl olur⁸⁵⁴.

Deyn ile kayıtlı havalede, muhalün aleyhin muhile olan borcu havale borcunu karşılamaya yetmezse, muhalün leh eksik kalan kısmı muhalün aleyhten talep

⁸⁵² Ali Haydar, C. II, s. 331-334; Cheron / Fahmy, s. 430-432. Ayrıca madde metni için Bkz: Ek. 1.

⁸⁵³ Ali Haydar, C. II, s. 333-334. Mecelle’de bu konuda açık bir ifade olmamasına rağmen, Mecelle şerhlerinde ve klasik kaynaklarda kabul edilen hüküm bu şekildedir. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 430-432.

⁸⁵⁴ Ali Haydar, C. II, s. 334.

edemez⁸⁵⁵. Çünkü havale bu borçla kayıtlı olarak kurulduğu için muhalün aleyhin sorumluluğu onun miktarı ile sınırlıdır.

İkinci olarak havale muhalün aleyhin elinde bulunan ve muhile ait olan bir ayn ile kayıtlandırılmış olabilir. Bu durumda ise karşılık ilişkisinde aynın teslimi borcunu doğuran hukuki ilişki önem kazanmaktadır. Çünkü bu aynın muhalün aleyhin elinde telef olması durumunda, muhalün aleyhin tazmin sorumluluğu bu hukuki ilişkinin mahiyetine göre belirlenecektir. Kaynaklarda geçtiği üzere, tazmin sorumluluğunun kapsamı söz konusu aynın emanet hükmünde veya gasp edilmiş bir mal hükmünde olmasına göre belirlenir. Öncelikle muhalün aleyhin elinde bulunan bu ayn, emanet hükmünde olabilir. Yani havale, muhiline ona emanet olarak verdiği ve iade borcu bulunan bir mal ile kayıtlandırılmış olabilir. Bu durumda muhalün aleyhin bu borçtan dolayı muhile karşı sorumluluğu emanet sorumluluğu ile sınırlıdır. İslam hukukunda kabul edildiği üzere emanet sorumluluğu, eminin kendisinden beklenen özeni göstermesi ile sınırlıdır. Yani emanet mal, muhalün aleyhin kusuru olmaksızın onun elinde telef olsa, muhile karşı tazmin borcu doğmaz. Bunun sonucunda ise telef olan bu mal ile kayıtlandırılmış olan havale de sona erer. Ancak bu malın muhalün aleyhin kusuru veya muhiline izni olmaksızın yapacağı bir tasarrufu ile telef olması durumunda, muhile karşı bu malı tazmin borcu doğacaktır⁸⁵⁶. Bununla birlikte mukayyet havalede emanet malın hükmünü düzenleyen Mecelle'nin 694. maddesinde ifade edildiği üzere, muhalün aleyhin elinde emanet olan malın muhile ait olmaması ve istihkak edilmesi durumunda, havale batıl olur ve borç muhiline zimmetine döner⁸⁵⁷. Burada istihkak ile telef arasında fark vardır. Söz konusu malın mülkiyetinin muhile ait olmadığına ortaya çıkması durumunda havalenin kayıtlandırıldığı borç yoklukla malul iken, malın muhalün aleyhin elinde telef olması durumunda bu malı teslim borcu mazmun ise tazminat borcuna dönüşür, mazmun değil ise imkânsızlık sebebiyle sona erer. Kayıtlanan borcun yokluk ile malul olması ve teslim borcunun imkansızlık sebebiyle

⁸⁵⁵ Ali Haydar, C. II, s. 331.

⁸⁵⁶ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 570-571; Cheron / Fahmy, s. 428-430.

⁸⁵⁷ Ali Haydar, C. II, s. 334-335; Cheron / Fahmy, s. 429-430.

sona ermesi havaleyi batıl kılarken, teslim borcunun tazminat borcuna dönüşmesi durumunda havale geçerli olmaya devam eder⁸⁵⁸.

Fakat muhalün aleyhin elinde bulunan bu mal muhilden gasp edilmiş bir mal ise, muhalün aleyhin tazmin sorumluluğu daha ağırdır. İslam hukukunda kabul edildiğine göre gasp sorumluluğu, ağır bir hukuki sorumluluktur. Gasp edilen malın her halükârda tazmin edilmesi gerekir. Muhalün aleyhin kusuru olmaksızın bu malın telef olması durumunda, muhile karşı tazmin sorumluluğu sona ermez. Dolayısıyla kayıtlandırılan malın telef olması havaleyi sona erdirmez. Bu durumda muhalün aleyh kayıtlandırılan malın telef olduğu gerekçesiyle havale borcunu ifadan kaçınamaz⁸⁵⁹. Gasp edilen mal misli bir mal ise misliyle, gayri misli bir mal ise kıymeti ile tazmin edilmesi gerekir⁸⁶⁰. Bununla birlikte Mecelle'nin 694. madde hükmü gasp edilen mal için de geçerli olur. Yani muhalün aleyhin elinde bulunan gasp edilmiş bir malın muhil dışında birisine ait olduğunun ortaya çıkması ve istihkak edilmesi durumunda, muhalün aleyhin muhile karşı borcunun mevcut olmadığına ortaya çıkmasıyla birlikte havale de batıl olacaktır. Havalenin butlanı ile birlikte muhalün aleyh muhalün lehe olan borcundan kurtulur ve bu borç muhilin zimmetine döner⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Bu konuda kayıtlanan borcun havaleden önce sonra sona ermesi ve mazmun olmayan malın telef olması durumunda havalenin hükmünün farklı olması doktrinde farklı gerekçelerle açıklanmaya çalışılmıştır. *Ali Haydar Efendi*, burada ayn ile kayıtlı havalede aynın telef olmasını tevâ gibi havalenin sona erme sebeplerinden biri gibi değerlendirirken, *Cheron / Fahmy* iki hüküm arasında tutarsızlık olduğunu ifade etmiştir. Çünkü muhalün aleyhin kusuru olmaksızın telef olan emanet havaleyi batıl kıyorsa, satış sözleşmesinde bedelin sakıt olmasının ya da satılan malın satıcının elinde hasara uğramasının da havaleyi batıl kılması gerekir. Ancak kanaatimizce burada iki hüküm kıyaslanırken havalenin kayıtlandığı borcun havale kurulduktan sonra sona ermesi temelinde değil de bu borcun ifasının mümkün olup olmadığı temelinde bir değerlendirme yapılması gerekir. Nitekim satış bedelinin havaleden sonra sakıt olmasının mukayyet havaleyi sona erdirmemesi havalenin deyn ile kayıtlı olarak yapılması ve cins borcu sayılabilecek deynin telef olmamasıdır. Ancak muhalün aleyhin elinde bulunan emanet mal veya meblağ bir parça borcu gibi değerlendirilmiştir. Muhalün aleyhin kusuru ile telef olursa yerine tazminat borcu geçer ve imkânsızlık söz konusu olmaz. Fakat muhalün aleyhin kusuru olmaksızın telef olursa, tazmin borcu doğurmayacağı için ikame edilemez ve parça borcun ifası imkânsızlaşır. Burada havale muhalün aleyhin elindeki bu parça borcu ile sınırlı olarak kurulduğu için, bu borcun imkânsız hale gelmesi havaleyi de sona erdirecektir. Bu konudaki değerlendirmeler için Bkz: *Ali Haydar*, C. II, s. 335-336; *Cheron / Fahmy*, s. 430-432.

⁸⁵⁹ *Karaman*, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, s. 570-571.

⁸⁶⁰ *Ali Haydar*, C. II, s. 335-336.

⁸⁶¹ *Ali Haydar*, C. II, s. 334-335; *Cheron / Fahmy*, s. 429-430.

Deyn veya ayn ile kayıtlı havalede, muhile ait olduğu sanılan bu borcun veya malın muhalün aleyhin elinde telef olması durumunda, havalenin akıbeti için söz konusu borcun mazmun olup olmadığına bakmak gerekir. Mecelle'nin 695. maddesinde ifade edildiği üzere, muhalün aleyhin elindeki bu meblağ veya mal emanet sorumluluğu⁸⁶² gerektiren bir sebeple doğmuş ise, muhalün aleyhin kusuru olmaksızın telef olursa tazmin borcu doğurmayacağı için havalenin butlanına sebep olur. Çünkü muhalün aleyh havaleyi bu söz konusu meblağ veya mal ile kayıtlı olarak iltizam ettiği için, bu meblağın veya malın helaki iltizamın da butlanını gerektirir. Bu durumda muhalün aleyh havale borcundan kurtulur ve bu borç muhilin zimmetine döner. Ancak emanet borcu emin olan muhalün aleyhin kusuru sebebiyle telef olursa, tazmin borcu devam edeceği için havale batıl olmayacaktır. Bununla birlikte muhalün aleyhin elindeki bu meblağ veya mal gasp sorumluluğu doğuran mazmun bir mal ise, yani her halükârda tazmin edilmesi gerekiyorsa, muhalün aleyhin malın telefinde kusuru olup olmadığına bakılmaksızın tazmin borcu devam eder. Bu borçla kayıtlı olan havale batıl olmaz ve muhalün aleyhin havale borcu da devam eder⁸⁶³.

Muhil ile muhalün aleyhin arasındaki karşılık ilişkisine temel olan hukuki sebep fark etmeksizin mukayyet havalede, muhalün aleyhin ve varsa kefilinin muhile karşı karşılık ilişkisinden doğan borcu sona erer. Çünkü bu borç havale borcu ile kayıtlandırılmıştır ve muhalün lehine alacak hakkı bu borca taalluk etmiştir. Bir nevi alacağın temliki sonucu doğuran bu havalede muhalün leh, havale konusu miktarınca muhilin borcunu muhalün aleyhten talep etme hakkını kazanmış olur. Ancak karşılık ilişkisinde muhalün aleyhin muhile olan borcunun kefalet ile teminat altına alınmış olması durumunda, bu kefalet havale ilişkisi bakımından geçerli olmayacaktır. Çünkü muhalün aleyhin muhile olan borcunun sona ermesi ile birlikte kefilin borcu da sona ermiş olur. Ayrıca kefaletin borcun zatına değil de mutalebesine müteallik olması da söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu konuda borcun zatının akıbetine tabi

⁸⁶² Mecelle'nin 768. maddesinin açık ifadesine göre, "*Emanet mazmun değildir...*". Yani emanet her halükârda tazmin edilmesi gereken bir borç değildir. Eminin kusuru olmaksızın telef olması durumunda tazmin edilmesi gerekmez. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 336.

⁸⁶³ Ali Haydar, C. II, s. 335-336.

olmayacaktır⁸⁶⁴. Muhilin talep hakkının sona ermesinin yanında, mukayyet havalenin alacağı temlikine benzer sonuçlar doğurduğu bazı fıkıh kitaplarında geçen örneklerde de görülmektedir. Nitekim *Bahr ve Reddü'l-Muhtar*'da geçtiği üzere, muhalün aleyhin elinde emanet bulunan muhilin malı ile kayıtlı bir havalede, muhalün leh bu emanet malı muhalün aleyhe hibe etse geçerli olur⁸⁶⁵. Burada muhilin emanet alacağının havale ile muhalün lehe temlik edildiği söylenebilir. Çünkü muhalün lehin bu mal üzerinde hibe tasarrufunda bulunması için ona malik olması gerekir.

Bu genel hükümden yola çıkılarak bazı meselelerin incelenmesi gerekir. Öncelikle rehinle teminat altına alınmış bir borç ilişkisinde, rehin alan mürtehinin bir alacaklısını rehne temel olan borç ile rehin veren rahinin üzerine mukayyet havale ile havale etmesi durumunda, muhalün aleyh olan rahinin muhil olan mürtehine borcu sona ereceği için, mürtehinin artık rehinli malı hapse yetkisi kalmaz. Rehinli malın rahine iade edilmesi gerekir. Nitekim Mecelle'nin 692. maddesinde mukayyet havalede muhilin muhalün aleyhten olan borcunu talep hakkının sona ereceği ifade edilmiştir. Bu maddede muhil ile muhalün aleyhin arasındaki borca da muhalün bih denildiği görülmektedir⁸⁶⁶. Ancak daha önce belirtildiği gibi fıkıh kitaplarında muhalün bih teriminin her iki borcu karşılamak üzere kullanıldığı görülmekle beraber, tezimiz bakımından anlam kargaşasına yol açmamak adına muhalün bih terimi sadece havaleye konu olan borç için kullanılacaktır⁸⁶⁷. Bununla birlikte rehin veren rahinin mürtehine olan borcunu bir başkasına havale etmesi durumunda, muhalün leh konumunda olan mürtehinin rehne konu borç sona ermediği için, rehni hapis hakkı da sona ermez. Burada mürtehinin alacağını teminat altına alan rehinli mal muhile ait olsa bile, borç muhilden muhalün aleyhin zimmetine nakledilmiş olmasına rağmen

⁸⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 313-314.

⁸⁶⁵ Ali Haydar, C. II, s. 326-328.

⁸⁶⁶ Madde metni için Bkz: Ek. 1.

⁸⁶⁷ Nitekim Mecelle'nin 677. ve 688. maddelerinde kullanılan muhalün bih terimine uygun olmadığı gerekçesiyle *Ali Haydar Efendi* de 692. maddedeki kullanımı uygun bulmamış, burada kastedilenin havalenin kayıtlandırıldığı muhalün aleyhin muhile olan borcu olduğunu ayrıca belirtmiştir. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 326-327.

mürtehinin bu rehinli mal üzerindeki hapis hakkı sona ermeyecektir. Çünkü mürtehin rehinle teminat altına alınan bu alacağını henüz tahsil edememiştir⁸⁶⁸.

Bu konuda incelenmesi gereken bir diğer örnek, satıcının satılan malın bedeli ile kayıtlı olarak üçüncü bir kişiyi müşteri üzerine mukayyet havale ile havale etmesidir. Bu örnekte de muhalün aleyh olan müşterinin satın aldığı malın bedelini satıcıya ödeme borcu, havalenin gerçekleşmesi ile birlikte sona ermiştir. Daha doğru bir ifade ile satıcının bu bedeli müşteriden talep etme hakkı sona ermiş ve muhalün lehe havale ile kayıtlı olarak nakledilmiştir. Bunun sonucunda da satıcının satılan mal üzerindeki hapis hakkı sona erecektir. Böylelikle satılan malın havaleyi kabul eden müşteriye teslim edilmesi gerekir⁸⁶⁹. Nitekim bu hüküm Mecelle'nin satım akdinde satıcının hapis hakkına dair 282. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte müşterinin satıcıya olan bedel borcunu bir başkası üzerine havale etmesi durumunda da *Ebu Hanife ve Ebu Yusuf*'un görüşüne göre satıcının satılan malı hapis hakkı sona erecektir. Çünkü muhil olan müşterinin havale ile satıcıya olan borcu muhalün aleyhin zimmetine nakledilmiştir. Muhil bu borçtan kurtulmakla alacaklının borçtan bu doğan hapis hakkı da sona ermiş olur. Ancak *İmam Muhammed*'in görüşüne göre muhilin zimmeti borçtan tamamen kurtulmadığı, sadece mutalebeden kurtulduğu için bu örnekte satıcının malı hapis hakkı devam edecektir⁸⁷⁰. Hapis hakkı bakımından satış bedeli borcu ile rehinle teminat altına alınmış bir borcun doğurduğu sonuçların farklı olması ilginçtir.

Mecelle'nin 696. maddesinde düzenlenen hükme göre havale, muhalün aleyhin elinde bulunan ve muhile ait olan bir malın satılması ve havalenin satış bedelinden ödenmesi şartı ile de yapılabilir. Burada muhilin havalenin ödenmesi ile birlikte malik olduğu bir malın satılması konusunda da muhalün aleyhi yetkilendirmesi söz konusudur. Muhalün aleyh tasarrufa yetkili olduğu bu malı satmak ve bedelinden

⁸⁶⁸ Bu hüküm, muhilin zimmetinin havale ile borçtan tamamen kurtulmadığını, sadece mutalebeden kurtulduğunu savunan *İmam Muhammed*'in görüşünü destekler niteliktedir. Geniş bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 313-314.

⁸⁶⁹ Ali Haydar, C. II, s. 313-314.

⁸⁷⁰ Ali Haydar, C. II, s. 313-314.

havale borcunu ödemek için zorlanabilir⁸⁷¹. Çünkü havale bu kayıtla yapılmıştır ve muhalün aleyh de bunu kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki bu havalenin muhilin emri veya katılımı ile gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde muhalün aleyhin muhile ait olan bu malı satma yetkisi yoktur.

3) Diğer Mezheplere Göre

Hanefi mezhebi ve Mecelle’de mutlak ve mukayyet olarak ikiye ayrılan havale hükümleri, muhil ile muhalün aleyh arasındaki ilişki bakımından da ayrıca değerlendirilmiştir. Diğer mezheplerde ise havale ile sadece mukayyet havale kastedildiği için böyle bir ayrıma gerek yoktur.

Öncelikle hatırlamak gerekir ki diğer mezheplere göre havalede muhilin muhalün lehe borçlu olmasının yanında muhalün aleyhin de muhile borçlu olması şarttır. Muhil ile muhalün aleyh arasında bir borç ilişkisinin bulunmaması durumunda havalenin yapılması ve ifa edilmesi durumunda, Malikilerin bir görüşüne göre muhalün aleyhin ifasını bir teberru olarak değerlendirmek gerekir. Ancak bu mezhepteki diğer bir görüşe göre muhilin emri olmaksızın yapılan ifa teberru niteliği taşımakla beraber, muhilin emri ile yapılan havaleyi bir kefalet örneği olarak değerlendirmek ve ifanın gerçekleşmesi durumunda kefil gibi muhalün aleyhin de muhile rücu hakkını tanımak gerekir. Aksi halde muhil lehine haksız bir kazanç söz konusu olur. Üçüncü bir görüşe göre ise muhalün aleyhin muhile borçlu olmaksızın muhalün lehe olan borcunu ödemeyi vadetmesi özel bir mesele olarak değerlendirilmeli ve muhalün aleyhin ifasının gerçek bir hibe niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır⁸⁷².

Şafii ve Hanbelilere göre de havalede muhalün aleyhin muhile borçlu olması şart olup, muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı halde onun borcunu üzerine alması

⁸⁷¹ Cheron / Fahmy, s. 428-430. Madde metni için Bkz: Ek. 1.

⁸⁷² Cheron / Fahmy, s. 432-433.

durumunda, ifadan sonra muhile rücu edebilmesi gerekir. Ancak bu görüşlere göre rücu hakkı kefaletten ziyade vekalet ilişkisine dayandırılmaktadır. Böyle bir havalede muhalün aleyh muhilin borcunu ödeme ile yetkilendirdiği bir vekili hükmünde olması sebebiyle, müvekkili adına ifada bulunduktan sonra ona rücu edebilecektir⁸⁷³.

Hanefi dışındaki mezheplerde kabul edilen normal bir havale ilişkisinde ise, muhalün aleyhin muhile borçlu olması şart olduğu için havalenin hükümlerini karşılık ilişkisinde tarafların arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlemek gerekecektir. Maliki mezhebinde, muhalün aleyhin muhile olan borcunun herhangi bir sebeple batıl olması veya sona ermesinin havaleye etkisi konusunda doktrinde ihtilaf vardır. Baskın olarak kabul edilen görüşe göre, havalenin kayıtlandırıldığı borcun sona ermesi ile birlikte havale batıl olur. Muhalün aleyh havale borcunu ifa etmek zorunda değildir. Havalenin butlanı ile birlikte muhalün leh muhile rücu edebilecektir. Ancak bir görüşe göre burada kötü niyet yoksa havalenin geçerli olmaya devam etmesi gerektiği ve muhalün aleyhin ifadan sonra muhile rücu edebileceği savunulmaktadır⁸⁷⁴.

Muhalün aleyhin muhile olan borcunun sona ermesi durumunda Şafiiler, Hanefi mezhebinin mukayyet havaledeki görüşlerine yaklaşarak havalenin hükmü konusunda borcun havaleden önce veya sonra sona ermesine göre farklı değerlendirmektedirler. Buna göre, muhalün aleyhin muhile olan borcunun havaleden önce herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda muhalün aleyh havale borcunu ifaya mecbur değildir. Ancak bu borç havalenin kurulmasından sonra sona ermişse, muhalün aleyh havale borcunu ifaya mecbur olacaktır. Söz konusu borcun muhalün aleyhin havale borcunu ifasından sonra sona ermesi durumunda ise Hanefi mezhebindeki çözüm tarzından farklı olarak muhalün aleyhin sadece muhalün lehe

⁸⁷³ Cheron / Fahmy, s. 432-433.

⁸⁷⁴ Cheron / Fahmy, s. 433-434.

rücu edebileceğini kabul etmektedirler. Hanbeli mezhebinin bu konuda kabul ettiği hükümler de Şafii mezhebinin benimsediği çözüm tarzı ile aynıdır⁸⁷⁵.

C. Muhalün Aleyh ile Muhalün Leh Arasındaki İlişki

Havalenin en önemli sonuçlarından birisi de aralarında önceden bir borç ilişkisi bulunmamasına rağmen havale ile birlikte muhalün lehin muhalün aleyhten havale borcunu talep hakkının doğmasıdır. Ancak havale ile muhalün aleyhin zimmetine nakledilen borç, yeni kurulan bir borç değil muhalin zimmetindeki haliyle nakledilen eski borçtur⁸⁷⁶. Dolayısıyla muhalün leh bakımından yeni bir alacak hakkı doğmamıştır. Sadece alacak hakkının muhatabı değişmiştir. Bu durum muhalün lehin alacak hakkının nitelik, nicelik ve vade bakımından muhalün aleyhe karşı da aynı şekilde devam etmesi sonucunu doğurur.

Havale konusu borcun muhalin zimmetinden muhalün aleyhin zimmetine aynı şekilde intikal etmesi, İslam hukukunda ve özellikle Hanefi mezhebinde kabul edilen havale akdini Roma / Fransız sisteminde kabul edilen borç havalesi (*delegatio*) ve yenilemeden (*novatio*) ayıran en önemli farktır. Havale akdi görüldüğü üzere ne bir yenileme ne bir borcun düşmesi ne de yeni bir borcun ikamesidir. *Cheron / Fahmy*'nin ifade ettiği üzere bu bir borca tevarüstür. Yani Alman, İsviçre / Türk sisteminde kabul edildiği üzere cüzî halefiyet yoluyla yeni bir borçlunun eski borçlunun yerine aynı borç ile kaim olmasıdır⁸⁷⁷.

Muhilin borcunun muhalün lehe aynı şekilde nakledilmesi, borcun nitelik, nicelik ve vade gibi özelliklerinin muhalün aleyh ile muhalün leh arasındaki borç ilişkisinde de devam etmesini gerektirir. Bu özelliklerden def'iler, teminatlar ve vadeye ilişkin meseleler ileride ayrı başlıklar altında ayrıca incelenecektir. Bununla birlikte *Cheron / Fahmy*'nin ifade ettiği üzere, klasik metinlerde, Mecelle'de ve

⁸⁷⁵ Cheron / Fahmy, s. 433-434.

⁸⁷⁶ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

⁸⁷⁷ Geniş bilgi için Bkz: Cheron / Fahmy, s. 442-443.

Mürşidü'l-Hayrân'da formüle edilmemiş diğer bazı hususların da borcun nakline dair güncel telakkilere uygun olarak İslam hukuku bakımından da geçerli kabul edilmesi gerekiyor. Buna göre, havale ile borcun sadece tarafının değiştiği düşünülürse nakledilen borcun ticari bir borç veya adi bir borç olma niteliği havaleden sonra da devam edecektir. Bu borç için icraya konabilen bir senede sahip olan alacaklının havale sonrasında bu senedi yeni borçluya karşı da kullanabilmesi gerekir. Yine alacaklının ilk borçluya gönderdiği ihtarın yeni borçlu için de geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bunun gibi havaleye konu olan borcun niteliğine ilişkin birçok husus, havale ile nakledildiği kişiye karşı da ileri sürülebilir. Çünkü havale ile yeni bir borç doğmamış, mevcut olan borç başka bir kimsenin zimmetine nakledilmiştir⁸⁷⁸.

Burada havale ile borcu muhalün aleyhten talep etme hakkının muhalün leh için sabit olmasının doğurduğu bazı sonuçlara da değinmek gerekir. Öncelikle muhalün lehe karşı muhalün aleyhin borçlu hale gelmesi ile birlikte, muhalün lehin muhalün aleyhi bu borçtan ibra etmesi veya bu borcu ona hibe etmesi geçerli olur⁸⁷⁹. Nitekim Mecelle'nin 847. maddesine göre *“Bir kimse alacağını medyuna hibe yahud medyunu ondan ibra eyleyip o dahi reddetmese sahih ve deyn hemen sakıt olur”*.

Bunun yanında havale geçerli olarak kurulduktan ve borç muhalün aleyhe nakledildikten sonra muhalün aleyhin ölmesi veya ehliyetini kaybetmesi havaleyi batıl kılmaz. Muhalün aleyhin vefatı sonrasında borç terekese dahil olur ve muhalün leh bu borcu terekeden tahsil eder⁸⁸⁰. Bu konuda havalenin mutlak veya mukayyet olarak yapılmış olması, muhalün aleyh ile muhalün leh arasındaki ilişkiyi de etkiler. Mutlak havalede muhalün aleyhin havale borcunu ifa etmeden ölmesi durumunda bu borç terekese dahil olur. Muhalün leh alacaklı sıfatıyla bu borcu terekeden talep edebilir.

⁸⁷⁸ Cheron / Fahmy, s. 442-443.

⁸⁷⁹ Ali Haydar, C. II, s. 311-312.

⁸⁸⁰ Ali Haydar, C. II, s. 312-313.

Tereke borca batıksa muhalün lehin öncelik hakkı olmayıp, muhalün bihin diğer alacaklılarla arasında hissesi oranında taksim edilmesi gerekir⁸⁸¹.

Havale ile muhalün bihin birden fazla kişi üzerine birlikte nakledilmesi yani muhalün aleyhin birden fazla kişi olması durumunda, bunlardan her biri eşit oranda borçtan sorumlu olurlar. Nitekim Mecelle'nin 647. maddesinde ifade edildiği üzere birden fazla kefilin bir borca müştereken kefil olmaları durumunda her biri borçtan hissesine düşen miktarla sorumlu olur. Bunun gibi havalede de muhalün aleyhler arasında müşterek sorumluluk söz konusu olur ve her biri borcun kendi hissesine düşen kısmı ile sorumludur. Bununla birlikte kefalette birden fazla kişinin borcun tamamına ayrı ayrı kefil olmaları mümkün iken, havalede bu mümkün değildir⁸⁸².

Havale ile muhalün aleyhin zimmetinde sabit olduktan sonra muhalün bihin sona ermesi ve muhalün aleyhin muhalün lehe olan borcundan kurtulması, ileride tekrar değinileceği üzere, ancak ifa, ibra, hibe ve halefiyet gibi borcu sona erdiren sebeplerden birinin gerçekleşmesi ile mümkün olur⁸⁸³. Nitekim Osmanlı uygulamasında sıkça kullanılan muteber fetva mecmualarında da geçtiği üzere, muhalün aleyhin havaleyi kabul ettikten sonra pişman olup beyanını geri alması mümkün değildir. Borcu sona erdiren bir sebep gerçekleşmemişse, muhalün lehe karşı bu borç ile sorumlu olmaya devam eder. Şöyle ki:

Bu mesele beyânında eimme-i Hanefîyyeden cevab ne vechiledir ki; Zeyd dâyini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile Bekir'in üzerine havale ve Amr ve Bekir'den her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr meblağ-ı mezbûru Bekir'den talep ettikde Bekir havaleyi kabulüne nâdim olup vermemeğe kâdir olur mu, beyân buyurula.

⁸⁸¹ Ali Haydar, C. II, s. 323-325.

⁸⁸² Ali Haydar, C. II, s. 312-313. Ayrıca Mecelle'nin 647. maddesinin metni için Bkz: Akgündüz, s. 182.

⁸⁸³ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 570.

El-cevâb: Allahu a'lem, olmaz. Ketebehû el-fakîr es-Seyyid Mehmed Ataullah Ufiye anh⁸⁸⁴.

Bu fetvadan da anlaşıldığı üzere, bir kimse alacaklısını bir miktar borcu ile bir başkasının üzerine havale edip, bu iki kişi de havaleyi kabul ettikten sonra alacaklı parayı istediğinde, borçlu havaleyi kabul ettiğine pişman olup vermemezlik edemez. Bunun gibi havalede muhalün aleyhin ifadan sonra beyanından dönme ve ödediği miktarı muhalün lehten geri alma imkânı yoktur. Nitekim yine bir fetva mecmuasında geçtiği üzere, bir kimse bir şahsa olan borcunu alacaklısı vasıtasıyla ödedikten sonra, alacaklısı pişman olup ödediği parayı geri alamaz. Buna göre:

Bu mesele beyânında eimme-i Hanefiyyeden cevâb ne veçhiledir ki; Zeyd şu kadar akçe dâyini Amr'ı deyni ile ol kadar akçe medyunu Bekir'in üzerine havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr meblağ-ı mezbûru Bekir'den alsa Bekir kabulüne nâdim olup meblağ-ı mezbûru Amr'dan istirdâda kâdir olur mu, beyân buyurula.

El-cevâb: Allahu a'lem, olmaz. Ketebehû Ali el-fakîr Ufiye anh⁸⁸⁵.

Görüldüğü üzere havalenin geçerli olarak kurulması ile birlikte muhalün aleyh ile muhalün leh arasında geçerli ve tarafları bağlayıcı bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Muhalün aleyh artık muhalün lehe karşı borçludur ve havale ile kabul ettiği borcu ona ifa etmekten kaçınamaz.

III. İTİRAZ VE DEF'İLER

Havalede nakledilen borç muhilin zimmetinde nasılsa muhalün aleyhin zimmetine de aynı vasıflarla nakledilir. Dolayısıyla havale konusu borca ilişkin bazı fer'i unsurların da borç ile birlikte nakledileceği kabul edilmektedir. Prensip olarak

⁸⁸⁴ Şeyhülislam Şerifzade Mehmed Ataullah Efendi, (I. M. 14.10.1806- 13.7.1807; II. M. 14.7.1807- 21.7.1808). Bkz: Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 163, 167.

⁸⁸⁵ Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi, (I. M. 1674-1686; II. M. 10.3.1692- 19.4.1692; III. M. 2.11.1687- 13.2.1688). Bkz: Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 64, 66.

muhilin muhalün lehe karşı sahip olduğu borca bağlı hak ve def'iler, muhalün aleyh için de geçerli olur. Örneğin, muhalün aleyh de temel ilişkideki borcun hükümsüzlüğünü veya daha önce ödendiği savunmasında bulunabilir⁸⁸⁶.

Mecelle, muhalün aleyhe intikal eden ya da etmeyen fer'i unsurları ve def'ileri açıkça belirtmemiştir. Bununla birlikte Mahmasânî'nin değerlendirmesine göre Mecelle'nin havale maddelerinden yola çıkılarak, açıkça olmasa da delaleten fer'i unsurlar ve def'ilerden borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı olanların nakledilmeyeceğinin, borca sıkı sıkıya bağlı olanlarının ise nakledileceğinin kabul edildiği söylenebilir. Nitekim İsviçre / Türk sisteminde kabul edilen borcun üstlenilmesi hükümleri için de aynı şey geçerlidir⁸⁸⁷. Dolayısıyla borcun muhilin zimmetinden muhalün aleyhin zimmetine aynı vasıflarla nakledilmesi neticesinde, muhalün aleyh de muhilin sahip olduğu borcun hükümsüzlüğü veya sona erdiği itirazında bulunma hakkına sahip olur⁸⁸⁸.

Ancak örneğin takas def'i, muhilin şahsına ait bir savunma olduğu için muhalün aleyh için geçerli olamaz. Yani muhalün lehin muhile havaleye konu olan borçtan başka bir borcunun bulunması durumunda, muhil bu borç ile havaleye konu olan borcun takasını talep edebilecekken, muhalün aleyh söz konusu borç ile havale borcunun takasını talep edemez⁸⁸⁹. Bununla birlikte muhalün aleyhin muhalün lehten

⁸⁸⁶ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

⁸⁸⁷ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 570. Aynı yönde Bkz: Cheron / Fahmy, s. 443-444. Bununla birlikte *Cheron / Fahmy*, aksine açık bir hüküm olmadıkça borcun iptal edilebilmesine imkân sunan muhilin şahsına ait savunmaların, örneğin temel ilişki bakımından muhilin ehliyetsizliğinin muhalün aleyh tarafından da ileri sürülebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 444-445. Türk hukuku için ayrıca Bkz: TBK madde 198; Nomer, s. 379-380; Reisoğlu, s. 477-478.

⁸⁸⁸ Cheron / Fahmy, s. 443-444.

⁸⁸⁹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511. *Cheron / Fahmy*, İslam hukukunda aynı nitelik, nicelik ve vadeye sahip iki borcun kanuni olarak kendiliğinden takas edilmiş sayılarak sona ereceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla havale kurulmadan önce muhilin muhalün aleyhten havale borcu ile aynı vasıflara sahip bir alacağının bulunması durumunda, taraflar ileri sürmemiş olsa da takas kendiliğinden gerçekleşecek ve borç sona erecektir. Sona eren bir borcu üstlenmiş olan muhalün aleyh de söz konusu borcun mevcut olmadığını muhalün lehe karşı ileri sürebilir. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 443-445. Ancak kanaatimizce takas savunmasının İslam hukuku bakımından da İsviçre / Türk hukukunda olduğu gibi bir her zaman ileri sürülebilecek bir itiraz değil, taraflarca ileri sürülmesi gereken bir def'i olduğunu kabul etmek gerekir.

diğer bir alacağıının bulunması durumunda, muhalün aleyh de havale ile doğan borcuna karşılık bu alacağıının takas edilmesi talebinde bulunabilir.

Havalede ileri sürülebilecek def'iler bakımından havalenin mutlak veya mukayyet olması önemlidir. Mutlak havalede muhalün aleyhin muhile olan bir borcu ile kayıtlandırılmaksızın havaleyi kabul etmesi söz konusudur. Dolayısıyla muhil ile aralarındaki hukuki ilişkiye ait hak ve def'ileri muhalün lehe karşı ileri süremez⁸⁹⁰. Çünkü mutlak havale ile şarta bağlanmaksızın havale borcunu muhalün lehe ifa etme borcunu üstlenmiştir. Bu havale ilişkisi muhil ile aralarındaki karşılık ilişkisinden tamamen bağımsız bir ilişkidir. Örneğin muhalün aleyh, muhile borçlu olmadığını muhalün lehe karşı ileri sürerek ifadan kaçınamaz⁸⁹¹. Çünkü havaleyi mutlak olarak kabul etmiştir. Hanefi mezhebi ve Mecelle'ye göre de mutlak havalede muhalün aleyhin muhile borçlu olması gerekmez.

Mukayyet havalede ise havale borcu muhalün aleyhin muhile olan borcu ile kayıtlandırıldığından, muhalün aleyhin muhile karşı sahip olduğu savunmalar muhalün lehe karşı da geçerli olur. Nitekim mukayyet havalede muhalün aleyhin sorumluluğunun sınırları, muhil ile aralarındaki karşılık ilişkisine göre belirlenmiştir. Bu ilişkiden doğan borç ile kayıtlı olarak üstlenilen havale borcu birbirlerine bağlıdır. Daha önce de belirtildiği gibi havalenin kayıtlandırıldığı bu borç, parça borcu niteliği taşıyan ve tazmin edilmesi gerekmeyen bir ayn ise, bu aynın telef olması durumunda muhalün aleyhin muhile karşı borcu sona erer. Bu durum havalenin akıbetini de etkileyecektir. Çünkü havale borcunun ödeneceği mal yok olduğu için muhalün aleyh havale borcundan da kurtulacaktır. Bu durumda muhalün aleyh muhile karşı ileri sürebileceği borcun sona erdiği itirazını muhalün lehe karşı da ileri sürebilir⁸⁹².

Muhalün aleyhin muhile olan borcunun havaleden önceki bir sebeple batıl olduğunun veya sona erdiğinin ortaya çıkması ya da başkası tarafından istihkak

⁸⁹⁰ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

⁸⁹¹ Cheron / Fahmy, s. 443-445.

⁸⁹² Cheron / Fahmy, s. 444-445.

edilmesi durumunda da emanet borcunun telefinde olduğu gibi, muhalün aleyh muhile karşı olan borcunun sona erdiğini muhalün lehe karşı da ileri sürebilecektir. Ancak gasp sorumluluğu doğuran bir malın muhalün aleyhin elinde telef olması, onun muhile karşı tazmin borcunu sona erdirmeyeceği için muhalün lehe karşı havalenin sona erdiği ileri sürülemez. Çünkü bu durumda muhalün aleyhin havale borcu, telef olan mağsup malın yerine geçen tazminat bedeli ile kayıtlı olarak devam edecektir. Bunun gibi deyn niteliği taşıyan bir borç ile kayıtlı olarak yapılan bir mukayyet havalede, havale kurulduktan sonra bu deynin sona erdiği savunması muhalün lehe yöneltilemez⁸⁹³. Çünkü deyn borcu sona erme de muhalün aleyhin zimmetinde yer alan hükmi bir değerdir. Ayn borcu gibi muhalün aleyhin elinde bulunan fiziki bir mal değildir. Dolayısıyla her halükârda muhalün aleyhin parasal varlığından ödenecektir. Sadece deyn ile kayıtlı havalede, havale borcu ile söz konusu deyn arasında takasın gerçekleşerek muhalün aleyhin zimmetinde yer alan pasif bir değer sona ermesi söz konusu olur. Oysaki ayn ile kayıtlı havalede durum farklıdır. Havalenin muhalün aleyhin elinde herhangi bir sebeple bulunan maldan ödenmesi söz konusudur. Bu malın telef olması, muhalün aleyhin sorumluluğunu gerektirmediği sürece muhalün aleyhin kayıtlı şekilde üstlendiği havale borcunun ifasını imkânsız hale getirir. Sonuç olarak muhalün aleyhin muhile olan borcunun niteliği ve havaleyi hangi tür bir borç ile kayıtlı olarak kabul ettiği, onun muhalün lehe karşı sahip olduğu hak ve def'ilerini de belirler.

Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde kabul edilen havale ilişkisi ise, mukayyet havaleden ibarettir. Bu mezheplere göre, havale ile birlikte muhalün aleyhin üstlendiği borç, hiçbir değişikliğe uğramaz. Muhalün aleyh, muhilen havaleden önce muhalün lehe karşı ileri sürebileceği borca bağlı bütün savunmaları ileri sürebilir. Bu mezheplerde genel olarak kabul edildiği üzere, muhalün aleyhin muhalün lehe karşı sorumluluğu, muhile karşı borcundan doğan sorumluluğu ile sınırlıdır. Dolayısıyla

⁸⁹³ Cheron / Fahmy, s. 444-446.

muhalün aleyh, muhil ile aralarındaki borç ilişkisinden doğan itiraz ve def'ileri, muhalün lehe karşı da ileri sürebilir⁸⁹⁴.

IV. TEMİNATLAR

Daha önce bahsedildiği üzere, Mecelle'nin 50, 662 ve 690. maddelerinden anlaşıldığı üzere asıl borcun sona ermesi ile birlikte ona bağlı fer'i haklar da sona erer. Yani havalede muhil borcundan kurtulurken, bu borç için vermiş olduğu şahsi veya ayni teminatların da sona ermesi gerekir⁸⁹⁵. Ancak havale akdi ile nakledilen borca ilişkin fer'i hakların düşmesi konusunda Hanefi mezhebi doktrininde ihtilaf vardır. *Ebu Hanife* ve *Ebu Yusuf*'un görüşüne göre, asli hakların düşmesi ile ona bağlı fer'i haklar da düşer⁸⁹⁶. Mezhepte baskın olarak kabul edilen ve Mecelle'nin de benimsediği görüş budur. Nitekim Mecelle'nin 690. maddesi, havale ile muhilin borcu sona ererken kefil varsa kefaletinin ve varsa rehlin de sona erdiğini kabul ederek aynı prensibi benimsemiştir. Dolayısıyla havalede muhilin borcunun sona ermesi ile birlikte ona bağlı fer'i haklar, yani şahsi ve ayni teminatlar da sona erer.

Ancak *İmam Muhammed*, fer'i hakların düşmesi bakımından mutlak havale ve alacağın temlik sonucu doğuran mukayyet havaleyi birbirinden ayırmıştır. Madde 690'da geçen örnekte olduğu gibi mürtehinin rahindeki alacak hakkını mukayyet havale sonucunda muhalün leh olan alacaklısına temlik etmesi durumunda, *İmam Muhammed*'in görüşüne göre tahsil gerçekleşmedikçe rehin hakkı sona ermeyecektir. Çünkü ona göre havale ile sadece borcu talep hakkı anlamına gelen mutalebe nakledildiği için, muhilin zimmeti bu borçla iştigal etmeye devam edecektir. Yani rahin olan muhalün aleyh, kendisine havale edilen borcu ifa etmedikçe muhile olan borcu sona ermeyecek ve ona bağlı rehni hapis hakkı da devam edecektir⁸⁹⁷. *Ali Haydar Efendi* ise Mecelle şerhinde, mutlak havale veya alacağın temlik sonucu

⁸⁹⁴ Cheron / Fahmy, s. 445-446.

⁸⁹⁵ Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁸⁹⁶ Cheron / Fahmy, s. 448-449.

⁸⁹⁷ Cheron / Fahmy, s. 448-451; Bardakoğlu, "Havâle", s. 510-511.

doğuran bir mukayyet havalede, alacaklının eski borçludan talep hakkı düştüğü için, bu borca bağlı fer'i hakların -şahsi ve aynı teminatların- da düşmesi gerektiği görüşünü tercih etmiştir⁸⁹⁸.

Cüzî halefiyet prensibine göre borca halef olan yeni borçlunun, asıl borcu bütün vasıfları ile devralması gerekir. Çünkü halefiyette, borcun konusu değişikliğe uğramaksızın taraflardan birinin hukuki ilişkiden çıkarak yerine onun halefi olan kişinin geçmesi söz konusudur. Dolayısıyla borcun naklinde bu borca bağlı bütün fer'i unsurların da nakledilmesi gerekir. Ancak Alman, İsviçre / Türk hukuklarında kabul edilen borcun üstlenilmesi kurumunda da borca ilişkin teminat veren üçüncü kişilerin menfaatleri düşünülerek, rızaları olmaksızın bu teminatların yeni borçlu için devam etmeyeceği kabul edilmiştir⁸⁹⁹. Bununla birlikte eski borçlunun vermiş olduğu teminatlar devam eder⁹⁰⁰. Dolayısıyla havale akdi bakımından *İmam Muhammed*'in görüşünün cüzî halefiyet prensibine daha uygun olduğu söylenebilir.

Havale ile nakledilen borca ilişkin teminatların akıbeti incelenirken, bu borca ilişkin şahsi ve aynı teminatların ayrı değerlendirilmesi gerekir. Şahsi teminat ile havaleye konu borcun kefaletle teminat altına alınması, aynı teminat ile de bu borcun rehinle teminat altına alınması kastedilmektedir⁹⁰¹. Mecelle'nin 690. maddesine göre, havale ile birlikte muhil ile birlikte varsa kefil de borcundan kurtulmaktadır. Yani şahsi teminat olarak üçüncü bir şahsın borca kefil olması durumunda, havale ile kefalet sona erecek ve muhalün aleyhin havale borcu için geçerli olmayacaktır. Ancak söz konusu kefilin rızası ile muhalün aleyhe kefil olması da mümkündür. Burada muhil için, muhalün lehin alacak hakkının telef olmaması şartına bağlı olarak borçtan geçici kurtulmanın söz konusu olduğu itirazında bulunulabilir. Nitekim havalenin tevâ ile sona ermesiyle borcun muhilin zimmetine geri dönmesi durumunda, muhilin kefilinin borcunun da geri dönüp dönmeyeceği konusunda Mecelle'de açık bir ifade yer almamaktadır. Ancak *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 777. maddesi, havale ile muhilin ve varsa

⁸⁹⁸ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 568.

⁸⁹⁹ Cheron / Fahmy, s. 446-447.

⁹⁰⁰ TBK madde 198; Nomer, s. 379-380; Reisoğlu, s. 477-478.

⁹⁰¹ İslam hukukunda ipotek kurumu tanınmamaktadır. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 446-447.

kefilinin muhalün lehin hakkının selameti şartı ile kayıtlı bir şekilde borçtan kurtulduğunu açıkça ifade etmektedir. Dolayısıyla bu hükme göre borcun tevâ sebebiyle muhile geri dönmesi durumunda, muhilin kefilinin de yeniden borçla sorumlu hale geleceği anlaşılmaktadır⁹⁰².

Havalede temel ilişkideki borca ilişkin aynı teminatların durumu incelenecek olursa, burada teminatın kim tarafından verildiği önem taşır. İlk ihtimalde muhilin temel ilişkideki alacaklısı muhalün lehe bir rehin vermesi söz konusu olabilir. Muhilin alacaklısını muhalün aleyhin üzerine havale etmesi durumunda muhalün lehin rehin üzerindeki hapis hakkı devam edecektir. Çünkü muhalün lehin alacağı henüz ifa edilmemiş ve muhil borcundan bu alacak hakkının telef olmaması şartı ile kurtulmuştur. Tevânın gerçekleşmesi ve borcun muhile geri dönmesi söz konusu olabileceği için, muhalün lehin muhil tarafından verilen bu aynı teminat üzerindeki hapis hakkı devam edecektir.

İkinci ihtimalde ise muhalün aleyhin rehinli alacaklısı olan muhilin, onu kendi alacaklısı olan muhalün lehe havale etmesi söz konusu olabilir. Bu durumda muhilin muhalün aleyhten olan rehinli alacağı ile kayıtlı bir mukayyet havale yapılmıştır. Havalenin kurulması ile birlikte muhalün lehin muhildeki alacak hakkı, muhilin muhalün aleyhteki bu rehinli alacağına taalluk etmekle, muhilin söz konusu alacağı talep hakkı sona erecektir. Dolayısıyla muhalün aleyhin vermiş olduğu bu rehin ve muhilin bu rehinli malı hapis hakkı sona erecektir. Mecelle'nin 690. maddesinin son cümlesinde geçen hüküm, bu ikinci hal için geçerlidir⁹⁰³.

Son olarak havaleye sebep olan temel ilişkiye yabancı üçüncü bir kişinin muhilin borcunu teminat altına almak üzere rehin vermesi söz konusu olabilir⁹⁰⁴. Bu durum, Mecelle'nin 726 ve 728. maddeleri arasında düzenlenen müstear rehlin bir

⁹⁰² Cheron / Fahmy, s. 447-448.

⁹⁰³ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Cheron / Fahmy, s. 448-451.

⁹⁰⁴ Cheron / Fahmy, klasik metinlerde bu ihtimale ilişkin bir değerlendirme bulunmadığını, ancak *Ebu Yusuf*'un görüşü kabul edilirse muhalün aleyhin bu durumda da rehinli malı hapis hakkının havale ile sona ereceğini ifade etmektedir. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 449-451.

örneğidir. Buna göre rehin verilen mal üçüncü bir kişiye ait olup, borçlu bu malı sahibinin izni ile alacaklısına rehin olarak vermektedir. Müstear rehinde rehinli mal, rehin veren borçlu zimmetinde ödünç (âriyet) hükmündedir. Mecelle'nin 732. maddesinde, müstear olarak rehin veren bir borçlunun ödeme aczine düşmesi durumunda, kendi malının rehin verilmesine rıza gösteren malikin malını rehinden kurtarabilmek için asıl borçlunun borcunu alacaklıya ödemesi gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte 736. maddede müstear olarak rehin veren borçlunun iflas ederek ölmesi durumunda, alacaklının bu rehin üzerindeki haklarının devam edeceği, ancak ödünç verenin rızası olmadıkça satılıp paraya çevrilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu hükümler havale ile birlikte düşünüldüğünde söz konusu üçüncü ihtimalde, muhilden başka üçüncü bir kişinin rehin vermesi müstear rehin hükümlerine tabi olacaktır. Rehinli malın malikinin rızası olmaksızın muhalün leh tarafından paraya çevrilmesi mümkün değil iken, muhalün lehin rehinli malı hapis hakkının devam ettiğini kabul etmek gerekir.

Sonuç olarak havale ile nakledilen borca ilişkin aynı teminatlar konusunda Hanefi mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre, aynı teminatların borç ile birlikte sona ermesi gerekir. Bununla birlikte İmam Muhammed'in görüşüne göre muhilin zimmeti borcun zatı ile iştigal etmeye devam ettiği için alacaklının bu borç için verilen rehinleri hapis hakkı da devam edecektir. Ancak bu rehinlerin paraya çevrilmesi ve bu şekilde muhalün aleyhin ödeme gücünün teminat altına alınması söz konusu değildir. Burada korunan hapis hakkı, borcun muhile dönmesi ihtimaline karşı alacaklının teminatları elinde bulundurma hakkından ibarettir⁹⁰⁵. Diğer mezheplere bakıldığında ise bu konuya pek temas edilmediği, ancak mukayyet havalede karşılıklı borçların mutlak benzerliği aranacağı için farklılık arz eden teminatların da sona ereceği genel olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte Şafii mezhebinde rastlanan bir görüşe göre, havalede söz konusu olan bu iki borçtan birinin kefil veya rehin ile

⁹⁰⁵ Cheron / Fahmy, s. 450-451.

teminat altına alınması durumunda, havale ile birlikte borcun teminatsız olarak devredilmesi söz konusu olacaktır⁹⁰⁶.

V. HAVALEDE VADE

Havalede vade konusunda öncelikle İslam hukuku doktrininde kullanılan iki kavramdan bahsetmek gerekir. Klasik doktrinde kabul edildiği üzere muhalün bihin vadesi bakımından havale, belirsiz havale (*havale-i mübheme*) ve belirli havale (*havale-i gayri mübheme*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, havale akdi kurulurken borcun tacili veya tecili, muaccel olup olmadığı belirtilmeyen havaleye *havale-i mübheme* denir. Bununla birlikte muhalün bihin havale kurulurken vadesi belirlenmiş ise, bu havaleye *havale-i gayri mübheme* denir⁹⁰⁷. Mecelle, havale kitabının giriş kısmında bu tanımlara ayrıca yer vermemiştir. Ancak 697. maddede, havalenin hükmü düzenlenirken, muhalün bihin vadesinin belirlenmediği belirsiz bir havalede borcun vadesinin muhalün aleyh için de geçerli olacağı kabul edilmiştir⁹⁰⁸. Bu maddede yapılan belirsiz havale tanımının mefhumu muhalifinden, vadesi belirlenmiş bir havalede tarafların bu vadeye uygun hareket etmek zorunda oldukları çıkarılabilir.

Prensip olarak havalede muhilin borcu muhalün aleyhe bütün vasıflarıyla birlikte nakledilir. Bu nedenle aksine bir anlaşma yoksa, muhilin muhalün lehe olan vadeli borcunun havalesi durumunda, bu vade muhalün aleyh için de geçerli olacaktır⁹⁰⁹. Nitekim klasik kaynaklarda muhilin borcunun zimmetindeki sıfatı ile muhalün aleyhe nakledileceği, çünkü havaleden maksadın borcun nakli olduğu ve nakledilirken borcun sıfatlarının değişikliğe uğramayacağı açıkça ifade edilmektedir. Asıl borcun sıfatlarına ilişkin bu meselede değerlendirilen en önemli husus ise

⁹⁰⁶ Cheron / Fahmy, s. 451.

⁹⁰⁷ Bilmen, C. VI, s. 287.

⁹⁰⁸ Madde metni için Bkz: Ek. 1.

⁹⁰⁹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 566; Cheron / Fahmy, s. 442-443.

vadedir⁹¹⁰. Nitekim *Mürşidü'l-Hayran*'ın 782. maddesinin ilk fıkrasında borcun bütün vasıflarıyla nakledileceği kabul edildikten sonra devam eden fıkralarda havalede vadeye ilişkin hükümler ifade edilmiştir⁹¹¹. Kefalette vade meselesinde de hüküm havaledeki gibi olup, asıl borcun vadesi kefilin borcu için de geçerlidir. Mecelle'nin 652. maddesi hükmü de bu konuda aynı esasını benimsemiştir⁹¹².

Bununla birlikte mukayyet havalede karşılıklı borçların vadelerinin farklı olması sonucu değiştirmez. Örneğin muhilin muaccel olarak alacaklısı olan muhalün lehi, kendisinin muaccel olarak alacaklı olduğu muhalün aleyh üzerine havale ettiyse, muhalün lehine muhalün aleyhten talep edeceği muhalün bihi tecil etmesi durumunda, muhil bu havale borcunun vadesi geldiğinde tekrar ona vermek üzere muhalün aleyhte havale ile kayıtlı olan muaccel alacağını talep edemez. Muhalün aleyh söz konusu alacağı ya da malı muhile öderse, muhalün lehe karşı havale borcundan kurtulmaz. Bununla birlikte muhilin söz konusu malı muhalün aleyhten alması durumunda, mukayyet havale nedeniyle muhalün aleyh bu malı ondan istirdat edebilir⁹¹³.

Mukayyet havalede muhalün aleyhin muhalün lehe olan borcunun vadeye bağlanması durumunda, vade dolmadan muhil ölürse sonuç değişmeyecektir⁹¹⁴. Muhalün aleyhin borcu yine vadenin dolması ile birlikte muaccel olur. Ancak söz konusu vade dolmadan muhalün aleyhin ölmesi durumunda, borç muaccel hale gelir. Çünkü vadede amaç borçlunun ödeme gücünü toparlayabilmesi için süre verilmesi olup, borçlunun ölmesi durumunda vadenin bu amacı hükümsüz kalacaktır⁹¹⁵. Bununla birlikte muhalün aleyhin vade dolmadan müflis olarak vefat etmesi ile tevânın

⁹¹⁰ Ali Haydar, C. II, s. 340-343.

⁹¹¹ Cheron / Fahmy, s. 442-443. Ayrıca madde metinleri için Bkz: Ek. 2.

⁹¹² Ali Haydar, C. II, s. 341.

⁹¹³ Ali Haydar, C. II, s. 326-328.

⁹¹⁴ Ancak Cheron / Fahmy, bu hükmün sadece mutlak havale için geçerli olabileceğini, çünkü mukayyet havalede muhilin ölümü ile birlikte muhalün aleyhin borcundan kurtulduğunu ve muhalün lehine muhilin terekesine başvurması gerektiğini belirtmektedir. Fakat bahsedilen bu hüküm Hanefi mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüştür. Mecelle'nin 692. maddesinde tercih ettiği *İmam Züfer*'in görüşüne göre ise mukayyet havalede muhilin ölmesi durumunda alacaklıları havalenin kayıtlandırıldığı bu alacağa müdahale edemezler. Rehinde olduğu gibi muhalün leh öncelik hakkına sahiptir. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 442-443.

⁹¹⁵ Ali Haydar, C. II, s. 341-342.

gerçekleşmesi durumunda, borcun muhilin zimmetine vadesi ile birlikte geri dönecektir.

Bahsedilen bu hükümler vadesi belirlenmemiş havale yani havale-i mübheme için geçerlidir. Bunun dışında havalede tarafların havale borcu için bir vade belirlemeleri de söz konusu olabilir. Taraflar, temel ilişkideki borcun aynı vade ile nakledileceğini kararlaştırabileceği gibi, bu vadeden daha kısa veya daha uzun bir vade ile nakledilmesini de kararlaştırabilirler. Belirli vadeli yani gayri müphem bir havalede muhalün aleyh ancak vadenin dolması ve muaccel hale gelmesi ile borcu muhalün aleyhten talep edebilir. Nitekim Mecelle'nin 653. ve 654. maddelerinde mukayyet kefalet için bu hükümler açıkça ifade edilmekle birlikte, havale kitabında bu mesele açıkça ifade edilmemiştir. Bununla birlikte doktrinde kabul edildiği üzere, mukayyet kefalette olduğu gibi mukayyet havalede de hüküm aynıdır⁹¹⁶.

Muaccel bir borcun muaccel olacak şekilde havale edilmesi geçerli olduğu gibi, müeccel yani vadeye bağlanmış bir şekilde havale edilmesi de geçerlidir. Ancak mümeyyiz küçük bir muhalün lehin veli veya vasisi, küçüğün muaccel alacağının müeccel olarak havalesini kabul edemez. Çünkü bu durum havale borcu bakımından vade süresince geçici bir ibra niteliği taşır. İbra ise küçüğün malvarlığının tam aleyhine bir tasarruf olması nedeniyle kendisi, velisi veya vasisi tarafından yapılamaz. Bu konunun istisnası, küçüğün söz konusu alacağının veli veya vasisinin tasarrufundan doğan bir alacak olmasıdır. Eğer söz konusu alacak veli veya vasinin bizzat kendi akdettiği bir ilişkiden doğmuşsa, bu alacağın vadeye bağlı olarak havale edilmesi geçerlidir⁹¹⁷.

Muhalün bihin karz borcu olması durumunda da tecil geçerli olur. Esasında İslam hukukunda karzdan yani tüketim öduncünden doğan borcun vadeye bağlanması

⁹¹⁶ Ali Haydar, C. II, s. 341-343.

⁹¹⁷ Ali Haydar, C. II, s. 342-343.

caiz değildir⁹¹⁸. Ancak böyle bir borcun havaleye konu olması durumunda, havale borcunun tecili geçerli olacaktır⁹¹⁹. Nitekim Osmanlı'da başvuru muteber fetva mecmualarından birinde bu konuda bir örneğe rastlanmaktadır. Buna göre:

Zeyd karzdan olan şu kadar akçe daini Amr'ı ol kadar akçe medyunu Bekir'in üzerine havale ve Amr ve Bekir'den her biri havaleyi kabul ettikten sonra Bekir meblağ-i mezburu bir sene tamamına dek tecil eylese halen Amr "Meblağ-i mezbur karz olmakla tecil sahih olmaz" deyip kable hululi'l-ecel meblağ-i mezburu Bekir'den almağa kadir olur mu?

*El-Cevab: Olmaz*⁹²⁰.

Fetva metninden anlaşıldığına göre burada muaccel bir karz borcunun, vadeli bir şekilde müeccelen havale edilmesi söz konusudur. Bu durumda havale ve vade geçerli olacaktır. Dolayısıyla bu havaleyi kabul eden muhalün leh, karz borcu olmasına dayanarak belirlenen vade sona ermeden muhalün aleyhe başvuramaz. Ancak böyle bir havalenin tevâ ile sona ermesi ve borcun muhile geri dönmesi durumunda, karz niteliği nedeniyle muhil için borç tekrar muaccel olacaktır⁹²¹.

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde ise havalede vade meselesi ihtilafli bir meseledir. Nitekim bu mezhepler sadece mukayyet havaleyi kabul ederek, havalenin geçerli olabilmesi için karşılıklı borçlar arasında mutlak benzerlik aramaktadırlar. Hanbeli mezhebine göre, bu prensibe uygun olarak havalede söz konusu olan bu iki borcun da muaccel olması gerekir⁹²². Maliki mezhebine göre ise muhalün bihin veya muhalün aleyhin muhile olan borcundan en az birinin yahut her ikisinin de vadesinin gelmiş olması gerekir. İki borcun da müeccel olması durumunda havale değil de borcu borç ile satmak söz konusu olacaktır. Dolayısıyla da faiz ihtimali doğacaktır. Çünkü havalede asıl olan memnuiyet olmakla birlikte, söz konusu borçlardan birisinin veya

⁹¹⁸ İki taraf için de bağlayıcı olmayan akitlerden kabul edilen karz akdinde vade belirlenmesi, İslam hukukçularının çoğunluğu ve Hanefi mezhebine göre geçerli değildir. Geniş bilgi için Bkz: Apaydın, H. Yunus, "Karz", DİA, C. XXIV, İstanbul 2001, ("Karz"), s. 523.

⁹¹⁹ Ali Haydar, C. II, s. 342-343.

⁹²⁰ Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 218.

⁹²¹ Ali Haydar, C. II, s. 342-343.

⁹²² Cheron / Fahmy, s. 420.

her ikisinin vadesi anında ödenmesi şartıyla istisnai olarak havaleye ruhsat verilmiştir⁹²³. Fakat muhalün bihin müeccel, muhalün aleyhin borcunun ise muaccel bir borç olması durumunda, bu borç akdin kurulduğu anda taraflar ayrılmadan kabz edilirse havale geçerli olur. Bunun sebebi ise vadesi gelen (hulûl eden) borcun makbuz niteliği taşıması ve söz konusu durumun borcun borç ile satışı şüphesini ortadan kaldıracak olmasıdır⁹²⁴.

Bu meselede son olarak belirtmek gerekir ki muhalün bihin tecili geçerli iken, havale akdinin tecili geçerli değildir. Yani havale akdinin hüküm ifade etmesi bir vadeye bağlanamaz⁹²⁵.

VI. HAVALEDE RÜCU

Rücu, İslam hukukunda başkası için yapılan bazı ödeme veya harcamalarda ya da sebepsiz zenginleşme durumlarında ortaya çıkan talep hakkı için kullanılan bir hukuk terimidir⁹²⁶. Havalede rücu meselesinde iki durum söz konusudur. Öncelikle havale ile borcu üzerine alan muhalün aleyhin borcu ifa ettikten sonra muhile rücu edebilmesidir. İkinci mesele ise havale ile borç muhalün aleyhin zimmetine nakledildikten sonra, muhalün lehine alacak hakkının tehlikeye düşmesi durumlarında sınırlı hallerde tanınan muhile rücu hakkıdır. Ancak bu ikinci durum doktrinde daha çok tevâ meselesinde incelenmektedir.

Muhalün aleyhin muhile rücu hakkı, havalenin türü ve aralarındaki borç ilişkisinin mahiyetine göre belirlenir⁹²⁷. Hanefî mezhebine göre, muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı bir mutlak havalede, muhalün aleyhin ifadan sonra muhile rücu edebilmesi için havalenin muhiline emriyle gerçekleşmesi gerekir⁹²⁸. Muhilin emri

⁹²³ Bilmen, C. VI, s. 293; Cheron / Fahmy, s. 420

⁹²⁴ Bilmen, C. VI, s. 293.

⁹²⁵ Ali Haydar, C. II, s. 343.

⁹²⁶ Aybakan, Bilal, "Rücû", DİA, C. XXXV, İstanbul 2008, ("Rücû"), s. 284.

⁹²⁷ Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁹²⁸ Ali Haydar, C. II, s. 343-344.

olmaksızın muhalün aleyhin borcu üstlenmesi ve ödemede bulunması durumunda, ödeme bir teberru yani bağış niteliği taşır ve dolayısıyla muhile rücu edilemez⁹²⁹. Muhalün aleyhin muhile borcu varsa, ancak havale bu borç ile kayıtlandırılmamışsa yine mutlak bir havale söz konusudur. Muhalün aleyh havale borcunu ödedikten sonra, ödenen meblağı muhile olan borcundan düşer veya onunla takas eder⁹³⁰. Mecelle'nin 691. maddesinde bu durum açıkça belirtilmiştir.

Mukayyet havalede ise, havale ile nakledilen borç muhalün aleyhin muhile olan borcu ile kayıtlandırıldığı için, havale ile birlikte muhalün bih miktarı yapılan ödeme muhilin alacağından düşer. Muhalün aleyh havaleden sonra muhile borcunu ödese de havale borcu ile sorumlu olmaya devam eder. Çünkü muhilin alacağı bir anlamda muhalün lehe temlik edilmiştir. Böyle bir durumda muhalün aleyhin muhile ve muhalün lehe ayrı ayrı ödeme yapması söz konusu olur ve muhalün bih ile muhile rücu etme hakkı doğar⁹³¹. Nitekim rücunun tanımı gereği muhil için yaptığı ödemeyi ondan talep edebilmelidir. Mecelle'nin 692. maddesinde de mukayyet havalede muhilin muhalün aleyhteki alacağını talep edemeyeceğini, muhalün aleyhin muhile bu borcu ödemesi durumunda muhalün lehe karşı sorumlu olmaya devam edeceği ve sonrasında bu meblağın muhile rücu edilebileceği kabul edilmiştir.

Mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borç, havale akdi kurulduktan sonra fakat muhalün bih ifa edilmeden önce helak olursa, muhalün aleyhin sorumluluğu bu borcun niteliğine göre belirlenir⁹³². Muhalün aleyhin muhile olan borcu emanet sorumluluğu gerektiren bir borç ise, muhalün aleyhin kusuru olmaksızın borcun sona ermesi durumunda havale de sona erecektir⁹³³. Ancak emanet hükmündeki borcun helak olmasında muhalün aleyhin kusuru varsa, bu borcu tazmin etmesi gerektiğinden havale de sona ermez. Muhalün aleyhin tazmin borcu ile kayıtlı olarak devam eder. Muhalün aleyhin muhile olan borcu gasp sorumluluğu gerektiren

⁹²⁹ Ali Haydar, C. II, s. 344-345; Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁹³⁰ Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁹³¹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁹³² Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁹³³ Mecelle madde 695; Cheron / Fahmy, s. 438.

mazmun bir borç ise, muhalün aleyhin borcun telef olmasında kusuru olsun veya olmasın tazmin borcu olacağından havale de sona ermez. Bu durumda da havale, muhalün aleyhin tazmin borcu ile kayıtlı olarak devam eder⁹³⁴.

Mecelle'nin 698. maddesinde düzenlendiği üzere, muhalün aleyhin muhile karşı rücu hakkını kullanabilmesi için öncelikle muhalün lehe ifade bulunmuş olması gerekir. İfade bulunmadan önce havale borcundan dolayı muhile rücu edemez⁹³⁵. Bununla birlikte aynı maddeye göre, rücunun kapsamı ifaya göre değil havalenin konusuna göre belirlenecektir. Örneğin muhalün aleyh konusu gümüş veya para borcu olan bir havaleyi kabul ettiği halde altın ile ifade bulursa, muhilden ancak havalenin konusu olan gümüş veya para borcunu talep edebilir⁹³⁶. Muhalün aleyhin muhalün leh ile muhalün bih dışında başka bir eşya veya bedelin ifası ile havalenin sulh edilmesi durumunda da sonuç değişmez. Yani ifa yerine edimin gerçekleşmesi durumunda, muhalün aleyh muhilden bu ifa yerine geçen edimi değil, sadece havale konusu olarak kararlaştırılan bedeli talep edebilir. Nitekim Mecelle'nin 657. maddesine göre kefalette de hüküm aynıdır⁹³⁷.

Ayrıca muhalün aleyhin havale ile üstlendiği borç ile ifanın tutarı arasında bir fark olması durumunda, örneğin muhalün leh borcun bir kısmından onu ibra etmişse, muhile ancak ödediği miktarı rücu edebilir. Mecelle'nin 657. maddesinde görüldüğü üzere kefalette de aynı çözüm benimsenmiştir⁹³⁸. Ancak muhalün leh in alacağını muhalün aleyhe hibe etmesi veya muhalün aleyhin muhalün leh in alacağına varis olması durumunda rücu hakkı sona ermez. Çünkü hibe ve veraset, bu konuda ödeme

⁹³⁴ Mecelle madde 695.

⁹³⁵ Ali Haydar, C. II, s. 343-344; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 570.

⁹³⁶ Ali Haydar, C. II, s. 343-344; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 571. Burada ödemeye konu olan para cinslerinin farklı olması durumunda sarf akdi hükümlerinin devreye girmesi söz konusu olabilir. İslam hukukunda bir cins paranın başka bir cins para ile değişimini konu alan akde sarf akdi denir. Sarf akdinde para değişimine hâkim olan prensipler için ayrıca Bkz: Mâlik b. Enes, C. II, s. 162-164; Aybakan, "Sarf", s. 138-140.

⁹³⁷ *Ali Haydar*, bu hükmün gerekçesini açıklarken, ifa yerine edimin kararlaştırılmasının muhalün aleyh ve muhalün leh arasında gerçekleşen bir sulh akdi niteliği taşıdığını ve bu akdin üçüncü kişi olan muhile sirayet edemeyeceğini ifade etmektedir. Geniş bilgi için Bkz. Ali Haydar, C. II, s. 343-345.

⁹³⁸ Ali Haydar, C. II, s. 344-345.

hükmündedir. Muhalün aleyh muhalün lehe ödemede bulunmuş gibi muhile rücu edebilir⁹³⁹. Bununla birlikte muhalün aleyhin ifa sorumluluğu devam ederken üçüncü kişinin borcu ifa etmesi ve muhalün aleyhi borcundan kurtarması, ona yapılmış bir hibe hükmündedir. Dolayısıyla bu durumda da muhalün aleyhin muhile rücu hakkı mevcuttur. Ancak muhil tarafından yetkisiz bir temsilcinin teberruan havale borcunu ifa etmesi durumunda rücu hakkı söz konusu olmayacaktır⁹⁴⁰. Bu hükümler muhalün aleyhin muhalün lehe ifade bulunması ile onun alacağına halef olduğunu ve bu alacağı muhilden talep hakkı kazandığını göstermektedir. Nitekim bazı kaynaklarda bunun bir kanuni halefiyet hali olduğu ifade edilmiştir⁹⁴¹.

Hanefî mezhebi dışındaki mezhepler havale ile sadece mukayyet havaleyi kastettiklerinden, muhalün aleyhin muhile rücu hakkının doğabilmesi sadece havalenin kayıtlandırıldığı borcun ya da havale akdinin butlanı durumlarında söz konusu olmaktadır. Muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı durumda yapılan bir havale, onlara göre istikraz, kefalet, vekalet ya da teberru anlamına geleceğinden, muhalün aleyhin rücu hakkı da işlemin niteliğine göre belirlenir⁹⁴². Muhalün aleyhin muhile borçlu olmadığı bir durumda ise özellikle Hanbeli mezhebinin ve Malikilerin çoğunluğunun sebepsiz zenginleşme ve hakkaniyet ilkelerine dayanarak muhalün aleyhin muhile rücu hakkını genişletmeye çalıştıkları ifade edilmektedir⁹⁴³.

İkinci olarak, havalede sınırlı hallerde muhalün lehin muhile rücu hakkı mevcuttur. Bu haller; muhalün aleyhin havaleyi inkar etmesi ve buna karşı bir delilin de bulunmaması, muhalün aleyhin müflis olarak ölmesi, akit sırasında muhalün lehin muhile rücu hakkının devam edeceğinin kabul edilmesi, mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borcun muhalün aleyhin kusuru bulunmaksızın telef olması veya mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borcun akdin başından beri mevcut

⁹³⁹ Ali Haydar, C. II, s. 345-346.

⁹⁴⁰ Üçüncü kişinin teberruda bulunması durumunda rücu hakkında geniş bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 346-348.

⁹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Cheron / Fahmy, s. 428-430.

⁹⁴² Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁹⁴³ Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

olmadığının anlaşılması gibi daha çok hakkaniyet hukukunun veya tarafların anlaşmasının gerektirdiği durumlardır⁹⁴⁴. Genellikle havalenin butlanı veya tevâ başlığı altında incelenen bu hallerde muhalün lehine tekrar muhile rücu hakkının doğması, esasında havalenin sona ererek borcun tekrar muhiline zimmetine dönmesi sebebiyledir. Hz. Osman tarafından nakledilen bir hadise göre, Hz. Peygamber bir Müslümanın malının telef olmayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla havalede muhalün lehine alacak hakkının telefine sebep olan bu tevâ halleri, Hanefî hukukçular tarafından havaleyi sona erdiren ve muhile rücu hakkı doğuran haller olarak kabul edilmiştir⁹⁴⁵.

Örneğin Hanefî mezhebinde bütün görüşlerce tevâ hallerinden biri olarak kabul edilen muhalün aleyhine müflis olarak ölmesi durumunda muhalün lehine alacağını karşılayamadığı oranda muhile rücu hakkı söz konusu olacaktır. Nitekim muhalün aleyhine ölmesi durumunda havale borcu muaccel olarak terekesine dahil olur. Muhalün lehine doğrudan terekeye başvuracaktır. Ancak terekenin borca batık olması ve muhalün aleyhine borçlarının tümünü karşılayamaması durumunda, muhalün lehine tereke üzerinde diğer alacaklılar ile alacakları oranında hak sahibi olur. Terekeden kendisine isabet eden kısmı tahsil eder ve kalan kısım için muhile rücu edebilir⁹⁴⁶.

Bununla birlikte mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı malın muhile ait olmadığının ortaya çıkması ve esas malik tarafından istirdat edilmesi durumunda da daha önce ifade edildiği üzere havale batıl olacaktır. Havalenin bu şekilde sona ermesi ile birlikte de Mecelle'nin 694. maddesinde de kabul edildiği gibi borç muhiline zimmetine döner. Dolayısıyla muhalün lehine muhile rücu hakkı söz konusu olur⁹⁴⁷. Yine havalenin kayıtlandığı borcun havale kurulmadan önce sona erdiğinin anlaşılması durumunda borç muhiline zimmetine döner ve muhalün lehine muhile rücu

⁹⁴⁴ Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

⁹⁴⁵ Geniş bilgi için Bkz: Cheron / Fahmy, s. 434-436.

⁹⁴⁶ Cheron / Fahmy, s. 436-438. Tevâ halleri için ayrıca Bkz: §4-VII-A.

⁹⁴⁷ Cheron / Fahmy, s. 438.

edebilir. Ancak bu borcun havale kurulduktan sonra sona ermesi, havaleyi sona erdirmeyeceği gibi muhalün lehe muhile rücu hakkı da vermez⁹⁴⁸.

Hanefî mezhebinde tartışmalı olan bir hususun bu konuya etkisine de değinmek gerekir. Mezhepte baskın olarak kabul edildiği üzere, muhilin müflis olarak ölmesi durumunda havalenin kayıtlandırıldığı mal muhilin terekesine dahil olur. Muhalün leh ise bu durumda diğer alacaklılar ile birlikte terekeye müracaat edecektir. Ancak Mecelle'nin 692. maddesinin son cümlesi bu konuda mezhepte zayıf olan *İmam Züfer*'in görüşünü kabul etmiş, muhalün lehin söz konusu mal üzerinde öncelik hakkına sahip olduğunu ve diğer alacaklıların buna müdahale edemeyecekleri hükmünü benimsemiştir. Bununla birlikte *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 790. maddesi bu konuda baskın görüşü kabul ederek, muhalün lehin tereke üzerinde diğer alacaklılar ile birlikte hak sahibi olduğu hükmünü benimsemiştir⁹⁴⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki muhalün lehin havale kurulurken rücu muhayyerliğini şart koşması durumunda, yukarıda sayılan hallerle sınırlı olmaksızın muhalün lehin muhalün aleyhten alacağını tahsil edememesi durumunda muhile rücu hakkı mevcuttur⁹⁵⁰.

Hanefî mezhebinde durum bu şekilde iken diğer mezheplerde muhilin borçtan kurtuluşu daha genel bir ilkedir. Dolayısıyla muhalün lehin muhile rücu hakkı da daha sınırlıdır. Öncelikle havalenin temel şartlarındaki bir eksiklik sebebiyle hükümsüz hale gelmesi durumunda muhalün leh muhile rücu edebilecektir⁹⁵¹. Nitekim Malikilerde rücu hakkı havalenin butlanı, muhalün aleyhin borcunun havale öncesinde sona ermesi veya muhilin muhalün lehi muhalün aleyhe havale ederken onun ödeme güçlüğü içinde olduğunu bilmesi durumlarında geçerlidir⁹⁵². Bununla birlikte Şafiiler ve bazı Maliki hukukçular, havale akdinin kurulduğu sırada muhalün lehin, muhalün aleyhin

⁹⁴⁸ Cheron / Fahmy, s. 438.

⁹⁴⁹ Cheron / Fahmy, s. 438-440. Madde metni için Bkz: Ek. 2.

⁹⁵⁰ Ali Haydar, C. II, s. 319; El-Hafif, s. 573; Cheron / Fahmy, s. 440.

⁹⁵¹ Cheron / Fahmy, s. 441.

⁹⁵² Bardakoğlu, "Havâle", s. 510; Cheron / Fahmy, s. 441-442.

iflası durumunda muhile rücu hakkı olacağını baştan şart koşmasının havalenin yapısına aykırı bir şart olarak görmekteyiz. Bazı Maliki hukukçular ise bu şartla havalenin yapılmasını geçerli görürler⁹⁵³. Hanbeliler ise, havalenin muhalün lehine rızasının alınmadan yapılması durumunda, muhile rücu hakkını daha geniş tutmaktadırlar⁹⁵⁴. Bu mezhebe göre havalede muhalün aleyhin ödeme gücü açıkça şart koşulmuşsa veya muhalün aleyhin ödeme gücü konusunda akit kurulurken bir hata veya aldatma söz konusu olursa muhalün leh muhile rücu hakkına sahiptir⁹⁵⁵.

VII. HAVALEDE İSPAT

Bu meselede havalede ispat ile kastedilen, havale akdinin varlığı ya da konusuna ilişkin taraflar arasındaki bir uyumsuzlukta hangi tarafın beyanının dinleneceğinin tespitidir. Örneğin muhil, muhalün aleyh borcu ifa ettikten sonra aralarındaki ilişkinin havale değil de kabza vekalet olduğunu iddia ederse ve kabz edilen borcu muhalün lehine talep ederse durum ne olacaktır? Klasik kaynaklarda geçtiği üzere burada muhilin beyanı dikkate alınır. Çünkü muhalün leh, muhilin kendisine borçlu olduğunu iddia etmektedir ve bu iddiasını ispatlamak zorundadır. Havalenin kendisi, muhilin muhalün lehe borçlu olduğuna delil teşkil etmez. Çünkü havale lafzı, kabza vekalet için de kullanılmaktadır. Muhilin yemini burada ispat niteliği taşır. Yemin ile birlikte aralarındaki ilişkinin kabza vekalet olduğu kabul edilir ve muhalün leh kabzettiği meblağı muhile ödemek zorunda kalır⁹⁵⁶. Bununla birlikte taraflar arasında mukayyet havale kurulduktan sonra, muhalün lehine gıyabında muhilin ona borcu olmadığı iddiası ile muhalün aleyhin elinde bulunan ve havalenin kayıtlandırıldığı malı almak istemesi durumunda muhilin beyanı dikkate alınmaz⁹⁵⁷.

⁹⁵³ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 510; Cheron / Fahmy, s. 441-442.

⁹⁵⁴ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 510.

⁹⁵⁵ *Cheron / Fahmy*'nin ifade ettiğine göre havalede muhile rücu hakkının nispeten daha dar tutulduğu mezhep Hanbeli mezhebidir. Bkz: Cheron / Fahmy, s. 441-442.

⁹⁵⁶ Merğînânî, C. III, s. 100.

⁹⁵⁷ Ali Haydar, C. II, s. 326-328.

Nitekim Osmanlı uygulamasında karşılaşılan bir örnekte de görüldüğü üzere bir kimse ikrar ettiği bir borcu yalan yere ikrar ettim deyip inkâr etse, alacaklı önce ikrar edip sonra inkâr eden borçlusunun yemin etmesini isteyebilir. Borçlunun yemin etmesi durumunda borç ikrarının hükmü kalmaz. Atina Müftüsü Ömer Efendi'nin fetvasında geçen bu hükmün, meşhur fakih *Sadrüşşeria*'dan nakledildiği ve fukahanın önde gelenlerinin de bu yönde fetva verdiği belirtilmiştir. Fetva metni ise şöyledir:

Bu mesele beyânında eimme-i Hanefîyyeden cevab ne vechiledir ki; Zeyd Amr'dan cihet-i karzdan sende şu kadar akçe hakkım olup hatta ikrar dahi etmişdin deyu dava etdikde Amr gerçek ikrar etmişdim lâkin ikrarında kâzib idim deyu dava ve ikrarında kâzib olmadığına Zeyd'e yemin vermeğe kâdir olur mu, beyân buyurulup müsâb oluna.

El-cevâb: Allahu a'lem, olur. Ketebehû el-fakîr el-Hâc Ömer hâfız el-müfti bi-kazâ'i Atina Ufiye anh⁹⁵⁸.

Fetvanın devamında ise gerekçe olarak *Sadrüşşeria*'nın ifadesi verilmiştir. Buna göre bu mesele uygulamada çok karşılaşılmakla birlikte Hanefî mezhebi içerisinde ihtilafli bir konudur. *Ebu Hanife* ve *İmam Muhammed*'e göre, böyle bir durumda borçlunun “yalan söyledim” iddiası dikkate alınmaz. Ancak *Ebu Yusuf*'a göre kendisine ikrarda bulunulan alacaklı, ikrar eden borçlunun yalan söylemediğine yemin etmesini isteyebilir. *Sadrüşşeria* bu meselede *Ebu Yusuf*'un kavliyle amel edildiğini ifade etmektedir. Davalı yemin ederse, bu yemin onun borçlu olmadığına delil kabul edilir ve dava sonuçlandırılır. Yemin etmezse davacı haklı kabul edilir ve borç sabit olur. Havale borçları için de fıkıh usulünde kabul edilen bu görüş geçerli olacaktır.

Bununla birlikte bir kimse borçlusunu, alacaklısının isteği üzerine onun borçlusuna ödese ve bunu delilleriyle ispat etse alacaklı ondan tekrar para isteyemez. Nitekim bu hüküm muteber fetva mecmualarında da geçmektedir:

⁹⁵⁸ Fetvanın orijinal nüshası ve Türkçe latinizasyonu için Bkz: Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 248.

Bu mesele beyânında eimme-i Hanefiyyeden cevab ne vechiledir ki; Zeyd, Amr'dan "sana karz olmak üzere şu kadar akçe vermişdim" deyu dava etdikde Amr gerçek sen bana ol kadar akçe verdin lâkin "dâinim Bekir'e ver deyu" emr etmenle ben dahi emrin üzere meblağ-ı mezbûru Bekir'e verdim deyu dava ve müdde'âsına ikâmet-i beyyine eylese Zeyd'i def'a kâdir olur mu, beyân buyurula.

El-cevâb: Allahu a'lem, olur. Ketebû'l-fakîr es-Seyyid Mehmed Said Ufiye anh⁹⁵⁹.

Bu örnekte görüldüğü üzere, Amr'ın Zeyd'e olan borcunu onun mukayyet havalesi nedeniyle Bekir'e ödediğini ispat etmesi durumunda, muhalün aleyh olan Amr'ın beyanı dikkate alınmıştır. Ancak davasını ispat edememesi durumunda borcun varlığını kabul eden Amr'ın Zeyd'e ifada bulunması gerekir.

Fetva mecmualarında geçen bir diğer örnekte ise, muhalün lehin havaleyi inkar etmesi durumunda, muhalün aleyhin gıyabında muhilin iddiasını ispat etmesinin davayı muhalün aleyhin huzuruna kadar bekletmeye yeteceğine hükmedilmiştir. Şöyle ki:

Zeyd Amr'dan "Zimmetinde karzdan şu kadar akçe hakkım vardır" deyu dava ettikde Amr "Ben seni meblağ-i mezbur ile Bekir'in üzerine havale edip her biriniz havaleyi kabul etmişdiniz" deyu dava ve Zeyd inkâr etmekle Amr Bekir'in gıyabında vech-i muharrer üzere olan davasına ikamet-i beyyine eylese beyyine-i mezbure Bekir'in huzuruna dek tevakkuf hakkında makbule olur mu?

El-Cevab: Olur (Feyzullahefendizade es-Seyyid Mustafa Efendi)⁹⁶⁰.

Havalenin varlığında ihtilaf etmeksizin tarafların havaleye konu olan borcun niteliği konusunda ihtilaf etmeleri söz konusu olabilir. Nitekim daha önce bahsedildiği üzere, havalenin geçerli olarak hüküm doğurabilmesi için muhalün bihin birtakım

⁹⁵⁹ Şeyhülislam Mirzazade Seyyid Mehmed Said Efendi, (M. 3.3.1770- 20.8.1773). Bkz: Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 120, 122.

⁹⁶⁰ Neticetü'l-Fetava, s. 217.

şartlar taşınması gerekir. Buna göre havaleye konu olan veya havalenin kayıtlandırıldığı borcun deyn niteliğinde, kefalete elverişli, sahih, malum ve lazım bir borç olması gerekir⁹⁶¹. Kaynaklarda geçtiğine göre, muhil ve muhalün aleyhin havaleye konu olan borcun niteliği konusunda ihtilafa düşmeleri durumunda tarafların delilleri ayrıca değerlendirilir. Örneğin muhalün aleyhin havale borcunun kumar, leş veya hür insan bedeli gibi bir borç olmakla dava edilebilir sahih bir borç olmadığını ve havalenin de bu nedenle batıl olduğunu muhalün lehe karşı dava etmesi durumunda, muhalün leh bu iddiayı kabul ederse, havale batıl ve muhalün aleyh borcundan kurtulmuş olur. Ancak bu davada muhilin hazır bulunarak söz konusu borcun karzdan doğan sahih bir borç olduğunu iddia etmesi ve muhalün lehini bunu kabul etmesi durumunda söz konusu borcun muhil tarafından ifa edilmesi gerekse dahi bu borç muhalün aleyhten talep edilemez. Ancak bu davada muhalün lehini söz konusu iddiayı inkar etmesi durumunda muhilin gıyabında muhalün aleyh tarafından şahit dinletilemez⁹⁶².

Tarafların havalenin niteliği konusunda ihtilaf etmeleri de söz konusu olabilir. Örneğin havale sonucunda muhalün lehe ifade bulunan muhalün aleyhin ifadan sonra muhile rücu etmek istediğinde, muhilin söz konusu havalenin mukayyet havale olduğu iddiasında bulunması durumunda muhalün aleyhin beyanı dikkate alınır. Çünkü muhalün aleyhin başlangıçta havaleyi kabul etmesi muhile borçlu olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle havalenin mukayyet olduğunu iddia eden muhilin iddiasını ispatlaması gerekir⁹⁶³. Yine muhalün aleyhin elinde bulunan muhilin malının satılıp bedelinden ödenmesi kaydıyla yapılan bir mukayyet havalede, muhalün aleyh ifade bulduktan ve muhalün leh de havalenin sona ererek onda alacağı kalmadığını beyan ettikten sonra muhilin aksi yöndeki iddiası hakim tarafından dinlenmeyecektir. Bu örneğe temel teşkil eden fetva metni şöyledir:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile Bekir'in üzerine havale ettikde Bekir ol akçeyi Zeyd'in mülkü olan menziline bey' ve semeninden eda etmek üzere havale-i mukayyede ile havale ve menzili bey'a Bekir'i tevkil edip Bekir

⁹⁶¹ Bkz: §2-III-B.

⁹⁶² Ali Haydar, C. II, s. 299-301.

⁹⁶³ Ali Haydar, C. II, s. 348-349.

dahi menzil-i mezburu semen-i misliyle ahara bey' ve semenini Amr'a teslim Amr dahi semen-i mezburu tamamen ahz u kabz edip "Bekir'in kibelinde asla hakkım yoktur" deyu ikrar ve ikrarı hüccet olunduktan sonra Bekir fevt oldukda Amr Bekir'in veresesinden "Bekir'in semen-i mezkurun şu mikdarını bana teslim edip maadası yedinde kalmışdı" deyu dava eylese mesmua olur mu?

El-Cevab: Olmaz (Arabzade Ahmed Ataullah Efendi)⁹⁶⁴.

Genel olarak kabul edilen bu hükümlerin yanında, uygulamada havalede ispat kolaylığının sağlanabilmesi için genellikle yazılı havale senetleri kullanıldığı görülmektedir. Nitekim bu havalenameler, tarafların havale iradelerini açıkça ortaya koymakta ve havaleye ilişkin uyuşmazlık çıkma ihtimalini azaltmaktadır. Örneğin Nuru'l-Fetâvâ adlı muteber fetva mecmuasında geçen bir fetvaya göre, muhalün lehin hakkında havalenameler düzenlenmiş bir havaleyi inkâr etmesi mümkün değildir. Şöyle ki:

Zeyd, Amr zimmetinde cihet-i karzdan bir miktar akçe hakkını Amr'dan talep itdükde Amr: "Benim filan diyarda Bekir zimmetinde olan akçemden deyn-i mezkuru al!" diyüb Zeyd dahi varub, alacak olub; ancak akçeyi Bekir'den talep itmeden rücu idüb deyn-i mezburi Amr'dan almağa kadir olur mu?

El-Cevab: Havâlenâme olmayıcak olur. Ketebehu Yahya el-merhum⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Neticetü'l-Fetava, s. 219.

⁹⁶⁵ Demirtaş, H. Necâti, Açıklamalı Osmanlı Fetvâları: II, Kubbealtı Neşriyat, İstanbul 2012, s. 397.

§ 4. HAVALE AKDİNİN SONA ERMESİ

Havale akdi, havale borcunun ifasıyla, muhalün lehin muhalün aleyhi ibra etmesiyle, muhalün bihin muhalün aleyh tarafından tekrar başkasına havale edilmesi ile, muhalün aleyhin havale borcunu kazanması ile veya havalenin butlanı ile sona erer. Havalenin sona erme halleri, mezhepler arasında farklılık gösterebileceği gibi, havalenin türlerine göre de değişebilmektedir. Bu hallerden bazıları Mecelle'nin 699. ve 700. maddelerinde sayılmıştır.

Muhalün aleyh bakımından havalenin sona ermesi şu hallerde söz konusu olur: Öncelikle havale borcunun ifası sonucunda havale akdinin sona ermesi ile birlikte muhalün aleyh borcundan kurtulmuş olur. Bununla birlikte havalenin feshi ya da Hanefî mezhebinde kabul edildiği üzere tevânın gerçekleşmesi durumunda havalenin hükmü sona ereceği gibi, muhalün aleyh de borcundan kurtulur. Havale muavazalı (karşılıklı) akitlerden olduğu için feshi kabil bir akittir. Havalenin feshedilmesi ile birlikte de borç muhile döner ve muhalün aleyh bakımından havale son bulur⁹⁶⁶. Havale akdine ilişkin bu sona erme sebeplerinin ayrı başlıklar altında incelenmesi daha faydalı olacaktır.

I. İFA

İfa, borçlar hukuku literatüründe borçlanılan şeyin yerine getirilmesi anlamına gelir. Bir borcun, cinsine göre verme, yapma ya da yapmama şeklinde ifa edilmesi mümkündür. İfa, İsviçre / Türk borçlar hukukunda olduğu gibi, İslam muamelat hukuku doktrininde de borcun eda edilmesini ifade etmek üzere kullanılır⁹⁶⁷. İfa ile kural olarak borç sona erer ve borçlu borcundan kurtulur. Dar anlamda borç ilişkisi yani münferit bir borç ifa ile sona erse de geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi

⁹⁶⁶ Kâsânî, C. VI, s. 18.

⁹⁶⁷ Türk Hukuk Lûgati, 3. Baskı, s. 147; Aybakan, Bilal, "İfâ", DİA, C. XXI, İstanbul 2000, s. 498-504.

için bundan doğan bütün dar anlamda borçların ifa edilmesi gerekir⁹⁶⁸. İslam hukukunda havalenin bir sözleşme ilişkisi olduğu düşünüldüğünde, taraflar arasındaki geniş anlamdaki bu borç ilişkisinin sona erebilmesi için havaleden doğan bütün borçların ifa edilmiş olması gerekir.

Havalenin en tabii sona erme hali muhalün aleyhin muhalün lehe havale borcunu ifa etmesidir⁹⁶⁹. Muhalün aleyhin kabulü ile üstlendiği havale borcunu alacaklı olan muhalün lehe ifa etmesi ile havale borcu sona erer. Mecelle'nin havalenin sona erdiği halleri sayan 699. maddesinde de “*muhalün bihin edası ile*” muhalün aleyhin borcundan kurtulacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte *Mürşidü'l-Hayran*'ın 794. maddesinde de havalenin muhalün aleyhin ifası ile sona ereceği kabul edilmiştir⁹⁷⁰. Muhalün aleyhin ifası ile birlikte havale borcu sona erdiği gibi, bu havaleye ilişkin kefalet ve rehin gibi teminatlar ve bağlı haklar da sona erer⁹⁷¹.

Muhalün aleyhin havalede kararlaştırılan muhalün bihi ifa etmesi akdi sona erdireceği gibi, ifa yerini tutan bir eda ile muhalün lehe ödemede bulunması da havaleyi sona erdirecektir⁹⁷². Nitekim alacaklı olan muhalün lehine ifa yerini tutan bu edayı kabz etmesi, aksi kararlaştırılmadıkça ifayı kabul ettiği anlamına gelir. Böylelikle havale borcu sona erer ve muhalün aleyh borcundan kurtulur. Havale borcunun muhalün aleyh bakımından sona ermesi, muhalinin de kesin olarak bu borçtan kurtulmasını gerektirir. Daha önce de ifade edildiği üzere, her ne kadar mezhepte tartışmalı olsa da ittifak edilen kısım itibarıyla bazı durumlarda muhalinin havale borcundan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Çünkü havale ile borcun muhalün aleyhin zimmetine nakledilmesi muhal için muhalün lehine alacak hakkının selametine bağlı bir borçtan kurtulma niteliği taşır. Alacak hakkının tehlikeye düşmesi durumunda borcun muhile rücu edilmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla muhalün

⁹⁶⁸ Oğuzman / Öz, C. I, s. 263.

⁹⁶⁹ Şahin, Havale, s. 111; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 511; Saleem, s. 142.

⁹⁷⁰ Bkz: Ek. 2.

⁹⁷¹ Kurtoğlu, C. II, s. 283.

⁹⁷² Cheron / Fahmy, s. 451-452.

aleyhin havale borcunu ifa etmesi, hem kendisi için hem de muhil için kesin olarak borçtan kurtulma anlamı taşır.

II. İBRA

İsviçre / Türk borçlar hukuku doktrininde alacaklının bir hakkından tamamen veya kısmen vazgeçmesi anlamında kullanılan ibra terimi, eski hukukumuz olan İslam hukukunda aynı anlamda kullanılmakla birlikte biraz daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Şöyle ki, İslam muamelat hukukunda ve Mecelle’de ibra iki kısma ayrılır: “İbrâ-i iskât” ve “ibrâ-i istifâ”⁹⁷³. İbra-i iskat, alacaklının, borçludaki bir hakkının tamamından ya da bir kısmından vazgeçerek borçluyu bu oranda borcundan kurtarmasına denir. Borcu düşürdüğü sonucundan maksat buna ibra-i iskat denmektedir. İbra-i istifa ise, alacaklının borçludaki hakkını kabzettiği ya da bu hakkını kullandığını beyan etmesiyle borçluyu borcundan kurtarmasıdır. Fiilen borç sona ermiş olsa da ibra-i istifa, usul hukuku bakımından önem taşır ve borcun sona erdiğinin alacaklı tarafından ikrar edilmesi niteliğindedir. Sonuç olarak, İslam hukukunda da ibra hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından borcu sona erdirmektedir⁹⁷⁴. Dolayısıyla genel olarak ibra, bir kimsenin alacağını elde etmeksizin alacak hakkından feragat ederek diğer bir kimseyi borcundan kurtarması anlamında kullanılmaktadır⁹⁷⁵.

Bununla birlikte Mecelle’nin 1537 ve 1538. maddeleri ibrayı, genel ve özel ibra olarak ikiye ayırmaktadır. Özel ibra anlamında kullanılan “ibrâ-i hâss”, alacaklının münferit bir borçtan feragat etmesi ve borçlunun borcundan kurtarılması olarak tanımlanmaktadır. Genel ibra anlamındaki “ibrâ-i âmm” ise alacaklının borçlu ile arasındaki borç ilişkisinden doğan bütün alacak haklarından feragat etmesi için kullanılır⁹⁷⁶. Havale bakımından değerlendirilecek olursa, muhalün lehin havale

⁹⁷³ Mecelle madde 1536; Şahin, Havale, s. 112.

⁹⁷⁴ Eski ve yeni hukukumuzdaki ibra kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, s. 139.

⁹⁷⁵ Apaydın, H. Yunus, “İbrâ”, DİA, C. XXI, İstanbul 2000, (“İbrâ”), s. 263; Şahin, Havale, s. 112.

⁹⁷⁶ Şahin, Havale, s. 112.

borcundan feragat ederek havaleyi sona erdirmesi, genellikle ibra-i iskat ve ibra-i hass niteliklerini taşımaktadır⁹⁷⁷. Çünkü havaleye konu olan münferit bir borçtan ve dava söz konusu olmaksızın ileriye dönük olarak alacaklının bu borçtan feragat etmesinden bahsedilmektedir.

Kaynaklarda muhalün lehin muhalün aleyhi havale borcundan ibra etmesi havaleyi sona erdiren sebeplerden biri olarak sayılmaktadır⁹⁷⁸. Bu ibranın geçerli olabilmesi için muhalün aleyhin rıza göstermesi gerekmez. Muhalün aleyh ibraya itiraz etse dahi bu ibra ile birlikte havale borcundan kurtulmuş olur. Nitekim Türk borçlar hukukundan farklı olarak İslam hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere ibra iki taraflı değil, tek taraflı ve iskat niteliği taşıyan bir hukuki işlemdir⁹⁷⁹. Bununla birlikte burada ibra temlik niteliği taşımaz. Dolayısıyla muhalün aleyh ibradan sonra muhalün lehe halef olarak borcu muhilden talep edemeyecektir. Veya muhile borçlu olduğu bir mukayyet havalede ibra edilen borcu kendi borcu ile takas veya ondan mahsup edemeyecektir⁹⁸⁰.

Hanefi mezhebinde havale ile gerçekleştirilen naklin kapsamı konusundaki tartışmalara daha önce değinilmişti. Bu tartışmaların sonucu olarak havaleyi hem borcun zatının hem de mutalebesinin nakli olarak kabul eden *Ebu Yusuf*'un görüşüne göre, muhalün aleyh borçlu sıfatını haiz olduğu için muhalün lehin onu bu borçtan ibra etmesi de geçerlidir. Ancak havaleyi borcun zatının değil de sadece mutalebesinin nakli olarak gören *İmam Muhammed*'e göre ise muhalün aleyh borçlu sıfatını haiz değildir. Bu görüşe göre muhil hala borçlu olmakla muhalün lehin onu değil de muhalün aleyhi borçtan ibra etmesi geçerli değildir⁹⁸¹. *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 797.

⁹⁷⁷ Ali Haydar, C. II, s. 349-351; Şahin, Havale, s. 112.

⁹⁷⁸ Ali Haydar, C. II, s. 349-351; Şahin, Havale, s. 112-113; Cheron / Fahmy, s. 451-452; Saleem, s. 142.

⁹⁷⁹ İbranın hukuki niteliği konusunda doktrinde karşılaşılan temlik görüşü ve iskat görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: Apaydın, "İbrâ", s. 263-265.

⁹⁸⁰ Ali Haydar, C. II, s. 349-351; Şahin, Havale, s. 112-113; Cheron / Fahmy, s. 451-452.

⁹⁸¹ Şahin, Havale, s. 112. Naklin kapsamı konusundaki tartışmanın tarafları ve ayrıntılı bilgi için Bkz: §1-VI-C-b.

maddesinde ise, muhalün lehin muhili borçtan ibra etmesinin geçerli olmayacağı kabul edilmekle *Ebu Yusuf*'un görüşünün benimsendiği görülmektedir⁹⁸².

İslam hukukunda alacaklının borçlusunu ibra etmesi borcu sona erdiren ve hukuken dava edilebilmesini engelleyen bir hüküm ifade eder. XVIII. yüzyılda *Şeyhülislam Pirizade Mehmed Sahib Efendi*'nin bir fetvasında da açıkça ibra edilen bir borcun tekrar dava edilemeyeceği ifade edilmiştir. Fetva metni şöyledir:

Bu mesele beyânında eimme-i Hanefiyyeden cevab ne veçhiledir ki; Zeyd, Amr ile bir hususa müte'allika davasından Amr'ı ibrâ ettikten sonra Zeyd husus-ı mezbûru Amr'dan davaya kâdir olur mu, beyân buyurula.

*El-cevâb: Allahu a 'lem, olmaz. Ketebehû el-fakîr Mehmed Pîrîzâde Ufiye anhüma*⁹⁸³.

Bu fetvadan da anlaşıldığı üzere, Osmanlı uygulaması bakımından da ibra hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından borcu sona erdirmektedir. Nitekim fetvada ifade edildiğine göre, bir kimse bir konuyla ilgili davada zimmetini ibra ettiği hasmını tekrar dava edemez.

Osmanlı uygulaması incelenecek olursa, ibra konusunda pişmanlığın hukuki bir hükmünün olmadığı ve ibra eden kişinin ibrasını geri alamayacağı görülmektedir. Nitekim bu konuda XIX. yüzyılın başlarında verilen, *Şeyhülislam Sâmânizade Ömer Hulusi Efendi*'nin fetvası açıktır:

Bu mesele beyânında eimme-i Hanefiyyeden cevab ne veçhiledir ki; Zeyd, Amr ile bir hususa müte'allika davasından Amr'ı ibrâ ettikten sonra Zeyd nâdim olup husus-ı mezbûru Amr'dan davaya kâdir olur mu, beyân buyurula.

⁹⁸² Bkz: Ek. 2.

⁹⁸³ Şeyhülislam Pirizade Mehmed Sahib Efendi, (M. 6.3.1745- 5.4.1746). Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 109.

El-cevâb: Allahu a 'lem, olmaz. Ketebehû el-fakîr Ömer Hulusi Ufiye anh⁹⁸⁴.

Bu fetvadadan da anlaşıldığı üzere, bir kimse davalısının zimmetini ibra ettiği borcu ya da davayı, pişman olup tekrar dava edemez. Dolayısıyla ibra, kesin olarak kişiyi borcundan kurtaran bir tasarruftur. Bu nedenle de havale akdinde muhalün lehin muhalün aleyhi ibra etmesi ile birlikte havale borcu ve dolayısıyla havale akdi kesin olarak sona erer⁹⁸⁵.

Daha önce bahsedildiği üzere mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borcun muhil tarafından muhalün aleyhten talep edilmesi mümkün değildir. Muhalün aleyh bu malı veya borcu muhile veremez. Verirse ya da muhil bu borcu sona erdirecek bir tasarrufta bulunursa, muhalün aleyh havale ile sorumlu olmaya devam eder. Ancak söz konusu borç ile ifadan sonra muhile rücu edebilecektir. Burada muhilin muhalün aleyhin elindeki maldan doğan veya deyn niteliğindeki borcundan onu ibra ettiği düşünülürse, sonuç yine aynı olacaktır. Yani muhalün aleyh havale borcundan kurtulamaz. Muhalün lehe ifade bulunması gerekir. Ancak sonrasında muhile söz konusu borcu rücu edecektir. Osmanlı uygulamasında sıkça kullanılan muteber fetva mecmualarından birinde böyle bir örneğe rastlanmaktadır. Mukayyet havalede muhilin muhalün aleyhi ibrasına ilişkin fetva metni şöyledir:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile ol kadar akçe medyunu Bekir'in üzerine deyn-i mezburdan eda etmek üzere havale-i mukayyede ile havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr Bekir'den nesne almadan Zeyd deyn-i mezburdan fuzulen Bekir'i ibra eylese Amr ibrayı müciz olmamakla meblağ-i mezburu Bekir'den talep ettikde Bekir mücerred "Zeyd beni ibra etti" deyu vermemeğe kadir olur mu?

El-cevab: Olmaz⁹⁸⁶.

⁹⁸⁴ Şeyhülislam Sâmânizade Ömer Hulusi Efendi, (I. M. 11.7.1800- 21.5.1803; II. M. 13.7.1807- 14.7.1807; III. M. 22.9.1810- 11.6.1812). Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 145, 161.

⁹⁸⁵ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

⁹⁸⁶ Neticetü'l-Fetava, s. 217.

Hanefi mezhebi dışındaki diğer mezheplere göre de ibra havaleyi sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmektedir. Ancak Hanefi mezhebinden farklı olarak diğer mezhepler, ibra ile borç kendisine terk edilen muhalün aleyhin muhile bu borçla rücu edebileceğini kabul etmektedirler. Çünkü onlara göre alacaklının alacağından feragat etmesi onu borçluya hibe etmesi anlamına gelmektedir⁹⁸⁷.

III. TAKAS

Karşılıklı denkleştirme esasına dayanan takas kurumu, güncel hukuklarda olduğu gibi İslam hukukunda da kabul edilmiştir. İslam hukukunda karşılıklı zimmet borçlarının birbirine mahsup edilmesi anlamını taşıyan takas terimi, havale borçları bakımından da geçerlidir. Ancak iki borcun karşılıklı olarak takas edilerek sona erdirilebilmesi için, her ikisinin de nitelik ve nicelik itibariyle birbirlerine denk olması gerekir⁹⁸⁸. Aksi halde takas değil, bir borcun diğerinden düşülmesi anlamına gelen mahsup söz konusu olacaktır.

Havalede takas meselesini mutlak ve mukayyet havale bakımından ayrı incelemek gerekir. Buna göre mutlak havalede muhalün aleyh ile muhalün leh arasında, muhilin herhangi bir dahlinin olmadığı yeni bir borç ilişkisi kurulmuş olur. Muhalün lehin borçlusu konumuna gelen muhalün aleyh, muhalün leh zimmetinde havale borcuna denk bir alacağının bulunması durumunda takas def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Böylelikle muhalün aleyhin muhalün lehteki alacağı ve muhalün bih karşılıklı olarak sona erer. Muhalün bihin sona ermesi ile birlikte havale akdi de sona erer⁹⁸⁹. Havalenin sona ermesi ile muhalün aleyh ve muhil kesin olarak havale borcundan kurtulmuş olur.

Mukayyet havalede ise havalenin muhilin muhalün aleyh zimmetindeki bir alacağından ya da elindeki bir malından ödenmek üzere yapılması söz konusudur.

⁹⁸⁷ Şahin, Havale, s. 113; Cheron / Fahmy, s. 454.

⁹⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Kahraman, "Takas", s. 451-453.

⁹⁸⁹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511; Cheron / Fahmy, s. 451-452.

Mukayyet havaleyi kabul eden muhalün aleyh, havale borcunu muhilin söz konusu malından ifa edecektir. Muhilin muhalün lehe, muhalün aleyhin muhile, muhalün lehin de muhalün aleyhe borçlu olduğu bir havale ilişkisi düşünüldüğünde ise, tarafların borçlarının karşılıklı olarak takas edilmesi ile birlikte ifa söz konusu olmaksızın bütün borçların sona ermesi mümkündür. Örneğin muhalün aleyhin muhile olan borcu ile havale borcunun denk olması durumunda, ifada bulunduktan sonra muhalün aleyhin bu borçları takas etme hakkı mevcuttur. Aynı zamanda muhalün lehin de muhalün aleyhe havale borcuna denk bir borcu mevcutsa, muhalün aleyh takas def'inde bulunarak havale borcunu ifadan kaçınabilir. Böylelikle muhalün aleyhin havale borcu ile muhalün lehin muhalün aleyhe olan borcu karşılıklı olarak sona erer. Havale borcu sona erdikten sonra ise muhalün aleyh ifa yerine geçen takas ile zimmetinden çıkan alacağı nedeniyle muhile rücu edebilir. Muhilin alacağının da bu alacakla denk olması durumunda ise takas yoluna gidilerek söz konusu iki borç karşılıklı olarak sona erdirilebilir. Bu örnekte havalenin ödemeleri kolaylaştırma işlevi çok net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

IV. MUHALÜN BİHİN TEKRAR BAŞKASINA HAVALESİ

Bir borcun havaleye konu olabilmesi için asaleten zimmette sabit olan bir borç olması şart değildir. Asli borçlar gibi fer'i nitelik taşıyan borçlar da havale akdine konu olabilirler. Bu nedenle kefalette kefilin borcunu bir başkasına havale etmesi, ya da bir borcu üzerine alan muhalün aleyhin bu borcu tekrar bir başkasına havale etmesi geçerlidir⁹⁹⁰. Nitekim Mecelle'nin 689. maddesinde, asli borçlar gibi kefalet veya havale sebebiyle zimmette sabit olan fer'i borçların havalesinin de geçerli olacağı açıkça kabul edilmiştir.

Muhalün aleyh üstlendiği havale borcunu bir başkasına havale edebileceği gibi muhilin kendisine de havale edebilir⁹⁹¹. Havale borcunun tekrar başkasına havale edilmesi ile birlikte havale akdi muhalün aleyh bakımından sona erer. Ancak muhalün

⁹⁹⁰ Cheron / Fahmy, s. 418.

⁹⁹¹ Ali Haydar, C. II, s. 349-351; Şahin, Havale, s. 113-114.

aleyhin sorumluluğunun sona erip ermediği konusunda doktrinde ihtilaf vardır. Havalede muhilin borçtan kurtulması alacaklının hakkının selametine bağlı iken, borcun muhalün aleyh tarafından başkasına havale edilmesi durumunda muhalün aleyhin bu borçtan kurtulması konusunda mezhepte farklı görüşler mevcuttur. Çünkü temelde havale ile gerçekleşen naklin kapsamı konusunda ihtilaf vardır. Havale ile borcun zatının ve mutalebesinin birlikte nakledildiğini savunan *Ebu Yusuf*'un görüşüne göre, muhilin zimmeti havale borcundan kurtulduğu için, muhalün lehine alacak hakkının tehlikeye düşmesi durumunda ilk muhile değil, ikinci muhil konumundaki ilk muhalün aleyhe başvurması gerekir. Ancak havale ile borcun kendisinin değil de sadece mutalebesinin nakledildiğini savunan *İmam Muhammed*'e göre, ilk muhil hiçbir zaman tamamen borçtan kurtulmayacağı için, alacak hakkı tehlikeye düşerse muhalün lehine ilk muhile başvurması gerekir. Çünkü temel ilişkide muhalün lehine borçlusudur. İlk havale ile sadece mutalebenin nakledildiği muhalün aleyh ise, tekrar başkasına havale ederse borçtan tamamen kurtulacaktır⁹⁹². Bu konuda Osmanlı uygulamasında ilginç bir fetva örneği ile karşılaşmıştır:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile Bekir'in üzerine havale ve her biri havaleyi kabul ettikten sonra Bekir Amr'ı deyn-i mezkûr ile Zeyd'in üzerine havale ve Amr ve Zeyd'den her biri havaleyi kabul eyleseler Bekir Amr'in mutalebesinden beri olur mu?

*El-Cevab: Olur*⁹⁹³.

Görüldüğü üzere fetvaya konu olan olayda muhalün aleyhin havale borcunu tekrar muhile havale etmesi söz konusudur. Ancak burada ilginç olan fetvanın her iki görüşe de uygun olarak formüle edilmesidir. Nitekim *Ebu Yusuf* veya *İmam Muhammed*'in görüşlerinden her ikisine göre de muhalün aleyh havale borcunu tekrar başkasına havale etmekle muhalün lehine mutalebesinden kurtulmaktadır. Ancak görüş ayrılığının ortaya çıktığı muhalün aleyhin bu havale ile borcun kendisinden tamamen kurtulup kurtulmadığı konusunda fetva metninden bir sonuç çıkarılamamaktadır.

⁹⁹² Ayrıntılı bilgi için Bkz: Şahin, Havale, s. 113-114; Cheron / Fahmy, s. 451-453.

⁹⁹³ Netîcetu'l-Fetâvâ, s. 219-220.

Bununla birlikte Mecelle'nin 699. maddesinde muhalün bihin diğer birinin üzerine havalesiyle birlikte muhalün aleyhin deynden beri olacağı ifade edilmiştir. Bu maddenin lafzı, Mecelle'nin havale tanımı ve bu tanım konusundaki şerhler ile birlikte düşünüldüğünde, muhalün aleyhin borçtan kurtulması konusunda açıkça olmasa da *Ebu Yusuf*'un görüşünün benimsendiği söylenebilir⁹⁹⁴.

Hanefiler dışındaki mezheplere göre de havale borcunun tekrar başkasına havale edilmesi geçerlidir. Bu mezheplere göre de üstlendiği havale borcunu tekrar başkasına havale etmesi, muhalün aleyh bakımından havaleyi tamamen sona erdirir. Ancak bu mezheplerin kabul ettiği havale tanımı doğrultusunda muhalün aleyhin muhile borçlu olması şart olduğu için, muhalün aleyhin muhalün bihi havale edeceği kişinin de kendi borçlusu olması gerekir. Aksi halde aralarındaki ilişki havale niteliği taşımaz⁹⁹⁵.

V. TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ

Havale akdinde taraflardan birinin ölümünün havalenin akıbetine etkisi doktrinde tartışmalı mevzulardan birisidir⁹⁹⁶. Taraflardan birinin ölümünün havaleye etkisi, hangi tarafın öldüğüne, havalenin çeşidine veya hangi mezhebin söz konusu olduğuna göre değişmektedir.

Hanefi mezhebine göre, mutlak havalede muhilin ölmesi ile birlikte havale akdi sona ermez. Çünkü havale ile birlikte borç muhilin zimmetinden muhalün aleyhin zimmetine nakledilmiştir. Muhilin muhalün aleyhte alacak veya malının bulunduğu fakat havalenin bunlarla kayıtlandırılmadığı durumda, muhilin ölmesi ile havale borcu söz konusu mallara taalluk etmez. Bu hak veya mallar muhilin terekesine dahil edilir.

⁹⁹⁴ Nitekim *Ali Haydar Efendi*, 699. maddenin şerhinde muhalün aleyhin muhalün bihi başka birisine havale etmesi ile birlikte ilk havalenin münfesihi, ikinci havalenin ise sahih olacağını ve bu surette muhalün aleyhin borcundan kurtulacağını ifade etmiştir. Geniş bilgi için Bkz: *Ali Haydar*, C. II, s. 349-351.

⁹⁹⁵ Şahin, *Havale*, s. 113-114; Cheron / Fahmy, s. 454.

⁹⁹⁶ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

Fakat muhalün aleyhin muhile rücu etme ihtimali göz önünde bulundurularak hakimden, mirasçılardan veya diğer alacaklılardan teminat göstermesini istemesi talep edilebilir⁹⁹⁷.

Mukayyet havalede ise, havale borcunun ifasından önce muhilin ölmesi halinde havale akdi kendiliğinden sona erer (infisah eder). Çünkü muhilin ölmesi ile birlikte havalenin kayıtlandırıldığı alacak hakkı ya da mal muhilin terekesine geri döner. Bu durumda muhalün lehin, muhilin diğer alacaklıları ile birlikte terekeden alacağını tahsil edebilmek için sıraya girmesi gerekir⁹⁹⁸.

Havalede muhalün aleyh veya muhalün lehin ölmesi durumunda ise, birbirlerine halef olma halleri istisna olmak üzere⁹⁹⁹, havale akdi devam edecektir. Bu durumda alacak veya borç ölen kişinin terekesine ve mirasçılarına intikal edecek, onlar üzerinden havale akdi devam edecektir¹⁰⁰⁰. Muhalün aleyhin müflis olarak ölmesi durumunda havalenin sona ermesi meselesinde, akdi sona erdiren muhalün aleyhin ölümü değil, ortaya çıkan ödeme imkansızlığıdır¹⁰⁰¹.

Osmanlı uygulamasında karşılaşılan bir örnek olarak *Arım Müftüsü İsmail Efendi*'nin vermiş olduğu bir fetvada muhalün lehin ölümü meselesi ele alınmış ve muhalün lehin muhalün bihi kabzetmeden ölmesi durumunda varislerinin alacağı muhalün aleyhten kabzetsmelerine cevaz verilmiştir. Söz konusu fetva metni şöyledir:

Mesele beyânında eimme-i Hanefiyyeden cevab ne vechiledir ki; Zeyd Amr'a olan şu kadar gurus deynini Bekir'den havale edip Amr ve Bekir'den her biri havaleyi kabul etdiklerinden sonra Amr'ı merkûm henüz ol meblağ-ı Bekir'den ahz etmeden fevt olsa hâlâ verese taleb ve ahza şer'an kâdir olurlar mı, beyân buyurula.

⁹⁹⁷ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

⁹⁹⁸ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

⁹⁹⁹ Bu durum bir sonraki başlıkta incelenecektir. Bkz: §4-F-a.

¹⁰⁰⁰ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

¹⁰⁰¹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511. Bu konuya ileride tekrar değinilecektir. Bkz: §4-VII-A-b.

El-cevâb: Allahû a'lem olurlar.

Bu suretde verese meblağ-ı mezbûru Bekir'den dava ve taleb ve ahza taraflarından Beşir'i tevkil ve Bekir'in olduğu beldeye irsâl edip Beşir dahi varıp ba'de isbati'l-vekâle ol meblağ-ı hükm-i hâkimle almağa şer'an kâdir olur mu, beyân buyurula.

El-cevâb: Allahu a'lem olur.

Bu suretde Beşir-i merkûm minvâl-i muharrer üzere isbat-ı vekâlet edip ba'de'l-hükm meblağ-ı mezbûru Bekir'den alıp Bekir'in yedine hüccet-i şer'îye verdikten sonra verese tevkil-i mezbûru inkâr ile tekrar ol meblağ-ı Bekir'den dava eyleseler Bekir mazmun-ı hücceti isbat edicek mütâlebelerinden halâs olur mu, beyân buyurula.

El-cevâb: Allahu a'lem olur¹⁰⁰².

Görüldüğü üzere söz konusu fetvanın devamı niteliğinde iki fetva daha verilmiştir. İkinci fetvada aynı meselede alacağı kabza salahiyeti olan varislerin söz konusu alacağı vekilleri vasıtasıyla kabzelmelerinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Son fetvada ise varislerin daha önce Beşir'e verdikleri vekaleti inkâr edip tekrar muhalün aleyhe başvurmaları durumunda, muhalün aleyhin ifayı ispat etmesi ile birlikte borcundan ve varislerin taleplerinden kurtulduğu görülmektedir. Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, muhalün lehin ölmesi havalenin akıbetini etkilemez. Onun yerine vârisleri geçerek hak sahibi olurlar.

Hanefî mezhebindeki sahih görüşe göre, muhalün aleyh havale borcunu muhalün lehe ifa etmeden önce muhil ölürse, muhalün lehin muhilin diğer alacaklıları yanında havale borcu için rüçhanlı bir alacak hakkı yoktur. Yani havale borcu terekeye dahildir ve dolayısıyla da tüm alacaklılar tereke üzerinde hisseleri oranında aynı sıradan hak sahibidirler. *Ebu Hanife*, *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed* bu görüştedir. Hanefî mezhebinde zayıf olan *İmam Züfer*'in görüşüne göre ise muhalün leh bu

¹⁰⁰² Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 237.

durumda rehinli alacaklı gibi tereke üzerinde rüçhanlı hakka sahiptir. Önce muhalün leh havale borcunu terekedeki maldan alır, kalan mal diğer alacaklılar arasında hisseleri oranında paylaşılır¹⁰⁰³. Osmanlı hukukunda da Mecelle'ye kadar sahih görüş uygulanmış, durum fetva mecmualarına da yansımıştır:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile ol kadar akçe medyunu Bekir'in üzerine deyn-i mezburdan eda etmek üzere havale-i mukayyede ile havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr meblağ-i mezburu Bekir'den almadan Zeyd düyunu terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa dainler, Amr'a "Bekir'in zimmetinde olan ol kadar akçeyi kısmet-i guremada idhal edip sen dahi hissene isabet eden mikdarı al" derlerken Amr mücerred havale-i merkumeye binaen idhal ettirmeyip müstakillen almağa kadir olur mu?

El-Cevab: Olmaz (Damadzade Feyzullah Efendi)¹⁰⁰⁴.

Ancak Mecelle'nin 692. maddesinde, sahih olan ilk görüş değil de devrin şartlarına daha uygun olduğu gerekçesiyle *İmam Züfer*'in görüşü tercih edilmiştir. Bu durum Meşihat Dairesi tarafından şiddetle eleştirilmiş ve Ahmed Cevdet Paşa'nın bir süre komisyondan uzaklaştırılması ile sonuçlanmıştır. Mecelle'nin havale hükümleri hakkındaki tartışmalar yeri gelince ayrıntılı olarak incelenecektir¹⁰⁰⁵.

VI. ALACAKLI VE BORÇLU SIFATLARININ BİRLEŞMESİ

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, bir borç ilişkisinin sona ermesi anlamına gelir. Çünkü kişinin kendisi ile arasında bir borç ilişkisi kurulması düşünülemez. Nitekim borç ilişkisi malvarlığının aktif ve pasifini, İslam hukuku anlamında ise zimmeti etkileyen bir hukuki durum olmakla, bu malvarlığının ya da zimmetin bir borç ilişkisinin iki tarafını da teşkil etmesi mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin tüzel kişiliğe sahip bir şirketi ile kendi malvarlığı arasında borç ilişkisi kurulabilir. Çünkü borç ilişkisinin taraflarını oluşturan iki farklı malvarlığı söz

¹⁰⁰³ Kâsânî, C. VI, s. 17.

¹⁰⁰⁴ Neticetü'l-Fetva, s. 216.

¹⁰⁰⁵ Bkz: §5-I-B.

konusudur. Ancak bu kimsenin kendi gerçek kişiliği ile arasında bir borç ilişkisi kurulamaz. Çünkü gerçek kişinin malvarlığı veya zimmeti onun bütün hak ve borçlarını kapsadığı için, bu gerçek kişinin bir borç ilişkisinin hem alacaklısı hem borçlusu olması mümkün değildir.

Havale akdinde de alacaklı ve borçlu sıfatlarının taraflardan biri üzerinde birleşmesi durumunda, havale ilişkisi sona erer. Genellikle havalede alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, muhalün aleyhin muhalün lehe halef olması ya da muhalün aleyhin havale alacağını iktisap etmesi ile gerçekleşmektedir¹⁰⁰⁶. Dolayısıyla bu iki durum ayrı incelenecektir.

A. Halefiyet

Halefiyet, külli halefiyet ve cüzî halefiyet olarak ikiye ayrılmaktadır. Külli halefiyette halefin sefin malvarlığının tamamı veya hissesi oranındaki kısmına malik olması söz konusudur. Bu da ancak miras veya vasiyet yolu ile söz konusu olabilir. Cüzî halefiyette ise halef sefin malvarlığının muayyen bir değerine malik olur. Bu bir ayn yani eşya olabileceği gibi bir deyn yani borç (ya da alacak) da olabilir¹⁰⁰⁷. Nitekim muhilin malvarlığındaki bir borcu muhalün aleyh üzerine havale etmesi, onun cüzî halef olarak kendisinin borcuna malik olması anlamına gelir.

Havalenin halefiyet yoluyla sona ermesinde ise birkaç durum söz konusu olabilir. Klasik kaynaklarda genellikle incelendiği üzere, muhalün aleyh muhalün bihe yani alacak hakkına miras veya vasiyet yoluyla malik olabilir. Kaynaklarda çok geçmese de muhalün lehin muhalün aleyhin borcuna miras veya vasiyet yoluyla malik olması da söz konusu olabilir. Ya da üçüncü bir şahıs hem muhalün aleyhin borcuna hem de muhalün lehin alacak hakkına miras veya vasiyet yoluyla halef olursa da havalenin sona ermesi gerekir. Son iki durumun gerçekleşme ihtimali zayıf olmakla

¹⁰⁰⁶ Şahin, Havale, s. 115.

¹⁰⁰⁷ Senhûrî, Mesadirü'l-Hak, C. V, s. 10-11.

birlikte imkansız değildir¹⁰⁰⁸. Bu durumlardan birinin gerçekleşerek havale borcunun sona ermesi ile birlikte, taraflar arasındaki havale ilişkisi de sona erer. Nitekim Mecelle'nin 700. maddesinde de düzenlendiği üzere, muhalün lehin ölümü ve muhalün aleyhin ona mirasçı olması durumunda alacaklı ve borçlu sıfatları kendisinde birleştiği için havale akdi ve dolayısıyla havale borcu sona erecektir¹⁰⁰⁹.

Muhalün lehin ölmesi ve muhalün aleyhin ona varis olması durumunda, muhalün aleyh dışında başka mirasçılar da varsa havale alacağı bütün mirasçılar arasında hisseleri oranında paylaşılacaktır. Dolayısıyla muhalün aleyh ancak kendi hissesi oranında havale borcundan kurtulur. Borcun kalan kısmı için ise diğer mirasçılara karşı sorumlu olmaya devam edecektir¹⁰¹⁰.

Muhalün aleyhin muhalün lehe halef olması ile havale borcunun sona ermesi durumunda, muhalün aleyh bu alacağı iktisap ettiği için bununla muhile rücu edebilecektir¹⁰¹¹. Rücunun kapsamı ise bu konuda Mecelle'nin 698. maddesinde kabul edilen genel hükümlere göre belirlenir¹⁰¹².

Belirtmek gerekir ki, muhalün aleyhin muhalün bihi yeni bir havale ile başkasına nakletmesi ve bu kişinin muhalün aleyhin borcuna cüzî halef olarak malik olması da söz konusu olabilir. Bu durumda da borç muhalün aleyh bakımından sona erer. Ancak bu durum daha önce, muhalün bihin tekrar başkasına havalesi başlığında incelendiği için burada sadece söz konusu durumun da bir cüzî halefiyet hali olduğu belirtilmekle yetinilecektir.

¹⁰⁰⁸ Şahin, Havale, s. 115-116.

¹⁰⁰⁹ Kurtoğlu, C. II, s. 283.

¹⁰¹⁰ Ali Haydar, C. II, s. 351-352; Şahin, Havale, s. 115-116.

¹⁰¹¹ Cheron / Fahmy, s. 453-454.

¹⁰¹² Ali Haydar, C. II, s. 351-352.

B. Muhalün Aleyhin Alacağı İktisap Etmesi

Muhalün aleyhin havale borcu olan muhalün bihi iktisap etmesi durumunda alacaklı ve borçlu sıfatları birleşeceğinden havale borcu ve havale akdi sona erer. Muhalün lehin havale borcunu muhalün aleyhe hibe etmesi ve muhalün aleyhin de kabul etmesi durumunda, muhalün aleyh havale alacağına malik olur. Çünkü hibe, temlik niteliği taşır. Dolayısıyla bu hibe ile havale akdi de sona ermiş olur. Muhalün lehin muhalün bihi muhalün aleyhe tasadduk etmesi yani sadaka olarak vermesi durumunda da hüküm aynıdır¹⁰¹³. Muhalün bihin hibesi veya tasadduku ile birlikte muhalün aleyhin havale borcu bakımından havale akdi sona erse dahi bu durumda muhalün aleyh muhalün lehin yerine geçerek asıl borcu muhilden talep edebilir¹⁰¹⁴. Havale konusunda borcun muhalün leh tarafından ibra edilmesi ve hibe edilmesi arasındaki en önemli fark budur.

Mecelle'nin 699. maddesinde, muhalün lehin muhalün bihi hibe ya da tasadduk edip muhalün aleyhin de kabul etmesi durumunda, muhalün aleyhin havale borcundan kurtulacağı kabul edilmiştir. Bu maddenin şerhinde ifade edildiği üzere, ibranın geçerli olaması için muhalün aleyhin rızası gerekmezken, hibe veya tasaddukun geçerli olabilmesi için muhalün aleyhin kabulü şarttır. Burada bir hususu daha zikretmek gerekir. Muhalün aleyhin hibe veya tasadduk karşısında sessiz kalması durumunda, borcun sona erdiğini kabul etmek gerekir. Nitekim Mecelle'nin 847. maddesinde, alacaklının borçlusuna borcu hibe etmesi durumunda borçlu reddetmediği sürece hibenin geçerli olacağı ve borcun sona ereceği kabul edilmiştir¹⁰¹⁵. Ayrıca *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 797. maddesinde muhalün lehin borcu muhile hibe etmesinin geçerli olmayacağı kabul edilmiştir¹⁰¹⁶. Mecelle'de ise bu konuda açık bir hüküm mevcut değildir.

¹⁰¹³ Şahin, Havale, s. 116-117; Bardakoğlu, "Havâle", s. 511; Cheron / Fahmy, s. 453-454; Saleem, s. 142.

¹⁰¹⁴ Şahin, Havale, s. 116-117.

¹⁰¹⁵ Ali Haydar, C. II, s. 349-351.

¹⁰¹⁶ Cheron / Fahmy, s. 453-454. Madde metni için Bkz: Ek. 2.

Hanefî mezhebi dışındaki mezhepler bakımından da durum aynıdır. Bu mezheplere göre de muhalün lehine havale alacağını muhalün aleyhe hibe veya tasadduk etmesi ve muhalün aleyhine de kabul etmesi durumunda havale borcu sona ereceği gibi, muhalün aleyhine bu alacağı iktisap etmekle muhile karşı rücu edebilecektir¹⁰¹⁷.

VII. HAVALENİN İPTALİ

Havale akdinin sona erme yollarından biri de akdin taraflarca feshedilmesi ya da gerekli şartların oluşması durumunda akdin hükümsüz hale gelmesidir. Hanefî mezhebinde özellikle üzerinde durulan bir mesele olan tevâ, muhalün lehine alacak hakkının tehlikeye düşmesi nedeniyle akdin sona ermesi ve muhile rücu imkanının doğmasıdır. Sınırlı hallerde kabul edilen tevâ, havale akdinin sona ermesi konusunda en sık karşılaşılan meselelerden biridir. Bunun dışında havale, muavazalı (karşılıklı) akit niteliği taşıması nedeniyle feshe elverişli kabul edilmektedir. Son olarak da tevâ şartları oluşmamakla birlikte ödeme imkansızlığının ortaya çıkması durumunda akdin akibetinin incelenmesi gerekir.

A. Tevâ

Sözlükte yok olmak, telef olmak, sona ermek anlamlarına gelen tevâ¹⁰¹⁸, terminolojide havale ile nakledilen borcun alacaklı bakımından elde edilmesinin imkânsız hale gelmesi yani muhalün lehine telef olması ve bu nedenle havale akdinin sona ermesi anlamına gelir¹⁰¹⁹. *Osman bin Afvan*'dan rivayet edildiğine göre tevâ durumunda, muhalün lehine muhile rücu eder ve alacağını muhilden alır. Yine aynı rivayette “*Müslümanın malı telef olmaz*” denilerek muhalün lehine hakkının zayi olmayacağı belirtilmiştir¹⁰²⁰. Nitekim *Kâsânî* de, Hz. Osman'ın muhalün aleyhine

¹⁰¹⁷ Cheron / Fahmy, s. 453-454; Saleem, s. 142.

¹⁰¹⁸ Bilmen, C. VI, s. 287.

¹⁰¹⁹ Bilmen, C. VI, s. 287; Şahin, Havale, s. 118; Bardakoğlu, “Havâle”, s. 511.

¹⁰²⁰ Cessâs, C. III, s. 224, Kudûrî, et-Tecrîd, C. VI, s. 2983.

hakkındaki, “*Muhalün aleyh müflis olarak ölürse borç muhilin zimmetine avdet eder*” ve “*Müslüman’ın malı telef olmaz*” rivayetlerini tevâya delil olarak göstermiştir¹⁰²¹. Havalenin öncelikli işlevi alacaklının hakkının temin edilmesini sağlamak olduğu için, alacak hakkının tehlikeye düşmesi durumunda havalenin kabul edilmesinin bir faydası kalmayacaktır¹⁰²². Çünkü havalede alacak hakkının selamet satım akdinde satılan malın ayıptan selameti gibidir. Havale ile muhalün lehin hakkının selameti şartıyla borcundan kurtulan muhilin, hakkın telef olması durumunda tekrar borç ile sorumlu olması gerekir¹⁰²³. Bu nedenle de Hanefî mezhebinde genel olarak tevâ hallerinin gerçekleşmesi ile havalenin sona erip, borcun muhilin zimmetine döneceği kabul edilmiştir.

Havalenin tevâ ile sona ermesi doktrinde sınırlı hallerde kabul edilmiş olup, bu hallerin hepsinde de muhalün lehin kusuru bulunmaksızın muhalün aleyh bakımından bir ödeme imkansızlığının doğması söz konusudur¹⁰²⁴. Ancak muhalün aleyh bakımından doğabilecek her ödeme imkansızlığı, tevâ niteliği taşımamaktadır. Sadece doktrinde sayılan sınırlı haller tevâ kapsamında olup, diğer hallerin havale akdine etkisi ayrıca değerlendirilmelidir.

Havalede hangi hallerin tevâ sayılacağı konusunda doktrinde ihtilaf vardır. *Ebu Cafer*’den nakledildiğine göre *Ebu Hanife*, muhalün aleyhin havaleyi inkâr etmesi ve muhalün lehin havaleyi ispatlayamaması durumu ile muhalün aleyhin müflis olarak ölmesi durumunda tevânın gerçekleştiğini kabul etmektedir¹⁰²⁵. Bu iki durumda da muhalün bihin alacaklı tarafından elde edilmesi imkânsız hale gelmiştir ve bu da gerçek anlamda alacaklının hakkının telef olması anlamına gelir¹⁰²⁶. *Ebu Yusuf* ve

¹⁰²¹ Kâsânî, C. VI, s. 18.

¹⁰²² Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 569; Saleem, s. 142.

¹⁰²³ Ali Haydar, C. II, s. 314-315.

¹⁰²⁴ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 511.

¹⁰²⁵ Cessâs, C. III, s. 224; Ali Haydar, C. II, s. 314-315. *Bilmen*, ilk sebepte tevânın gerçekleşebilmesi için muhalün aleyhin havaleyi yemin ile inkâr etmesi ve muhil ile muhalün lehin aksini ispatlayamamaları gerektiğini ifade eder. Yazara göre ikinci sebepte ise, muhalün aleyhin müflis olarak vefat etmesi, muhalün bihe kefil de bulunamaması gerekmektedir. Yani havale borcuna kefil olan bir kimsenin bulunması durumunda muhalün aleyhin sadece müflis olarak vefat etmesi tevânın gerçekleşmesi için yeterli değildir. Bkz: *Bilmen*, C. VI, s. 287.

¹⁰²⁶ Merğînânî, C. III, s. 99.

İmam Muhammed'in görüşüne göre ise, bu iki durumun yanında üçüncü bir halde daha tevâ gerçekleşir. Buna göre muhalün aleyhin hayatta iken hakim tarafından iflasına karar verilmesi¹⁰²⁷ durumunda da tevâ gerçekleşir ve havale akdi sona erer¹⁰²⁸. Böylelikle de borç muhilin zimmetine geri döner¹⁰²⁹. Bununla birlikte *Kudûrî*, bir kişinin hayatta iken iflas etmesi durumunda tevânın gerçekleşmeyeceğini, çünkü bu durumun alacaklının hakkının telef olması değil de gecikmesi anlamına geldiğini ifade etmiştir¹⁰³⁰. Sonuç olarak tevâ kabul edilen haller konusunda ihtilaf olsa da Hanefi mezhebinde genel olarak tevânın gerçekleşmesi ile birlikte havalenin sona ereceği ve muhalün lehine muhile rücu hakkının doğacağı kabul edilmektedir¹⁰³¹.

Muhalün aleyhin havale borcunu tekrar bir başkası üzerine havale etmesi durumunda ise tevânın gerçekleşmesi ile borç muhile yani ilk havale bakımından düşünüldüğünde muhalün aleyhin zimmetine dönmez. İkinci muhalün aleyhin sayılan haller nedeniyle havaleyi ifa edememesi ve alacak hakkının telef olması durumunda da temel ilişkide asıl borçlu olan ilk muhile rücu edilecektir. Bu durum doktrinde tevâ ile muhile rücu hakkının bir istisnası olarak kabul edilmektedir¹⁰³².

Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerin bu konudaki görüşleri ise farklılık göstermektedir. *İmam Şafii*, havalede tevânın gerçekleşmesi durumunda muhalün lehine muhile rücu hakkını kabul etmez¹⁰³³. Çünkü Şafii mezhebine göre havalenin gerçekleşebilmesi için akit kurulurken muhalün aleyhin muhilden daha zengin olması şarttır. Muhalün aleyhin muhilden daha zengin olmaması durumunda ise Şafii

¹⁰²⁷ *Ebu Hanife*'ye göre, kişi hayatta iken iflasına karar verilemez ve hacir altına alınmaz. Ona göre iflas eden kişi hayatta olduğu sürece malvarlığı sona ermiş olmaz. Allah'ın nasibi (mal) gelir ve gider. Bugün iflas eden kişi, yarın kazanç sağlayabilir. Bu nedenle de iflas ile borçlarının sona ermesi veya malvarlığının elinden alınması kabul edilemez. Bkz: Merğînânî, C. III, s. 100; Atar, Fahrettin, "İflâs", DİA, C. XXI, İstanbul 2000, ("İflâs"), s. 509-512. Ancak *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed*'e göre kişinin hayatta iken hâkim tarafından iflasına karar verilmesi mümkündür. İflasın geçerli kabul edilmesi, muhalün lehine alacak hakkını da telef ettiği için bu durumu da tevâ hallerinden biri olarak kabul ederler. Bkz: Semerkandî, C. III, s. 247.

¹⁰²⁸ Kudûrî, el-Muhtasar, s. 120; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 569.

¹⁰²⁹ Bilmen, C. VI, s. 287.

¹⁰³⁰ Kudûrî, et-Tecrîd, C. VI, s. 2985.

¹⁰³¹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

¹⁰³² Ali Haydar, C. II, s. 318.

¹⁰³³ Kudûrî, et-Tecrîd, C. VI, s. 2983; Semerkandî, C. III, s. 247; Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

mezhebinde iki görüş ortaya çıkmaktadır. *İmam Şafii* muhalün lehin muhile rücu edemeyeceğini kabul ederken, *İbn Süreyc*'in görüşüne göre ise bu durumda muhalün leh muhile rücu edebilir. Bu meselede mezhepte sahih olarak kabul edilen görüş, *İbn Süreyc*'in görüşüdür¹⁰³⁴. *İmam Şafii*'nin rücuyla kabul etmemesinin gerekçesi, hadis-i şerifte havalenin selamet şartı ile akdedilmesinin söz konusu olmamasıdır. Bu nedenle de havale ile borçlu mutlak olarak borcundan kurtulur. Dolayısıyla da tevâ ile havalenin sona ermesi ve borcun tekrar ondan tamamen kurtulan muhile dönmesi söz konusu olmaz¹⁰³⁵.

Maliki mezhebinde ise, muhilin havale esnasında muhalün aleyhin ödeme güçlüğü içinde olduğunu bilerek alıcısını ona havale etmesi hali ile havale akdi sırasında ödeme imkansızlığının doğması durumunda muhalün lehin muhile rücu hakkının şart koşulması halinde tevâyı kabul ederler. Bu mezhebe göre ancak söz konusu iki halde tevâ sebebiyle muhalün lehin muhile rücu hakkı doğar¹⁰³⁶. Hanbeli, İmamiyye ve İbaziyye mezheplerinde ise Malikilerde kabul edilen bu iki halin veya bunlardan birinin gerçekleşmesini tevâ sebebi olarak kabul eden görüşler mevcuttur¹⁰³⁷.

Tevâ sebebiyle havalenin sona ermesi konusunda Mecelle'de açık bir düzenleme mevcut değildir. *Mürşidü'l-Hayran*'ın 783. maddesinde ise havalede *Ebu Hanife*'nin görüşünde kabul edilen iki halde tevânın gerçekleşeceği ve borcun muhilin zimmetine döneceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte 784. maddede muhalün aleyhin hayatta iken borcu ödemesinin imkansız hale gelmesinin veya hakim tarafından iflasına karar verilmesinin havalenin butlanına sebep olmayacağı açıkça ifade edilmiştir¹⁰³⁸. Sonuç olarak bu meselede Hanefî mezhebinde ittifakla kabul edilen muhalün aleyhin havaleyi inkarı ve aksinin ispat edilememesi ve muhalün aleyhin

¹⁰³⁴ Kudûrî, et-Tecrîd, C. VI, s. 2983.

¹⁰³⁵ Kâsânî, C. VI, s. 18; Ali Haydar, C. II, s. 314-315; Şahin, Havale, s. 121-122.

¹⁰³⁶ Şahin, Havale, s. 121-122; Bardakoğlu, "Havâle", s. 511; Saleem, s. 142.

¹⁰³⁷ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511; Saleem, s. 142.

¹⁰³⁸ Şahin, Havale, s. 121-122. Madde metni için Bkz: Ek. 2.

müflis olarak ölmesi halleri ile *İmameyn*'in üçüncü olarak kabul ettiği muhalün aleyhin hayatta iken hakim tarafından iflasına hükmedilmesi hali ayrıca incelenmelidir.

1) Muhalün Aleyhin Havaleyi İnkâr Etmesi

Hanefî mezhebinde ittifakla kabul edilen tevâ hallerinden birisi, havale kurulduktan sonra muhalün aleyhin havaleyi inkar etmesi ve muhil ya da muhalün lehin aksini ispatlayamaması durumunda, muhalün aleyhin yemin etmesi durumudur¹⁰³⁹. Nitekim iddiasını ispatlayamayan davacıların karşısında davalının yemin etmesi ile birlikte dava sona erer¹⁰⁴⁰. Bu örnekte de muhalün aleyhe karşı yöneltilen havale iddiası taraflarca ispatlanamamıştır. Davacıların havale iddiasını ispatlayamaması ile birlikte muhalün aleyhin havalenin mevcut olmadığına yemin etmesi durumunda dava düşer. Dolayısıyla havale akdi de sona erer. Bu durumda muhalün bih muhilin zimmetine rücu eder¹⁰⁴¹. Bununla birlikte muhalün aleyh havaleyi inkar ettiğinde davacı taraf muhil ya da muhalün aleyhin havaleyi ispat etmeleri durumunda tevâ gerçekleşmeyecek ve muhalün aleyh havale akdi ile sorumlu olmaya devam edecektir¹⁰⁴².

Bu hal hakkında bir hususa daha değinmek gerekir. Muhalün leh muhalün aleyhin gıyabında onun havaleyi inkar ettiğini ve yemin verdiğini iddia ederek muhile rücu etmek isterse, muhilin onaylaması durumunda rücu geçerli olacaktır. Ancak muhilin onaylamaması durumunda muhalün lehin bu konudaki iddiaları ve ispatları dinlenmez. Ancak daha önce de belirtildiği gibi muhalün aleyhin hazır olduğu durumda havaleyi inkar ederse ve karşı taraf havaleyi ispatlayamaz muhalün aleyh de

¹⁰³⁹ Ali Haydar, C. II, s. 315.

¹⁰⁴⁰ Nitekim Mecelle'nin 76. maddesi "*Beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir*" ve 77. maddesi de "*Beyyine hilâf-ı zâhiri isbât için ve yemin aslı ibkâ içindir*" şeklindeki ifadeleri ile bu konudaki genel hükümleri ortaya koymaktadırlar. Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 315.

¹⁰⁴¹ Ali Haydar, C. II, s. 315.

¹⁰⁴² Şahin, Havale, s. 119.

yemin verirse, artık tevâ gerçekleşmiş olacağından muhalün lehine muhile rücu talebi geçerli olacaktır¹⁰⁴³.

Muhalün aleyhine havaleyi inkarı ve aksinin ispat edilememesi durumunda tevânın gerçekleşeceği, Hanefî mezhebinde ittifakla kabul edilmektedir. *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 783. maddesinde bu tevâ hali kabul edilmekle birlikte, Mecelle'de bu konuda açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Mecelle şerhlerinde Hanefî mezhebinde ittifakla kabul edilen bu hale yer verilmektedir¹⁰⁴⁴.

2) Muhalün Aleyhine Müflis Olarak Ölmesi

Muhalün aleyhine ölmesi durumunda diğer borçlarda olduğu gibi havale borcu da muaccel hale gelecektir. Muhalün lehine, muaccel olan bu borcu tahsil etmek üzere muhalün aleyhine terekesine başvurabilir. Ancak tereke borca batıksa yani muhalün aleyhine müflis olarak ölmüşse, terekeye dahil olan malları veya alacak hakları bütün alacaklıları arasında hisseleri oranında paylaşılır. Hissesine düşen malın havale borcunu karşılayamaması durumunda, kalan kısım için muhalün lehine alacak hakkının telef olduğu kabul edilmektedir. Tevâ hallerinden biri olarak kabul edilen bu durumda muhalün lehine alacak hakkını terekeden temin edemediği oranda muhile rücu edebilir¹⁰⁴⁵.

Borçları terekesinden fazla olarak ölen kimse, müflis olarak ölmüş kabul edilir. Müflis olarak ölen kimsenin terekesinde ise alacaklıları, alacakları oranında hak sahibidirler. Rüçhanlı alacaklılar dışında bütün borçlular kalan terekeyi borçları oranında paylaşırlar. Bir alacaklının diğerinin hisselerini gasp ederek alacağının tamamını terekeden karşılaması durumunda kendi hisselerini aşan miktarı hak sahibine

¹⁰⁴³ Ali Haydar, C. II, s. 319-320.

¹⁰⁴⁴ Cheron / Fahmy, s. 438.

¹⁰⁴⁵ Cheron / Fahmy, s. 436-438. Madde metni için Bkz: Ek. 2.

iade etmeye mecburdur. Bu konuda XVII. yüzyılın sonunda *Şeyhülislam Debbağzade Mehmed Efendi*'nin verdiği fetva da bu yöndedir:

Düyyûnu terekesinden ezyed olduğu hâlde fevt olan Zeyd'in dâyinleri Zeyd'in terekesini kabz ve düyununu edâya vasi nasb olunan Amr'ın muvâcehesinde deynlerine ikâme-i beyyine etdiklerinde Amr, kadı emrinsiz ve sair guremâ izinlersiz dayinlerden Bekir ve Beşir'e deynlerini tamamen verse dâyinlerden Halid ve Velid Amr'ın Bekir ve Beşir'e kısmet-i guremâdan hisselerinden ziyade verdiği akçeden kısmet-i guremâdan hisselerini Amr'a tazmine kâdir olurlar mı, beyân buyurula.

El-cevâb: Allahu a'lem, olurlar. Ketebehû Mehmed el-fakîr Unfiye anh¹⁰⁴⁶.

Bu fetva dikkate alındığında muhalün lehin geride mal bırakan ancak borçları terekesinden fazla olan muhalün aleyhin terekesinden diğer alacaklılardan önce havale borcunun tamamını alması mümkün değildir. Çünkü burada muhalün lehin tereke üzerinde rüçhanlı bir alacak hakkı söz konusu değildir. Nitekim fetvadın anlaşıldığı üzere, borçları terekesinden fazla olarak ölen bir kimsenin alacaklılarından bir kısmının alacaklarının tamamı, hakim emri ve diğer alacaklıların izni olmaksızın ödenemez. Dolayısıyla böyle bir durumda muhalün aleyh diğer alacaklılarla birlikte sıraya girecektir ve terekeyi hisseleri oranında paylaşacaklardır. Sonrasında ise havale borcunun ifa edilmeyen kısmı için muhile rücu edebilir.

Görüldüğü gibi burada havalenin baştan itibaren geçersiz olması değil, ileriye dönük olarak sona ermesi söz konusudur. Çünkü muhalün lehin muhalün aleyhin terekesinden havale borcunu tahsil etmesi havale akdine dayanmaktadır. Sonrasında kalan kısım ile muhile rücu etmesi ise tevânın gerçekleşmesi ve havale akdinin sona ermesi sebebiyledir. *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 783. maddesinde ise, muhalün aleyhin müflis olarak ölmesi, ancak geride havale borcunu karşılayacak bir malı veya kefil

¹⁰⁴⁶ Şeyhülislam Debbağzade Mehmed Efendi, (I. M. 2.11.1967- 13.2.1688; II. M. 2.3.1688- 25.6.1690). Bkz: Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015, s. 83, 86.

yoksa tevâ sebebi olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴⁷. İki ifade de aynı gözükmele birlikte, *Mürşidü'l-Hayrân*'ın düzenlemesi muhalün aleyhin geride bir miktar mal bırakması ancak diğer alacaklıların müdahalesi neticesinde havale borcuna yetmemesi durumunda muhalün lehine kalan kısım için muhile rücu edebilmesini açıklayamamaktadır.

Ali Haydar Efendi Mecelle şerhinde yukarıdaki ifadeye benzer bir açıklamada bulunmuş olsa dahi, havale borcunun tamamının ödenmesi üzerinde durması bakımından *Mürşidü'l-Hayrân*'dan ayrılmaktadır¹⁰⁴⁸. Nitekim yazar muhalün aleyhin iflası halinde tevâyı ikiye ayırmış, havalenin tamamen sona ermesini küllen tevâ, muhalün aleyhin malı veya kefilinin borcun sadece bir kısmına yetmesi durumunda kalan kısmın muhile rücu edilmesini ise kısmen tevâ olarak nitelendirmiştir¹⁰⁴⁹. Bununla birlikte muhalün aleyhin müflis olarak vefat etmesinin havalde tevâyı gerçekleştireceği Hanefi mezhebinde ittifakla kabul edilmektedir¹⁰⁵⁰. Ancak belirtmek gerekir ki bu hüküm mutlak havale bakımından geçerlidir. Çünkü mukayyet havalde muhalün aleyhin ölümü havaleyi hükümsüz hale getirerek havalenin kayıtlandırıldığı malın muhilin zimmetine dönmesine neden olur¹⁰⁵¹.

Muhalün aleyhin müflis olarak vefat etmesi ancak geride havale borcunun tamamı için bir kefil bırakması durumunda ise havale sona ermez. Burada kefaletin muhalün aleyhin emriyle olup olmaması veya muaccel ya da müaccel olması sonucu değiştirmez. Bu durumda muhalün lehine havale borcunu muhalün aleyhin kefilinden talep etmesi gerekir. Nitekim havalenin sona ermemesi nedeniyle borç muhilin zimmetinde dönmemiştir¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ Madde metni için Bkz: Ek. 2.

¹⁰⁴⁸ Ali Haydar, C. II, s. 316.

¹⁰⁴⁹ Ali Haydar, C. II, s. 317-318.

¹⁰⁵⁰ Cheron / Fahmy, s. 436-438.

¹⁰⁵¹ Şahin, Havale, s. 119-120.

¹⁰⁵² Ali Haydar, C. II, s. 316.

Muhalün aleyhin havale borcunu ödemekten aczi söz konusu iken gaip olması durumunda, müflis olarak öldüğü sabit olmadıkça tevâ gerçekleşmez. Bununla birlikte muhalün aleyhin hayatta iken ödeme aczi içine düşmesi nedeniyle havale borcunun tahsil edilmesi mümkün olmasa da tevâ gerçekleşmeyecektir¹⁰⁵³. Meğerki, hakim iflasına karar verip ve *İmameyn*'in görüşü tercih edilsin. Nitekim bu konuda *Ebu Hanife*'nin görüşünü benimseyen *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 784. maddesi, muhalün aleyhin havale borcunu ödemesinin imkansız hale gelmesi veya hakimin muhalün aleyhin iflasına karar vermesi durumunda havalenin sona ermeyeceğini açıkça ifade etmiştir¹⁰⁵⁴.

3) Hayatta İken Muhalün Aleyhin İflasına Karar Verilmesi

Hanefî mezhebinde ittifak edilen iki tevâ hali dışında, *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed* bir halde daha tevânın söz konusu olabileceğini kabul etmişlerdir. Bu görüşe göre hayatta iken hakim tarafından muhalün aleyhin iflasına hükmedilmesiyle muhalün aleyhin havale borcunu ödemekten aczinin kesinleşmesi durumunda da tevâ gerçekleşir. Alacak hakkı telef olan muhalün leh muhile rücu edebilecektir¹⁰⁵⁵. Bununla birlikte klasik fıkıh metinlerinde *Ebu Hanife*'nin görüşü tercih edilmekte, *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed*'in görüşü mezhepte zayıf kalmaktadır. Ancak Osmanlı uygulamasında *İmameyn*'in görüşüne göre verilen fetvalar da mevcuttur¹⁰⁵⁶.

Hanefî mezhebinde karşılaşılan bu görüş ayrılığının sebebi, tarafların hür bir insanın hayatta iken iflasına karar verilip verilemeyeceğine ilişkin görüşlerine dayanmaktadır. *Ebu Hanife*, malvarlığının insanlar arasında dolaşan bir nitelik taşıması nedeniyle bir kişinin yaşadığı sürece iflasına karar verilemeyeceği ve hacir altına alınamayacağını savunmuştur. Çünkü bugün ödeme aczi içindeki bir kişi yarım yüklü bir mala sahip olabilir. Bu nedenle de hakim tarafından muhalün aleyhin iflasına

¹⁰⁵³ Ali Haydar, C. II, s. 316.

¹⁰⁵⁴ Madde metni için Bkz: Ek. 2.

¹⁰⁵⁵ Şahin, Havale, s. 120.

¹⁰⁵⁶ Ali Haydar, C. II, s. 316-317.

karar verilmesi tevâ sebebi kabul edilemez. Ancak *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed*, bir kişinin hayatta iken de hakim tarafından iflasına karar verilebileceğini kabul etmişlerdir¹⁰⁵⁷.

Mecelle diğer tevâ hallerinde olduğu gibi bu hal konusunda da hüküm içermemektedir. Bununla birlikte Mürşidü'l-Hayrân'ın 784. maddesinde açıkça muhalün aleyhin ödeme aczi içine düşmesi veya hakim tarafından iflasına karar verilmesinin havalenin butlanına sebep olmayacağı ifade edilerek *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed*'in görüşü reddedilmiştir¹⁰⁵⁸.

B. Akdin Feshi

Havale akdinin, tarafların anlaşması ile sona ermesi mümkün olsa da bu sona erme halinin akdin feshi mi yoksa ikalesi mi olduğu, ayrıca akdin rıza ile sona ermesi için hangi tarafların rızasına ihtiyaç olduğu meseleleri doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁵⁹.

Hanefiler, havalenin muhil ve muhalün lehine anlaşmaları ile sona erebileceğini kabul ederler. İbaziler ise bu konuda akdin üç tarafının da rızasının gerekli olduğunu ifade etmektedirler¹⁰⁶⁰.

Netîcetü'l-Fetâvâ'da geçen bir fetvaya göre, muhil ile muhalün lehine havaleden vazgeçmesi ve havaleyi feshetmeleri durumunda borç tekrar muhilin zimmetine dönmektedir. Fetva metninde şöyle ifade edilmiştir:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile Bekir'in üzerine havale edip Amr ve Bekir'den her biri havaleyi kabul ettikten sonra Zeyd ve Amr nadimler

¹⁰⁵⁷ Şahin, Havale, s. 120; Cheron / Fahmy, s. 436-438.

¹⁰⁵⁸ Cheron / Fahmy, s. 436-438. Madde metni için Bkz: Ek. 2.

¹⁰⁵⁹ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

¹⁰⁶⁰ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

olup havaleyi fesh eyleseler Amr meblağ-i mezburu Zeyd'den almağa kadir olur mu?

El-Cevab: Olur (Mehmed Salih Efendi)¹⁰⁶¹.

Bu fetva mecmuasının döneminden anlaşıldığına göre, en azından XVIII. ve XIX. yüzyıl Osmanlı uygulamasında havalenin feshi için muhil ve muhalün leh in rızaları yeterli olmaktadır¹⁰⁶². Bununla birlikte havale ifa edilmeden önce taraflarca feshedilirse, muhalün leh havale borcu ile muhile rücu edebilir¹⁰⁶³.

Ali Haydar Efendi'nin Mecelle şerhinde ifade ettiğine göre havalenin feshi ya ikale ile ya da şart muhayyerliği ile gerçekleşebilir¹⁰⁶⁴. Bu doğrultuda havale bakımından ikale ve şart muhayyerliği hallerini ayrı ele almak gerekir.

1) İkale

İslam hukukuna göre her iki tarafa borç yükleyen muavazalı (karşılıklı) sözleşmelerin tarafların anlaşması ile feshedilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte tarafların karşılıklı rızaları ile hukuken geçerli olarak kurulmuş bir akdi sona erdirmelerine ikale denir¹⁰⁶⁵. Havale akdi, taraflar bakımından ivazlı bir akit olduğu için ikale ile feshedilebilmesi mümkündür¹⁰⁶⁶. Çünkü havale genellikle, bir deynin diğer bir deyn ile mübadele edilmesidir¹⁰⁶⁷.

Havale, muhil ve muhalün leh in karşılıklı olarak anlaşmaları ile feshedilebilir. Bu ikale ile birlikte havale sona erer. Muhalün aleyh borcundan kurtulur ve havale

¹⁰⁶¹ Neficetü'l-Fetâvâ, s. 215.

¹⁰⁶² Söz konusu fetva mecmuası her ne kadar XIX. yüzyılda sıkça uygulansa da telifi XVIII. yüzyıla dayanmaktadır. Dolayısıyla XVIII. yüzyılın uygulamasını yansıttığı evleviyetle söylenebilir.

¹⁰⁶³ Saleem, s. 142.

¹⁰⁶⁴ Ali Haydar, C. II, s. 318.

¹⁰⁶⁵ Aybakan, "İkale", s. 14.

¹⁰⁶⁶ Şahin, Havale, s. 117.

¹⁰⁶⁷ Ali Haydar, C. II, s. 318-319; Bilmen, C. VI, s. 289.

borcu muhilin zimmetine döner¹⁰⁶⁸. Muhilin, alacağı karşılığında muhalün aleyhten senet alan muhalün lehten söz konusu senedi isteyerek havale ilişkisinden çıkmasını istemesi durumunda, muhalün leh rızasını açıkça belirtmese bile senedi iade etmesi ile birlikte havale feshedilmiş ve borç muhilin zimmetine dönmüş olur¹⁰⁶⁹.

2) Şart Muhayyerliği

İslam hukukunda akdin taraflarından birisine belirli bir süre içinde akde rıza gösterme ya da reddetme hakkı tanınmasına “*hıyâr-ı şart*” veya “*şart muhayyerliği*” denmektedir¹⁰⁷⁰. Havale akdinde de muhalün leh veya muhalün aleyhe şart muhayyerliği tanınması söz konusu olabilir. Bu durumda muhayyerlik hakkına sahip olan bu tarafın söz konusu şartta belirtilen süre içinde havaleyi kabul etmesi ya da reddetmesi gerekir¹⁰⁷¹.

Havalede muhalün lehin şarta bağlı muhayyerlik hakkı mevcutsa, muhayyerlik için belirtilen süre içinde havalenin feshedilmesi ile birlikte havale sona erecektir. Bu durumda muhalün leh havale borcu ile muhile rücu edebilecektir. Muhalün aleyh muhayyer ise, belirtilen süre içinde havalenin feshedilmesi ile havale borcundan kurtulacak ve borç muhilin zimmetine dönecektir¹⁰⁷².

Bununla birlikte havalede muhalün leh için rücu muhayyerliğinin tanınması da söz konusu olabilir. Muhalün leh bu muhayyerlik hakkına dayanarak dilediği zaman muhile rücu edebilecektir. Muhalün lehin rücu muhayyerliğine dayanarak havale

¹⁰⁶⁸ Ali Haydar, C. II, s. 318-319; Şahin, Havale, s. 117.

¹⁰⁶⁹ Bu örnek hakkında Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 318-319.

¹⁰⁷⁰ Apaydın, “Muhayyerlik”, s. 26.

¹⁰⁷¹ Ali Haydar, C. II, s. 318-319.

¹⁰⁷² Ali Haydar, C. II, s. 318-319; Şahin, Havale, s. 117-118.

borcu ile muhile rücu etmesi durumunda da havale sona erecek ve muhalün aleyh borcundan kurtulacaktır¹⁰⁷³.

C. Ödeme İmkansızlığı

Ödeme imkansızlığının doğması havale akdi bakımından arızı, yani sonradan ortaya çıkan bir durumdur. Nitekim başlangıçta söz konusu olan ödeme imkansızlığının hukuki sonucu farklı olmakta ve muhalün bihin imkansız olması havalenin butlanına sebep olmaktadır¹⁰⁷⁴. Havalenin kurulmasından sonra ancak muhalün aleyhin borcu ifa etmesinden önce ortaya çıkan ödeme imkansızlığının havale akdine etkisi ise doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁷⁵. Belirtmek gerekir ki bu başlıkta sözü edilen ödeme imkansızlığı, tevâ niteliği taşımayan imkansızlık halleridir. Bu ise sadece mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı borcun misli yani cins borcu olmaması durumunda söz konusu olur. Mutlak havalede ise her halükarda cins borcu söz konusu olduğu için tevâ dışında bir ödeme imkansızlığı söz konusu olamaz¹⁰⁷⁶.

Havalede ortaya çıkabilecek ödeme imkansızlığı, havale borcunun veya havalenin kayıtlandırıldığı borcun telef olması durumunda da ortaya çıkabilir. Havale borcunun veya bu borcun hukuki sebebinin ortadan kalkması belirli şartlarda havalenin sona ermesini gerektirebilir¹⁰⁷⁷. Örneğin, muhil ile muhalün leh arasındaki temel ilişkinin bir satım akdi olması ve bu satım akdinde alıcı olan muhilin satıcı olan muhalün lehi satılan malın bedelini almak üzere başkasına havale etmesi durumunda, satılan malın sahipli çıkması ve istihkak edilmesi satım bedeli borcunu ortadan kaldıracığı için havale de kendiliğinden sona erer. Aynı örnekte satılan malın alıcıya teslim edilmeden önce satıcının elinde telef olması durumunda, temel ilişkideki borç sona ereceğinden satım bedeline ilişkin havale akdi de kendiliğinden sona erer. Yine

¹⁰⁷³ Ali Haydar, C. II, s. 318-319; Şahin, Havale, s. 117-118. Havalede geçerli olabilecek akid muhayyerlikleri hakkında geniş bilgi için Bkz: §2-V.

¹⁰⁷⁴ Şahin, Havale, s. 124-125.

¹⁰⁷⁵ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 511.

¹⁰⁷⁶ Şahin, Havale, s. 122-123.

¹⁰⁷⁷ Bardakoğlu, “Havâle”, s. 511.

bu örnekte satılan malın ayıp sebebiyle satıcıya iade edilmesi durumunda da alıcı olan muhilin borcu ortadan kalkacağından bu sebebe dayanan havale akdi infisah eder¹⁰⁷⁸.

Muhalün aleyhin muhile borçlu olduğu durumlarda, bu borcun mevcut olmadığı veya sebebinin geçersiz olduğunun ortaya çıkması durumunda, havale bu borç ile kayıtlandırılmamışsa yani mutlak bir havale ise, borç sebebinin geçersiz hale gelmesi ile havale sona ermez. Ancak havale akdi bu borç ile kayıtlandırılmış bir mukayyet havale ise, kayıtlandırılan borcu doğuran sebebin geçersiz hale gelmesi havalenin de butlanına sebep olur. Çünkü bu halde, havale anında havale konusunun hukuki sebebinin olmadığı ortaya çıkmıştır¹⁰⁷⁹. Hukuki sebebin olmayışı da havale akdinin butlanını gerektirir. Mukayyet havalde havalenin kayıtlandırıldığı borcun geçersizliği, İmamiyye ve İbaziyye dahil hukuk mezheplerinin çoğunluğuna göre havalenin de geçersizliğine sebep olur¹⁰⁸⁰.

Muhalün aleyh elinde bulunan muhilin malının telef olması ve muhalün aleyhin bunun tazmin sorumluluğu olması veya muhil tarafından bu malın geri alınması durumunda ise, havale akdi geçerliliğini korur¹⁰⁸¹. Havalenin mutlak veya mukayyet olması sonucu değiştirmez. Nitekim havalenin kurulduğu sırada söz konusu mal muhalün aleyhin elinde mevcuttur. Havalenin temeline ilişkin bir geçersizlik olmadığı için havalenin sonucu da etkilenmez. Ancak bu durumda muhilin muhalün aleyhin zararını tazmin etmesini gerektirir¹⁰⁸². Nitekim mukayyet havalde muhalün aleyhin muhile olan borcunun sona ermesinin havaleyi sona erdirmeyeceğine, Osmanlı'nın muteber fetva mecmualarında geçen örneklerde de rastlanmaktadır:

Zeyd şu kadar vukiyye üzümlünü Amr'a şu kadar akçeye bey' ettikten sonra ol kadar akçe daini Bekir'i semen-i mezburdan eda etmek üzere Amr'ın üzerine havaleyi mukayyede ile havale edip ba'dehu Zeyd ol üzümlü Amr'a

¹⁰⁷⁸ Şahin, Havale, s. 123; Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

¹⁰⁷⁹ Şahin, Havale, s. 122-123; Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

¹⁰⁸⁰ Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

¹⁰⁸¹ Şahin, Havale, s. 122-123.

¹⁰⁸² Bardakoğlu, "Havâle", s. 511.

teslim etmeyip ol üzüm Zeyd'in yedinde afet-i semaviyye ile helak olsa semen-i mezbur sakit olsa havale-i mezbure batil olur mu?

El-Cevab: Olmaz.

Bu surette Bekir havale-i merkumeye binaen Amr'dan ol kadar akçe alsın Amr meblağ-i mezbur ile Zeyd'e rücu kadir olur mu?

El-Cevab: Olur (Dürrizade)¹⁰⁸³.

Dürrizade'nin vermiş olduğu bu iki fetvadın anlaşıldığı üzere, muhalün aleyhin elinde bulunan ve havale ile kayıtlandırılmış olan malın telef olması, havale akdini sona erdirmez. Ancak kayıtlanan mal ortadan kalktığı için havale borcunu ifa ettikten sonra muhalün aleyh, ödediği meblağı muhile rücu edebilir.

VIII. BORCUN MUHİLİN ZİMMETİNE DÖNMESİ

Havale akdinin sona ermesi meselesinde son olarak havale borcunun hangi hallerde muhilin zimmetine döneceğini belirtmek çalışmamız bakımından faydalı olacaktır. Nitekim mutlak veya mukayyet havale için çeşitli sona erme hallerinde muhalün bihin muhalün aleyhin zimmeti bakımından sona ererek muhilin zimmetine dönmesi söz konusudur. Bu meseleyi toparlamak gerekirse mutlak havale ve mukayyet havalede ortaya çıkan halleri ayrıca sıralamak gerekir.

Mutlak havalede muhalün bihin muhilin zimmetine dönmesi dört durumda söz konusu olur. Buna göre öncelikle muhalün bihin tevâ sonucunda muhalün aleyhte telef olması durumunda havale borcu muhile geri döner. İkinci olarak, muhil ve muhalün lehin havale akdini ikale ile feshetmeleri durumunda muhalün bih muhilin zimmetine döner. Bunlarla birlikte üçüncü durum olarak muhayyerlik sebebiyle muhalün lehin akdi feshetmesi ve dördüncü durum olarak da muhalün aleyhin muhayyerlik sebebiyle

¹⁰⁸³ Netîcetü'l-Fetâvâ, s. 218.

akdi feshetmesi sayılabilir. Bütün bu hallerde muhalün aleyh havale borcundan kurtulur ve borç muhilin zimmetine döner¹⁰⁸⁴.

Mukayyet havalede ise üç durumda borcun muhile geri dönmesi söz konusu olur. Buna göre öncelikle Mecelle'nin 693. maddesinde de düzenlendiği üzere, satıcının alacaklısını müşteri üzerine satış bedelinden ödenmek üzere havale etmesi durumunda üçüncü bir kişinin malik olduğunun ortaya çıkması ve satılan malın istihkak edilmesi söz konusu olursa havale akdi batıl olur ve muhalün bih muhilin zimmetine döner. İkinci durum Mecelle'nin 694. maddesinde düzenlendiği üzere, muhilin muhalün aleyhte emanet olarak bulunan malından verilmek üzere kayıtlandırılan havalede söz konusu emanet malın başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa ve o kişi tarafından istihkak edilirse havale akdi batıl olur. Bu durumda da borç muhile geri döner. Son olarak Mecelle'nin 695. maddesinde düzenlendiği üzere, muhilin muhalün aleyhin elinde bulunan ve havalenin akyıtlandırıldığı malın telef olması durumunda, söz konusu mal muhalün aleyh bakımından mazmun değil ise havale akdi batıl olur. Böylelikle de muhalün bih muhilin zimmetine döner¹⁰⁸⁵. Esasında bu hallerin her biri ilgili sona erme başlığında ayrıca incelenmiştir. Ancak burada konuyu toparlamak mahiyetinde, havalenin sona ermesi ile birlikte borcun muhile geri döndüğü haller mutlak ve mukayyet havaleye göre ayrıca sıralanmıştır.

¹⁰⁸⁴ Ali Haydar, C. II, s. 322-323.

¹⁰⁸⁵ Ali Haydar, C. II, s. 322-323.

§ 5. UYGULAMA BAKIMINDAN HAVALE AKDİ

İslam ve Osmanlı hukuku tarihinde genellikle ödeme amaçlı bir taahhüt havalesi¹⁰⁸⁶ işlevi gören havale akdinin tarihi uygulamasının Mecelle ve Osmanlı mahkeme kararları ışığında incelenmesi, havale akdi bakımından teoriyi tamamlayan pratik bir bakış sağlayacaktır. Bununla birlikte ticaret hukukuna yansıyan boyutlarıyla havalenin kıymetli evrak ve süftece bakımından da incelenmesi gerekir. Bu nedenle öncelikle Mecelle’de havale akdinin işlenişi, devamında ise havalenin İslam hukuku uygulamasında önemli bir yer tutan süftece ile ilişkisi ele alınacaktır. Sonrasında Osmanlı kadı sicillerinde ve son dönem nizamiye mahkemelerinde karşılaşılan dava örneklerine temas edilerek inceleme tamamlanacaktır.

I. MECELLE’DE HAVALE AKDİNİN İŞLENİŞİ

Osmanlı Devleti’nin son dönemlerinde yapılmış olan en önemli kanunlaştırma faaliyeti diyebileceğimiz Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, döneminde ve sonrasında gerek imparatorluk bakiyesi Türkiye’de ve gerek bir süre uygulanmaya devam ettiği İslam devletlerinde birçok akademik araştırmaya konu olmuştur. Mecelle, eksikleri ve fazlalarıyla, genel olarak bir medeni kanun özelliği taşımaktadır. Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki Mecelle Cemiyeti’nin 1869-1876 yılları arasındaki faaliyetleri neticesinde, kademeli olarak on altı kitap halinde yürürlüğe girmiştir¹⁰⁸⁷. Konu tasnifi bakımından, Roma-Cermen hukuk geleneğine dayanan ve güncel hukukumuzda da kabul edilen medeni hukukun genel tasnifine uygun olmasa da¹⁰⁸⁸ farklı akit türlerini ve yargılama kurallarını münferit kitaplar halinde ele alan bir özel hukuk derlemesi olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Mecelle’nin ilk 100 maddesinde düzenlenen külli kaideler ve satım akdine ilişkin hükümlerin, borçlar hukukuna hâkim genel

¹⁰⁸⁶ Ödeme havalesi ve taahhüt havalesi farkı için Bkz: Kahraman, Borcun Dış Üstlenilmesi, s. 41.

¹⁰⁸⁷ Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, s. 427.

¹⁰⁸⁸ Tasnif için Bkz: Tahiroğlu / Erdoğan, s. 115; Karakoç, s. 76.

hükümleri oluşturduğu söylenebilir¹⁰⁸⁹. Özel hükümler ise her bir isimli akit türü için ayrı kitaplarda kanunlaştırılmıştır. Böylelikle külli kaideler dışında kalan on altı kitap sırasıyla, satım akdi, kira akdi, kefalet akdi, havale akdi, rehin akdi, emanet akdi, hibe akdi, gasp ve itlaf, hacir ve ikrah ve şufa, şirket akdi, vekalet akdi, sulh ve ibra, ikrar, dava, beyyinat ve tahlif (delil hukuku) ile kaza konularını kapsamaktadır¹⁰⁹⁰.

Genel olarak kabul edildiği üzere güncel kanunlarda benimsenen soyut metodun aksine Mecelle meseleci (kazüistik) metoda uygun olarak birçok hükmü ayrıntılı olarak düzenlemiş ve hatta bazı maddelerde örneklendirmelere yer vermiştir¹⁰⁹¹. Klasik fıkıh kitaplarının sistematığına uygun olarak, isimli akitlerin ayrı kitaplar halinde düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte eşya ve usul hukukuna dair bazı meseleler de Mecelle'nin münferit kitaplarında kanunlaştırılmıştır. Klasik medeni hukuk tasnifinden ayrı olarak şahıs, aile ve miras meseleleri Mecelle'ye dahil edilmemiştir. Mecelle'nin güncel kanunlaştırma usulüne uymayan bu tarzı benimsemesinin pratik nedenleri vardır. Öncelikle Osmanlı devletinde yaşayan azınlıkların şahıs hukuklarına ilişkin hukuki özerklikleri korunmak istenmiştir. Şahıs hukukuna ilişkin bu meseleler şer'i mahkemeler ile cemaat mahkemelerinin yetkisine bırakılırken, iktisadi ve sosyal hayata ilişkin ortak hükümler yeni kurulan nizamiye mahkemelerinin yetkisindedir. Bu mahkemelerdeki yargılamalar ise klasik Osmanlı hakiminin fıkıh nosyonuna sahip olmayan çeşitli gruplara mensup hakimler tarafından yürütülmektedir. Mecelle Cemiyeti sayılan bu sebeplerle ve hukuk birikimine yabancı hakimlerin bilgi açığını kapatma ihtiyacı duyarak, didaktik bir yöntem benimsemiş, kanun metninde ayrıntılı hükümler ve örneklendirmeler kullanmıştır¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ Akman, Mehmet, "Mecelle'de Âriyet Sözleşmesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul 1989, ("Âriyet"), s. 7-8.

¹⁰⁹⁰ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 232-233; Akman, "Âriyet", s. 7-8.

¹⁰⁹¹ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 233; Akman, bu konuda genel görüşe katılmamakta ve Mecelle'nin "mücerret-kazüistik karma sistem" olarak adlandırılacak kendine has bir metot benimsediğini ifade etmektedir. Bkz: Akman, "Âriyet", s. 7-8.

¹⁰⁹² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 233; Akman, "Âriyet", s. 7-8. Sayılan bu gerekçeler, Mecelle'nin Esbab-ı Mucibe Mazbatasında ifade edilmektedir. Esbab-ı Mucibe mazbatasının metni için Bkz: Akgündüz, s. 41-47.

Bahsedilen bu yönteme uygun olarak Mecelle'nin her kitabının giriş kısmında, o konuyla ilgili terimlere ve tanımlara yer verilmiştir. Bunun bir sebebinin bahsedildiği üzere hakimlere yol göstermek olduğu söylenebilir. Diğer bir sebebi ise Esbab-ı Mucibe Mazbatasında da belirtildiği üzere Mecelle'nin, sadece mahkemelerde uygulanmak üzere değil, sosyal hayatta halkın da başvurabileceği bir hukuk kaynağı olarak görülmesi ve bu vesileyle sosyal ve iktisadi hayatta ortaya çıkabilecek hukuki uyuşmazlıkların asgari düzeye indirilmek istenmesidir¹⁰⁹³.

Sözlükte terim anlamı itibariyle “borcun nakli ve borçlunun zimmetinden havale edilenin zimmetine geçmesi”¹⁰⁹⁴ olarak tanımlanan havale, Mecelle'nin dördüncü kitabına ismini vermiş ve müstakil bir kitap olarak düzenlenmiştir. Havale kitabı, Mecelle'nin 673 ile 700. maddeleri arasını düzenlemekte olup, bir giriş kısmı ile iki bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmı, havale ile ilgili kullanılmakta olan fıkıh terimlerini açıklayan yedi maddeden oluşur. Birinci bölüm havale sözleşmesi hakkında olup, havalenin unsurları ve havalenin şartları olmak üzere iki fasıl ve toplamda on maddeden oluşur. İkinci bölüm ise havalenin hükümleri hakkında olup, on bir maddeden oluşmaktadır.

Mecelle'nin 673. maddesinde geçen havale tanımı şu şekildedir: “*Havale, deyni bir zimmetden diğer zimmete nakletmekdir*”. Kitabü'l-Havale'nin giriş bölümünde havaleye ilişkin diğer hukuk terimleri ile birlikte verilen bu havale tanımından, havalenin hukuki niteliği açıkça anlaşılammamaktadır. Havale kitabının devam eden birinci bölümünün açıklaması “*Akd-i havale beyanında olup iki fasla munkasımdır*” şeklinde olup, havalenin bir sözleşme olarak nitelendiği açıkça ortaya konulmuştur. Bu birinci bölümün ilk kısmı havale akdinin rükünleri (unsurları), ikinci kısmı ise şartları hakkındaki maddeleri içerir. Ayrıca 680. maddede “*Muhil, kendi da'inine seni filanın üzerine havale etdim deyip onlar dahi kabul etdiklerinde havale mün'akid olur*” denmekle havale sözleşmesinin nasıl kurulacağı da belirtilmiştir¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ Karakoç, s. 110; Akgündüz, s. 41-47.

¹⁰⁹⁴ Müncezü't-Tullâb, Dar el-Meşrik, Beyrut 1956, s.149.

¹⁰⁹⁵ Havale kitabı madde metinleri için Bkz: Ek. 1.

Bütün bunlar ve devam eden maddelerin ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, Mecelle havaleyi bir isimli akit olarak düzenlemiştir.

Havale akdi borcun naklini konu alan, borcu borçlunun zimmetinden havale edilenin zimmetine geçiren akittir. Ancak bu akdin geçerli olarak kurulabilmesi için muhil yani havale eden ile kendisine borç havale edilen muhalün aleyhin rızalarının uyuşması yetmemekte, ayrıca alacaklının da bu havale işlemine razı olması gerekmektedir¹⁰⁹⁶. Bu nedenle havale üç taraflı bir akit, yani İsviçre / Türk hukukunda olduğu gibi üç köşeli bir hukuki ilişkidir¹⁰⁹⁷.

İslam hukuku doktrinine uygun olarak Mecelle'nin kullandığı terminolojiye göre, havale akdinin tarafları muhil, muhalün leh ve muhalün aleyhtir¹⁰⁹⁸. Mecelle'nin 674 ile 677. maddeleri arasında düzenlendiği üzere muhil, borcu havale eden borçluya denir. Muhalün leh, lehine havale yapılan kişi yani alacaklıdır. Muhalün aleyh ise, kendisine havale edilen borcu ödemeyi kabul eden ve alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine dahil olan üçüncü kişidir. Havaleye konu olan borca ise muhalün bih denmektedir¹⁰⁹⁹.

Mecelle daha önce de bahsettiğimiz üzere, İslam hukukundan farklı bir sistem ortaya koymamıştır. Bilakis, klasik fıkıh kitaplarında yer alan Hanefi mezhebi hükümlerinden uygulamaya esas teşkil edenlerinin, mezhep çizgisi ve çağın ihtiyaçları gözetilerek kanunlaştırılmasından ibarettir¹¹⁰⁰. Bu nedenle Mecelle'de ele alınan havale akdinin kökenini, İslam hukukunda ve onun muteber kaynaklarında aramak gerekir. İslam hukuku metodolojisinde ittifakla kabul edilen ve metodolojinin temel

¹⁰⁹⁶ Ekinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk, Arı Yayınları, İstanbul 2008, s. 516.

¹⁰⁹⁷ İsviçre / Türk hukukunda kabul edilen havale akdinin niteliği hakkında Bkz: Kocaman, "Hukuki Nitelik", s. 129-155.

¹⁰⁹⁸ Havale akdinin tarafları İslam hukuku kaynaklarında genellikle bu şekilde geçmektedir. Ancak bazı kaynaklarda farklı terimler de kullanılmaktadır. Buna göre muhil yerine havale eden, medyün, eski borçlu, evvelki borçlu; muhalün aleyh yerine yeni borçlu, muhtalün aleyh, havale edilen, borcu üstlenen; muhalün leh için ise alacaklı, dâin, muhâl veya muhtâl ifadeleri ile karşılaşılmaktadır. Bkz: Bardakoğlu, "Havâle", s. 507, Dietrich, s. 283, Şahin, Havale, s. 20-21, Bilmen, C. VI, s. 286.

¹⁰⁹⁹ Şahin, Havale, s. 21.

¹¹⁰⁰ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", s. 232.

dayanağı olan husus şudur ki: Bütün kaynaklar naslardan doğmuştur ve dolayısı ile, hepsi sıra bakımından naslardan sonra gelir¹¹⁰¹. Hukuki faaliyetin ve dini bilginin temelini oluşturan nas ise, Allah'ın peygamberi Hz. Muhammed'e vahyettiği Kur'an-ı Kerim'e ve Peygamberin söz ve davranışlarını kapsayan Sünnete denmektedir¹¹⁰². Dolayısıyla Mecelle'de kabul edilen havale doktrini de İslam hukukunda olduğu gibi nasdan doğan veya nassa dayanan hükümleri içermektedir.

A. Kitab'ül-Havale'nin Hazırlanışı

Mecelle'nin diğer kitaplarında olduğu gibi havale kitabı da Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanmış ve sonrasında Sadarete sunulmuştur. 16 Muharrem 1287 (14 Nisan 1870) tarihli Cemiyet mazbatası, dönemin Divan-ı Ahkâm-ı Adliye nazırı Ahmed Cevdet Paşa, Divan üyesi Es-Seyyid Ahmed Hulusî ve Es-Seyyid Ahmed Hilmi, Şûrâ-yı Devlet üyesi Seyfüddin ve Mehmed Emin ile birlikte Cemiyet üyesi İbn Abidinzâde Alaeddin'in mühürlerini taşımaktadır. Bu mazbatanın Sadarete sunulması sonrasında dönemin Şeyhülislamı Hasan Fehmi Efendi, Hanefi mezhebinde zayıf olan görüşlerin kanunlaştırılması sebebiyle ciddi itirazlar yöneltmiş, Sadaret de *İmam Züfer*'in görüşünün kabul edildiği 692. maddenin tekrar görüşülmek üzere mazbatayı Cemiyet'e geri göndermiştir. Cemiyet ise Sadarete, söz konusu hükmün dönemin şartlarına daha uygun bulunması nedeniyle aynı kalması gerektiği şeklinde cevap vermiştir¹¹⁰³.

Bunun üzerine Sadaret havale kitabını yeniden görüşülmesi için Meşihat Dairesine yani Şeyhülislamlığa göndermiştir. Bununla birlikte gelen tepkiler sonucunda Ahmed Cevdet Paşa Cemiyet başkanlığı ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye

¹¹⁰¹ Ebu Zehra, Muhammed, İslam Hukuku Metodolojisi: Fıkıh Usulü (Çev. Abdulkadir Şenel), 12. bs., Feer Yayınları, Ankara 2014, s. 76.

¹¹⁰² H. Yunus Apaydın, "Nas", DİA, C. XXXII, İstanbul 2006, ("Nas"), s. 391.

¹¹⁰³ Cemiyet Mazbatası ve Sadarete gönderilen 692. madde ile ilgili cevap mazbatasının orijinal nüshaları ve Türkçe latinizasyonları için Bkz: Kaşıkçı, s. 110-113. Ayrıca söz konusu vesikalarda geçen hicri tarihlerin miladi karşılıkları Türk Tarih Kurumu'nun tarih çevirme kılavuzuna göre yapılmıştır. Kılavuz için Bkz: <https://www.ttk.gov.tr/tarih-cevirme-kilavuzu/> (E.T. 6.5.2022).

Nazırlığı görevinden alınmıştır. Mecelle Cemiyeti ise Meşihat Dairesi'ne geçerek başkanlığına Gerdankıran Ömer Hulusi Efendi getirilmiştir¹¹⁰⁴. Ahmed Cevdet Paşa'ya daha önce bu şikayetlerin iletildiği ancak Cevdet Paşa tarafından asıl sebebin Hanefî mezhebinin zayıf görüşünün alınması değil de Mecelle'nin şeyhülislamlık yerine Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'de hazırlanmasının olduğunu bildiğinden bu eleştirileri dikkate almadığı kaynaklarda geçmektedir¹¹⁰⁵.

Ancak ne gariptir ki bu muhalefet icraata dönüşmemiş, Meşihat'tan gönderilen tezkireye göre 692. madde devrin gereksinimlerine uyduğu gerekçesiyle *İmam Züfer*'in görüşünü tercih etmesine rağmen aynen kabul edilmiştir¹¹⁰⁶. Yani havale kitabında, diğer meselelerde olduğu gibi Hanefî mezhebinin hâkim görüşleri (esah-ı akvâli) kanunlaştırılırken, bu iki maddede, devrin ihtiyaçları dikkate alınarak Hanefî mezhebinin zayıf görüşlerine yer verilmiştir. Bunun sonucunda Mecelle'nin dördüncü kitabı olan *Kitab'ül-Havale*, Sadaretin arzı ve Padişahın irade-i seniyyesi ile birlikte 9 Zilkade 1287 (31 Ocak 1871) tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹⁰⁷.

B. Tartışma Konusu Olan Hükümler

Mecelle'nin havale kitabına ilişkin ulemanın tepkisini çeken ve tartışma yaratan hükümler, Hanefî mezhebinin esah akvâli yani baskın görüşlerinin değil de zayıf görüşlerinin tercih edildiği 683. ve 692. madde hükümleridir¹¹⁰⁸. Havale kitabının esbâb-ı mucibe mazbatasında yani kanun gerekçesinde, havaleye ilişkin hükümler Hanefî mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüşlerden seçilmekle birlikte sadece 683. maddede *Ebu Yusuf*'un ve 692. maddede de *İmam Züfer*'in görüşünün tercih edildiği ifade edilmiştir. Bunun sebebi olarak ise söz konusu

¹¹⁰⁴ Mardin, s. 82; Kaşıkçı, s. 110-111.

¹¹⁰⁵ Ahmed Cevdet Paşa, "Tezkire no: 40", 19. Yüzyılda Osmanlı Devlet Yönetimi (Tezâkir), Haz. Seyit Ali Kahraman, C. IV, Yeditepe Yayınları, İstanbul 2019, 112-113; Mardin, s. 78-80; Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", s. 232-233; Kaşıkçı, s. 110-111.

¹¹⁰⁶ Meşihat Tezkiresinin orijinal nüshası ve Türkçe latinizasyonu için Bkz. Kaşıkçı, s. 115.

¹¹⁰⁷ Sadaretin arzı ve irade-i seniyyenin orijinal nüshası ve Türkçe latinizasyonu için Bkz: Kaşıkçı, s. 116-117.

¹¹⁰⁸ Madde metinleri için Bkz: Ek. 1.

hükümlerin zamanın ihtiyaçlarına ve uygulamada karşılaşılan havale işlemlerine daha uygun olması gösterilmiştir¹¹⁰⁹.

Öncelikle 683. maddeyi değerlendirmek gerekirse, bu madde havalenin kurulma ihtimallerinden üçüncüsü ile ilgilidir¹¹¹⁰. Buna göre havale muhalün leh in gıyabında, muhil ile muhalün aleyh arasında, onun rızasına bağlı olmak şartıyla kurulabilir. Bu durumda akit meclisinde bulunmayan muhalün leh havaleyi haber aldığı anda kabul ederse havale nafız hale gelir. Aksi halde geçersiz olur. Esbab-ı mucibe mazbatasında belirtildiği üzere bu hüküm *Ebu Yusuf*'un görüşüne göredir¹¹¹¹. Hanefî mezhebinde bu konuda kabul edilen baskın görüşe göre ise muhalün leh in akit meclisinde bulunması havalenin kurucu şartlarındandır. Muhalün leh havale akdinde hazır bulunmazsa havale kurulamaz.

İkinci olarak 692. madde hükmü ulema arasında tartışmalara konu olmuştur. Bu madde hükmü mukayyet havalede muhilin muhalün aleyhin zimmetindeki alacağı ile alakasının tamamen kesilmesi ve ölümünden sonra dahi muhalün leh bakımından rehinli alacak gibi sonuç doğurarak muhilin diğer alacaklılarının bu mala müdahale edememesi ile ilgilidir. *İmam Züfer* burada havale hükümlerini rehinle kıyaslayarak, mukayyet havalede havalenin kayıtlandırıldığı malın muhalün leh in alacak hakkına bağlandığı için onun için bir rehin hükmünde olacağı fikrine dayanmaktadır¹¹¹². Esbab-ı mucibe mazbatasında da zamanımızda havale işlemlerinin bu esas üzerine işlemlerinden dolayı maddenin bu görüş üzerine yazıldığı ifade edilmiştir¹¹¹³. Ancak Hanefî mezhebinde *Ebu Hanife*, *Ebu Yusuf* ve *İmam Muhammed*, bu durumda muhilin muhalün aleyhin zimmetindeki alacağı terekeye dahil olarak diğer alacaklılar ile

¹¹⁰⁹ Mecelle'nin havale kitabının esbab-ı mucibe mazbatasını için Bkz: Kaşıkçı, s. 110-111; Akgündüz, s. 187-189. Söz konusu eserlerde yer alan mazbatanın Türkçelatinizasyonlarında sehven 682. maddenin *Ebu Yusuf* kavli üzerine yazıldığı ifade edilmiştir. Ancak *Kaşıkçı*'nin eserinde yer alan mazbatanın Osmanlıca orijinal nüshasına bakıldığında bu maddenin 683. madde olduğu görülecektir. Nitekim metnin klasik metinlerdeki havale hükümleri ile tutarlı olabilmesi de bunu gerektirir. Mazbatanın orijinal nüshası için Bkz: Kaşıkçı, s. 112.

¹¹¹⁰ Üçüncü ihtimal ile ilgili ayrıntılı bilgi için yukarıda Bkz: §2-I-B-3.

¹¹¹¹ Kaşıkçı, s. 110; Akgündüz, s. 188.

¹¹¹² Geniş bilgi için Bkz: Ali Haydar, C. II, s. 328-331; Cheron / Fahmy, s. 439-440.

¹¹¹³ Kaşıkçı, s. 110; Akgündüz, s. 188.

muhallün leh arasında taksim edilmesi gerektiği görüşündedirler. Mecelle'nin mezhep içindeki bu tercih faaliyetinden önce Osmanlı uygulaması mezhepteki baskın görüşe dayanmakta ve söz konusu malın alacaklılar arasında taksim edilmesi gerektiği kabul edilmekteydi. Nitekim muteber fetva mecmualarında geçen örnekler de bunu doğrular niteliktedir:

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile ol kadar akçe medyunu Bekir'in üzerine deyn-i mezburdan eda etmek üzere havale-i mukayyede ile havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr meblağ-i mezburu Bekir'den almadan Zeyd düyunu terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa dainler, Amr'a "Bekir'in zimmetinde olan ol kadar akçeyi kısmet-i guremada idhal edip sen dahi hissene isabet eden mikdarı al" derlerken Amr mücerred havale-i merkumeye binaen idhal ettirmeyip müstakillen almağa kadir olur mu?

El-Cevab: Olmaz (Damadzade Feyzullah Efendi)¹¹¹⁴.

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile ol kadar akçe medyunu Bekir'in üzerine havale ettikde deyn-i mezburdan eda etmek üzere takyid etmeyip havale-i mutlaka ile havale ve her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr Bekir'den nesne almadan Zeyd düyunu terekesinden ezyed olduğu halde fevt olmakla Zeyd'in sair dainleri Zeyd'in Bekir zimmetinde olan ol kadar akçe hakkını kısmet-i guremaya idhal eyleseler Amr cihet-i havaleden Bekir zimmetinde olan akçesini tamamen Bekir'den almağa kadir olur mu?

El-Cevab: Olur (Damadzade Feyzullah Efendi)¹¹¹⁵.

Bu surette Amr cihet-i havaleden Bekir zimmetinde olan şu kadar akçe hakkını Bekir'den alsa Bekir kısmet-i guremadan hisseline isabet eden mikdarı guremaya müracaata kadir olur mu?

El-Cevab: Olur (Damadzade Feyzullah Efendi)¹¹¹⁶.

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile ol kadar akçe medyunu Bekir'in üzerine havale ettikde deyn-i mezburdan eda etmek üzere takyid

¹¹¹⁴ Neticetü'l-Fetva, s. 216.

¹¹¹⁵ Neticetü'l-Fetva, s. 216.

¹¹¹⁶ Neticetü'l-Fetva, s. 216.

etmeyip havale-i mutlaka ile havale ve her biri havaleyi kabul ettikten sonra Amr meblağ-ı mezburu Bekir'den almadan Zeyd düyunu terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa sair dainler Zeyd'in Bekir zimmetinde olan ol kadar akçeyi kendi beynlerinde deynlerine göre iktisam murad ettiklerinde Amr havale-i merkumeye binaen "Ben dahi kısmet-i guremadan hisse alırım" demeğe kadir olur mu?

El-Cevab: Olmaz (Damadzade Feyzullah Efendi)¹¹¹⁷.

Zeyd daini Amr'ı şu kadar akçe deyni ile Bekir'in sıhhatinde Bekir'in üzerine havale-i mutlaka ile havale edip her biri havaleyi kabul ettikten sonra kable'l-eda Bekir fevt olsa Amr meblağ-ı mezburu Bekir'in tereke-i vafiyesini (yeterli) kabzedenden veresesinden almağa kadir olur mu?

El-Cevab: Olmaz¹¹¹⁸.

Bu fetva örneklerinde görüldüğü üzere Mecelle'den önce Osmanlı'da Hanefi mezhebindeki baskın görüş uygulanmakta ve havalenin kayıtlandırıldığı mal borca batık olarak ölen muhilin diğer alacaklıları ile muhalün leh arasında taksim edilmektedir. Mecelle ile birlikte zayıf görüşün uygulanabilmesi ise ulu'l-emrin yani padişahın emri ile birlikte kadıların mezhepteki belirli bir görüşü uygulamakla sınırlandırılabilmesi geleneğine dayanmaktadır. Mecelle'nin padişahın irade-i seniyyesi ile yürürlüğe girmesi ile birlikte Osmanlı'nın kazai yetkisine giren mahkemelerde bir konuda Mecelle'de kabul edilen dışında bir mezhep görüşü uygulanması mümkün değildir. Böylelikle Mecelle'den sonra bu maddeler bakımından mezhepte zayıf da olsa tercih edilen görüşlerin uygulanması zorunlu tutulmuştur¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ Neticetü'l-Fetva, s. 217.

¹¹¹⁸ Fetava-yı Feyziye, s. 232.

¹¹¹⁹ Ali Haydar, C. II, s. 330-331.

II. HAVALENİN KIYMETLİ EVRAK HUKUKU VE SÜFTECE BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Ticaret hukuku doktrininde kabul edildiği üzere kıymetli evrak, düzenlediği hakkın kendisinden ayrı ileri sürülemediği veya başkasına devredilemediği senetlere denmektedir. Bu senetlerde düzenlenen hakkın senedi ile birlikte ileri sürülmesi ya da senedi ile birlikte devredilmesi gerekir. Senet ile düzenlediği hakkın birbirinden ayrılması mümkün değildir¹¹²⁰. Bununla birlikte modern hukuk düşüncesinde bir belgenin tedavül niteliği taşıyan bir kıymetli evrak olarak kabul edilebilmesi için genel olarak üç temel kriteri taşıması gerektiği savunulmaktadır:

- (1) Kıymetli evrak hukuken devredilebilir senetler olup, hamiline yazılı ise zilyetliğin devri, emre yazılı ise ciro ve zilyetliğin devrinin gerçekleşmesi ile birlikte devralan senede ilişkin hakları kendi adına dava etme yetkisine sahip olur.
- (2) Kıymetli evrakın ivazlı olduğu varsayılır.
- (3) Kıymetli evrakı iyi niyetle devralan lehtarın iyi niyeti korunur¹¹²¹.

Bu nitelikleri taşıyan ve tedavül kabiliyeti olan kıymetli evrak algısının oluşması belirli bir tarihsel süreci gerektirmiştir. Bu senetler çok eski dönemlerden beri uygulanan, alacağın veya sair hakların temlik için kullanılan ve alacaklı, vekili

¹¹²⁰ Kıymetli evrak tanımı hakkında geniş bilgi için Bkz: TTK madde 645; Bahtiyar, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, 15. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1-5.

¹¹²¹ Holdsworth, I, s. 12. Günümüz Türk ticaret hukuku doktrininde ise kıymetli evrakın üç temel unsurunun olduğu kabul edilmektedir. Buna göre ilk unsur olan senet, kıymetli evrakın maddi unsurunu oluşturmakta ve üzerine yazılan hakkın maddi varlık kazanmasını sağlamaktadır. İkinci olarak hak, kıymetli evrakın gayri maddi unsurunu oluşturmaktadır. Kıymetli evraka konu olan hakkın ekonomik değer taşıyan ve devredilmesi mümkün olan bir hak olması gerekir. Son olarak ise hak ile senedin kaynaşması, yani senet olmaksızın söz konusu hakkın ileri sürülememesi ve senetten ayrı olarak bu hakkın başkasına devredilememesi, kıymetli evrakın üçüncü unsuru olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Bahtiyar, s. 1-5.

veya senet hamili tarafından dava edilebilen hukuki belgeler olup, ilk dönemlerde ticaret dışı konularda vasi tayini gibi bazı hak devirleri için de kullanılmıştır¹¹²².

Kıymetli evrak tasavvurunun gelişmesi ile birlikte antik hukukun hakların devri konusunda gerekçe gösterdiği üç temel engel aşılmıştır. Bunlar hak sahibi dışında üçüncü bir kişinin dava yetkisine sahip olmaması, borcun şahsiliği prensibi ve neticesinde alacak ve borçların üçüncü bir şahsa devredilememesi, son olarak da temlik içeren bir devrin gerçekleşebilmesi için zilyetliğin devrinin şart olması şeklinde sıralanmaktadır. İlk olarak VIII. ve IX. yüzyıllarda Kuzey İtalya’da söz konusu engelleri aşan iki yöntem ortaya çıkmıştır. İlk yöntem, borçlunun sadece alacaklıya değil, onun vekili olduğuna dair bir senet taşıyan kişiye karşı da sorumlu olduğunun kabul edilmesidir. İkinci yöntemde ise borçlu söz konusu senet ile alacaklı veya senet hamiline, bazen de sadece senet hamiline karşı ifada bulunma taahhüdü altına girmektedir. Bu yöntemler zamanla kıymetli evrak niteliğine yaklaşmış ve belirli şartlarla tedavülü mümkün hale gelmiştir. Söz konusu yöntemler ile hakların senet ile devredilebilmesi, antik hukukta öne sürülen yukarıda bahsedilen bu üç engelin aşılabildiğini sağlamıştır. Şöyle ki, borçlunun alacaklı veya senette yazan vekili ya da senet hamiline ifada bulunma taahhüdü, söz konusu kişinin dava yetkisini doğuran bir sebep olmuştur. İkinci olarak borç ilişkisinin şahsiliği prensibi genişletilerek, borçlunun söz konusu senede dair taahhüdü ile birlikte senet lehtarını ile arasında akdi bir ilişkinin doğduğu ve söz konusu üçüncü kişinin de senet ile borç ilişkisine bağlandığı kabul edilmiştir. Son olarak da temlik için gereken zilyetliğin devri, borç veya alacak gibi hükmî bir değer devrinde onu temsilen söz konusu senedin devri ile gerçekleşmiş olmaktadır. Böylelikle Batı’da da Roma hukukunun yeniden baskın hale geldiği XVI. yüzyıla kadar kıymetli evrak düşüncesinin oldukça geliştiği söylenebilir¹¹²³.

İslam hukukunun havale müessesesi ise yaklaşık VIII. yüzyılda süftece uygulamasına dönüşmüş ve yaygınlık kazanmıştır. Bununla birlikte havale ve süftece,

¹¹²² Holdsworth, I, s. 12-13.

¹¹²³ Holdsworth, I, s. 13-16.

orta çağda Müslüman tüccarlar ve Yahudi sarraflar arasında bilinen ve ticari evrak olarak kullanılan iki kavramdır. Bugün bilinen kambiyo senetlerinin, özellikle de poliçe ve çekin İslam hukuku kavramları olan havale ve süfteceye dayandığı savunulmaktadır. Çek kelimesinin dahi, havalenin tedavülünü sağlayan belge anlamında kullanılan Arapça sak¹¹²⁴ kelimesinden geldiği söylenmektedir¹¹²⁵. Daha önce de belirtildiği üzere bu usul, XII. yüzyılda Endülüs Müslümanları ve haclı seferleri aracılığıyla İtalya üzerinden Avrupa'ya taşınmıştır ve bugünkü poliçenin temellerini oluşturmuştur¹¹²⁶. Bununla birlikte Arapların kullandığı havale ve süftece uygulamalarının İtalyanların kullandığı poliçelerdeki gibi bir devir kabiliyetine sahip olmadığını savunan yazarlar da mevcuttur¹¹²⁷. Batı dillerinde karşılaşılan “aval” teriminin de havaleden geldiği genel olarak kabul edilmektedir¹¹²⁸.

¹¹²⁴ Sak, İslam hukukunda istihkak belgesi, ödeme emri, çek gibi anlamalara gelen bir terimdir. Kökeni Farsçada “muahede, tasdikname” anlamına gelen çek kelimesine dayanmaktadır. Ancak şu anda batıda kabul edilen çek (İng. cheque, Fr. chèque, Alm. Scheck) Farsça aslına değil, muhtemelen haclı seferleri sırasında öğrenilen Arapça sak terimine dayanır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz: Kallek, Cengiz, “Sak”, DİA, C. XXXV, İstanbul 2008, s. 585, (“Sak”).

¹¹²⁵ Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 36-37; Ashtor, Eliahu, “Banking Instruments Between the Muslim East and the Christian West”, Journal of European Economic History, Vol. 1:3, 1972, s. 554-555.

¹¹²⁶ Schacht, s. 149; Ez-Zerka / Sellâme / Atiyye, “el-Havale”, s. 36-37; Ashtor, s. 553; Kallek, Cengiz, “İslâm’ın İlk Devirlerinde Devlet-Piyasa İlişkisi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul 1994, (“İslâm’ın İlk Devirlerinde Devlet-Piyasa İlişkisi”), s. 38; Şahin, Havale, s. 18; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 563. Holdsworth, poliçenin Batı hukukundaki doğuş noktası kabul edilen *Cambium* sözleşmesinin kökeni hakkında kabul gören üç teori olduğundan bahsetmektedir. İlk görüşe göre bu yöntem Roma hukukundaki *adstipulatio*, *delegatio* ve *novatio* kurumlarına dayanmaktadır. İkinci olarak VIII. yüzyıldan beri Araplar arasında yaygın olarak kullanılan ve günümüzde kabul edilen kıymetli evrak kavramına oldukça yakın ödeme yöntemlerinin (açıkça ifade etmese de havale ve süfteceyi kastettiği anlaşılmaktadır) XIII. yüzyıl başlarında İtalyan tüccarlar vasıtasıyla Avrupa'ya taşındığı görüşü ile karşılaşılmaktadır. Bu görüş daha muhtemel kabul edilmektedir. Son görüşe göre ise poliçe, XIII. yüzyıl ve öncesinde karşılaşılan, kamu maliyesi ve devlet harcamaları için hükümdarların kullandığı çeşitli ödeme mektuplarından türemiştir. Söz konusu eserde ikinci görüşün kaynakları da belirtilmiştir. Bu kaynaklar şunlardır: Richard Grasshoff, *Das Wechselrecht der Araber*, O. Liebmann, Berlin 1899; Paul Huvelin, “Travaux Recents sur l’Histoire de la Lettre de Change”, *Annales de Droit Commercial et Industriel Français, Étranger et International*, 15, 1901, s. 1-30. Konu hakkında geniş bilgi için Bkz: Holdsworth, W. S., “Origins and Early History of Negotiable Instruments II”, *Law Quarterly Review*, vol. 31, 1915, (“II”), s. 174-175.

¹¹²⁷ Poliçenin devri ile cironun tarihsel gelişimi ve bu konuda ortaya atılan görüşler hakkında Bkz: Gencer, Abdullah Revaha, *Kıymetli Evrakta Ciron Kavramı*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 11-14.

¹¹²⁸ Schacht, s. 78; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, s. 563.

Süftece, İslam hukukunda kabul edilen ve çok eskiden beri uygulanagelen bir çeşit poliçe olup, tüccarlar arasında bir banka havalesi veya seyahat çeki gibi kullanılmıştır¹¹²⁹. Süftece, genel olarak, A tarafından yol tehlikesini bertaraf etmek için B'ye, başka bir yerde C'ye ödemesi için verilen borç veya kredi olarak tanımlanmaktadır¹¹³⁰. Para borcunun poliçe edilmesine *seftece* de denmektedir¹¹³¹. Bu durum havale ilişkisi ile kıyaslanarak düşünülürse muhil A, muhalün aleyh B'ye yolculuğa çıkmadan önce bir miktar ödeme yapmakta ve karşılığında bir senet yani süftece almaktadır. B ise, A'nın ödenmesini istediği yerde C'ye bu süftece miktarını ödemektedir. Daha sonra gideceği yere varan A, süfteceyi C'ye ibraz ederek karşılığını tahsil eder. Bu usul, havale niteliği taşıyan bir çeşit ikraz (borçlanma) işlemidir¹¹³². Başlangıçta bu şekilde doğmuş olsa dahi, zamanla poliçe usulüne dönen süftece ile muhil A'nın kredi karşılığı aldığı belgelerin tedavülü sağlanmıştır.

Havale, tarihsel uygulama bakımından kayıtlarda süftece ile birlikte geçse de bu iki kavram hukuki olarak birebir örtüşmemektedir¹¹³³. Havale ile süftece arasındaki temel fark, havale ilişkisinde önceden bir borcun mevcut olması gerekliliğidir. Yukarıda bahsedilen örnekte ilişkinin havale olduğu varsayılırsa, muhalün aleyh B'nin muhil A'ya olan borcunun havale kurulurken mevcut olması ve bununla kayıtlı bir şekilde muhalün leh C'ye havale edilmesi gerekir. Ancak süftece örneğinde, tarafların arasında önceden mevcut bir borç ilişkisi yoktur. Süftece karşılığı taraflarca sonradan bir borç ilişkisi kurulur. Nitekim A'nın B'ye yaptığı ödeme, süftece karşılığı tahsil edilebilmek üzere yapılan bir ödemedir¹¹³⁴.

¹¹²⁹ Sahillioğlu, Halil, "Bursa Kadı Sicillerinde İç ve Dış Ödemeler Aracı Olarak "Kitâbü'l-Kadı" ve "Süftece"ler", Türkiye İktisat Tarihi Semineri (8-10 Haziran 1973), Ayrı Basım, Mars Matbaası, Ankara 1975, s. 130. İslâm'ın ilk yıllarında karşılaşılan süftece yoluyla para havalesi örnekleri için ayrıca Bkz: Kallek, "İslâm'ın İlk Devirlerinde Devlet-Piyasa İlişkisi", s. 36.

¹¹³⁰ Kallek, "Süftece", s. 19; Schacht, s. 149; Saleem, s. 141-142.

¹¹³¹ Bilmen, C. VI, s. 287.

¹¹³² Bilmen, C. VI, s. 287.

¹¹³³ Dietrich, s. 283. Bununla birlikte *Ashtor*, süftecenin havalenin bir türü olduğunu ifade etmektedir. Bkz: *Ashtor*, s. 556.

¹¹³⁴ Izzi Dien, s. 770.

Süftece işlemi, menfaat elde etme sonucu doğurması ve karşılığında ödeme emri verme şartını taşıması nedeniyle bazı İslam hukukçuları tarafından mekruh veya gayri caiz olarak kabul edilmiştir. *Bilmen*, süftecede ödeme emri yazma şartı taşımaksızın karz işleminin gerçekleşmesi ve borçlunun sonrasında bir ödeme emri yazması durumunda söz konusu işlemin fikhî olarak bir sakınca taşımadığını ifade etmektedir¹¹³⁵. Bu ilişki hukuken geçerli olsa da sayılan nedenlerle doktrinde mekruh kabul edilmektedir¹¹³⁶.

Süftecenin hükmü konusunda İslam hukukunda muhtelif görüşler mevcuttur. Fukahanın bir kısmına göre süftece mekruhtur¹¹³⁷. Çünkü süftece esasında ödünç verene menfaat sağlayan bir tüketim ödünçü (karz) akdi niteliğindedir. Yolda karşılaşılabilecek tehlikeleri bertaraf etme maksadıyla kullanılan süftecede, bu tehlikelerden kurtulmak karz veren için bir menfaattir. Nitekim Hz. Peygamber, menfaat sağlayan karz akdini nehyetmiştir (yasaklamıştır). Bu nedenle İslam hukukçuları süftecenin mekruh olduğu görüşündedirler¹¹³⁸. Şafiiler ve Malikilere göre, bir tarafa yol tehlikesinden korunmak gibi bir menfaat sağladığı için, süftece caiz değildir. Hatta kredinin verildiği yer dışında tahsil edilmesine ilişkin hiçbir şart geçerli değildir. Hanbeliler ise kredinin verildiği yerden başka bir yerde ödenmesi şartının kabul edilebileceğini belirtmişlerdir. Hanefi mezhebinde ise süftece tahrimen mekruh olarak kabul edilmektedir¹¹³⁹. Fukahaya göre süftece muamelesinde önce karz şartsız olarak verilir, sonra poliçe düzenlenirse muamele caiz kabul edilmiştir¹¹⁴⁰. Nitekim muteber fetva mecmualarından birinde geçen ve Şeyhülislam tarafından verilen bir fetvaya göre süftece ile yapılan ödeme geçerli kabul edilerek, bu ödemeden caymanın mümkün olmadığına hükmedilmiştir:

Şeyhülislamın şu konuda görüşü nedir; Dimeşkli olup Medine-i Münevvere ahalisinden olan Zeyd Amr'a bin dirhem karz verir, Amr Galata'da

¹¹³⁵ Bilmen, C. VI, s. 287.

¹¹³⁶ Schacht, s. 149.

¹¹³⁷ Nesefî, s. 458; Merğînânî, C. III, s. 100.

¹¹³⁸ Merğînânî, C. III, s. 100; Schacht, s. 149.

¹¹³⁹ Saleem, s. 141-142.

¹¹⁴⁰ Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, s. 563.

bulunan tacir ortağına hitaben Zeyd lehine süftece yazar, Zeyd de Beşir'i bu dirhemleri kabzetmek üzere vekil tayin edip süfteceyi Bekir'e gönderir, Beşir süfteceyle Bekir'e gelince yazıda anlatılan vekilin kendisi olduğunu ifade edip parayı talep eder, Bekir süfteceyi okur ödeme sorumluluğunu kabul eder ve tamamını Beşir'e öder, halen Bekir ödediğine pişman olup Beşir'den geri almak isterse buna kadir olur mu?

El-Cevab: Olmaz (Aslı Arapçadır)¹¹⁴¹.

Görüldüğü üzere fetva metninde Zeyd, Amr'a karz verirken herhangi bir menfaati ya da karzın başka bir yerde geri ödenmesini şart koşmamıştır. Menfaat şartı olmaksızın verilen karzdan sonra yazılan süftece ise yukarıda belirtildiği üzere caiz kabul edilmektedir. Dolayısıyla caiz bir muamele sonucunda yapılan ifa da hukuken geçerlidir. Aynı fetva mecmuasında geçen diğer örneklere bakıldığında da süftece muamelesinin hukuken geçerli kabul edildiği ve usulüne uygun olarak düzenlenen bir süfteceden tek taraflı olarak dönülemeyeceği görülmektedir:

Zeyd Amr'a süftece tarikiyle verdiği şu kadar akçenin temessükünü (borç senedini) Amr'ın sipariş ettiği diyar-ı aharda olan Bekir'e gönderip verdikde Bekir Zeyd'e "Meblağ-i mezburu vereyim, şu kadar günden sonra gel al" deyip lakin daman ve iltizamı mütedammine kelime söylemese halen Bekir meblağ-i mezburu vermeyince Zeyd mücerred "Temessükü kabul edip 'Vereyim' demişdin" deyu meblağ-i mezburu cebren Bekir'den almağa kadir olur mu?

El-Cevab: Olmaz¹¹⁴².

Zeyd Amr'a süftece tarikiyle verdiği şu kadar akçenin temessükünü Amr'ın sipariş ettiği ahar diyarda olan şeriki Bekir'e getirip verdikde Bekir süfteceyi kabul ve meblağ-i mezburu Zeyd'e eda ettikten sonra Amr Bekir'e kağıt gönderip "Sana Zeyd ile yazdığım süfteceyi kabul etme, eğer meblağ-i mezburu Zeyd'e verdin ise geri alıp temessükü geriye reddedesin" deyu tahrir etmekle Bekir edasına nadim olup meblağ-ı mezburu Zeyd'den istirdada kadir olur mu?

¹¹⁴¹ Behcetü'l-Fetava, s. 344-345.

¹¹⁴² Behcetü'l-Fetava, s. 344-345.

*El-Cevab: Olmaz*¹¹⁴³.

Sonuç olarak doktrinde hükmü tartışmalı olmakla birlikte, Osmanlı'da menfaat şartı taşımaması ve karz akdinin bir şartı olarak düzenlenmemesi şartı ile süftecenin geçerli kabul edilerek uygulandığı görülmektedir. Nitekim süftece ve poliçeye ilişkin dava örneklerine ileride değinilecektir.

III. OSMANLI UYGULAMASINDAN HAVALE ÖRNEKLERİ

İslam hukukunda havaleden ve onun akit formundan ayrıntılarıyla bahsettikten sonra, teorik bilginin tarihsel uygulamasına da değinmenin gerekli olduğu kanaatindeyiz. İslam hukuku ve onun hukuk tarihimiz bakımından uygulamasını öğrenebileceğimiz en değerli kaynaklar Osmanlı mahkemelerinde yüzyıllardır tutulan kadı sicilleri, yani mahkeme kayıtlarıdır. Havale akdinin yüzyıllar içinde doktrinsel gelişimi ve doktrinin uygulamaya hangi oranda yansıdığını görebilmek adına farklı dönemlerden farklı mahkeme kayıtlarını yukarıda bahsettiğimiz İslam hukuku havale doktrini kapsamında değerlendireceğiz. Bunun için *Mehmet Âkif Aydın*'ın öncülüğünde değerli bir araştırma komisyonu tarafından yayınlanan 100 ciltlik kadı sicilleri arşivinden çeşitli mahkeme kararı örnekleri seçilmiştir. Bu kararları inceledikten sonra, son dönem uygulamasını yansıtabilmek adına *Ceride-i Mehâkim*'den alınan nizamiye mahkemelerinde görülmüş bazı dava örnekleri de incelenecektir. Böylelikle Osmanlı havale uygulamasına ilişkin genel bir fikir sunulabilmesi hedeflenmektedir.

Bu hedef doğrultusunda tarihsel sıralamaya uygun bir biçimde, seçilen mahkeme kararları orijinal metinlerine uygun olarak italik bir şekilde ayrı başlıklar altında alıntılanacak ve devamında değerlendirilecektir. Değerlendirmelerde ilgili tarihsel dönemi yansıtan fetva mecmuaları ve tezimizin genelinde ele aldığımız İslam

¹¹⁴³ Behcetü'l-Fetava, s. 344-345.

havale doktrini esas alınacak ve yapılan değerlendirmeler hukuki olarak gerekçelendirilecektir.

A. Kadı Sicillerinde Geçen Bazı Karar Örnekleri

Osmanlı hukukunun klasik dönem uygulamasını yansıtan en önemli kaynaklar, yüzyıllara yayılan bir birikimi yansıtan kadı sicilleridir. İstanbul mahkemelerine ait 100 ciltlik koleksiyondan seçilen havaleye ilişkin bazı karar örnekleri yüzyıllarına göre tasnif edilerek incelenecektir. Ele alınan kararlarda, gerekli görülmesi halinde kararın tamamının değil de sadece ilgili kısmının kullanılması söz konusu olabilir. Kararların tamamı ve orijinal metinleri, atıflarda ve kaynakçada gösterilen kadı sicilleri koleksiyonunda mevcuttur. İhtiyaç duyulması halinde belirtilen cilt ve karar numarası ile bu koleksiyona başvurulabilir¹¹⁴⁴.

1) XVII. Yüzyıl

Son dönemlerle kıyaslandığında, XVII. yüzyılda havalenin kambiyo ilişkilerinden ziyade, daha küçük bir iktisadi toplumda halkın kendi arasındaki borç ilişkilerinin ifa edilme yöntemi olarak kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte verilen karar örneklerinde görüleceği üzere, havale akdi her ne kadar İslam hukukuna ait bir uygulama olsa da Osmanlı iktisadi hayatının bir parçası olduğu ve gayrimüslimler tarafından da sıkça kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte gayrimüslimler de Müslümanlar gibi hukuki uyuşmazlıklarının ıslahı için şer'i mahkemelere başvurmuşlardır. Bu nedenle kadı sicilleri, hukuki uygulamaların yanında Osmanlı'nın kozmopolit yapısını da ortaya seren önemli bir kaynaktır.

¹¹⁴⁴ 100 ciltlik İstanbul kadı sicilleri koleksiyonunun tamamına resmi internet sitesinden ulaşılabilir. Bkz: <http://www.kadısicilleri.org> (E.T. 22.4.2022).

a) Havale Yoluyla İfanın Tespiti

*Mihal v. Niko'nun, Şilo v. Nikola'ya olan borcunu havale sûretiyle ödemesi*¹¹⁴⁵

Zimmî tâ'ifesinden Mihal v. Niko meclis-i şer'-i şerîfde Şilo v. Nikola nâm zimmî muvâcehesinde takrîr-i kelâm edip, merkûm Şilo'ya karz-ı şer'iden on yedi bin beş yüz akçe deynim olup meblağ-ı merkûmun dört bin akçesine bundan akdem Yorgi v. Yani nâm zimmîden havâle-i sahîha-i şer'iyye ile havâle edip ol dahi kabûl etmiş idi. El-hâletü hâzihî meblağ-ı bâkî on üç bin beş yüz akçeyi, işbu meclisde hâzır olan Şiro v. Nikola'dan îcâb-ı muhîl ve kabûl-i muhtâl ve rızâ-yı muhtâlun aleyhim câmi'a havâle-i sahîha-i şer'iyye havâle eyledim [de]dikde, gibbe't-tasdîki ş-şer'î mâ hüve'l-vâki' gibbe't-taleb ketb olundu. Tahrîren fi'l-yevmi's-sâmin ve'l-ısrîn min Cemâziyelevvel li sene seb'a ve ısrîn ve elf.

Şuhûd[ü'l-hâl]: Sinan b. Abdullah [el-]muhzır, Mehmed b. Ahmed er-râcil, Hasan b. Mustafa, Yusuf b. Halil ve gayruhüm.

Değerlendirme

İstanbul Mahkemesi'nin 23 Mayıs 1618 tarihinde verdiği anlaşılan bu karar örneğinde, mahkeme huzurunda tarafların aralarındaki bir borcu bir başkası üzerine havale ederek ifa etmeleri söz konusudur. Buna göre olayda zimmî¹¹⁴⁶ Mihal veledi Niko (Niko oğlu Mihal), mahkeme huzurunda zimmî Şilo veledi Nikola karşısında, ona karz akdinden doğan 17.500 akçe borcu olduğunu ve bu meblağın 4.000 akçesini daha önce zimmî Yorgi veledi Yani'ye havale ettiğini ve onun tarafından da kabul edildiğini beyan etmiştir. Bununla birlikte Mihal veledi Niko, borcundan kalan 13.500 akçeyi de mahkemede hazır bulunan zimmî Şiro veledi Nikola'ya havale etmiş, taraflar da bu havaleyi kabul etmişlerdir. Mihal veledi Niko'nun bu beyanları mahkemece hukuka uygun bulunmuş ve talebi üzerine kaydedilmiştir.

¹¹⁴⁵ İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H.1027/ M. 1618), Hüküm no: 388, Orijinal metin no: [44a-1], C. 13, s. 282-283.

¹¹⁴⁶ Zimmî: Gayrimüslim Osmanlı vatandaşı.

Bu kararda görüldüğü üzere, söz konusu dava bir borç uyuşmazlığının çözümünün aranmasından ziyade, tarafların çözüm yöntemi olarak tercih ettikleri havalenin mahkeme huzurunda yapılması ve bu durumun asıl borçlu yani muhil olan Mihal veledi Niko'nun diğer havaleye ilişkin beyanları ile birlikte mahkeme defterine kaydedilmesi içindir. Osmanlı'da tarafların akitlerini veya diğer hukuki işlemlerini mahkeme huzurunda gerçekleştirerek karşılığında hüccet denilen ilâm almaları oldukça yaygın bir uygulamadır. Çünkü bu hüccetler, taraflar arasında daha sonra çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkin ispat niteliği taşımaktadır.

b) Havale Yoluyla Kısmî İfa

*Hacı Ömer b. Bahaeddin'in et bedelinden Kasap Kanber v. Mihalaki'ye olan borcunun bir kısmını havale yoluyla ödediği*¹¹⁴⁷

Kasab tâifesiinden işbu râfi'ü's-sifr Kanber v. Mihalaki nâm zimmi meclis-i şer'-i şerîf-i lâzımı't-teşrifde el-Hâc Ömer b. Bahâeddin nâm kimesne mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm edüp mezbûr el-Hâc Ömer zimmetinde beynimizde ma'lûmü'l-vezn lahm-ı ganem bahâsından altı yüz otuz akçe hakkım olup hâlâ taleb eylediğimde edâdan imtinâ' eder suâl [olunup] aliverilmesi matlûbumdur dedikde gibbe's-suâl mezbûr el-Hâc Ömer cevâbında fi'l-vâki' müdde'î-i mezbûr Kanber'e ber-vech-i muharrer beynlerinde ma'lûmü'l-vezn lahm-ı ganem bahâsından altı yüz otuz akçe zimmetimde lâzımı'l-edâ ve vâcibü'l-kazâ deyni olduğunu bi-tav'ihî ikrâr ve i'tirâf eyledikten sonra mezbûr el-Hâc Ömer meblağ-ı mezbûrdan üç yüz yetmiş beş akçesin işbu hâzır bi'l-meclis Yahya Çelebi b. Nasûh nâm kimesneden icâb-ı muhîl ve kabûl-i muhtâl ve rızâ-i muhtâllün-aleyhi câmi'a havâle-i sahîha-i şer'îyye ile havâle etmeğin mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu. Fî-evâhiri Zilka'deti's-şerîfe li-seneti'l-mezbûre.

Şühûdü'l-hâl: Mustafa Beşe b. Mehmed, Cafer b. Mehmed, Mehmed b. Ramazan, Mehmed Çelebi b. Mahmud.

¹¹⁴⁷ İstanbul Kadı Sicilleri, Beşiktaş Mahkemesi 63 Numaralı Sicil (H. 1061-1062 / M. 1651-1652), Hüküm no: 312, Orijinal metin no: [89a-2], C. 48, s. 245.

Değerlendirme

Beşiktaş Mahkemesi'nin 1651-1652 yıllarına ilişkin tutulan sicilden alınan bu örnekte ise, yukarıdaki kararın aksine tespit değil, bir uyuşmazlığın mahkeme vasıtasıyla çözülmesi söz konusudur. Olayda kasap zimmî Kanber veledi Mihalaki'nin el-Hâc Ömer b. Bahâeddin'den bir alacağını dava etmektedir. Kanber'in beyanına göre el-Hâc Ömer ile aralarında belirli bir kilo koyun eti satışından doğan 630 akçelik bir borç söz konusudur. Kanber bu borcu talep ettiğinde borçlu el-Hâc Ömer iafadan kaçınmaktadır. Bu nedenle alacaklı Kanber, mahkemeden durumun borçluya sorulması ve borcun kabzedilmesini talep etmektedir. Bunun akabinde mahkemece durum el-Hâc Ömer'e sorulduğunda alacaklının beyan ettiği bu borcun mevcut olduğunu ikrar etmiş, bu borcun 375 akçesini mahkemede hazır bulunan Yahya Çelebi b. Nasûh'a tarafların rızası ile havale etmiştir. Tarafların beyanları ve borcun bir kısmının ifası konusunda yapılan bu havale akdi, talep üzerine mahkemece kaydedilmiştir.

Görüldüğü gibi bu örnekte Kanber alacağını tahsil edebilmek için mahkemeye müracaat etmiş, mahkemenin sorgusu üzerine borcu kabul eden el-Hâc Ömer, bir kısmını mahkeme huzurunda Yahya Çelebi'ye havale ederek alacaklıyı tatmin etmeye çalışmıştır. Burada havale akdi, borcunu ödeyemeyen bir borçlunun mahkemenin tazyikinden kurtulabilmek için başvurduğu bir ödeme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme huzurunda yapılması ve kaydedilmesi nedeniyle de hukuki bir şüphe taşımamakta, taraflar için ispat niteliği taşımaktadır.

2) XVIII. Yüzyıl

XVIII. yüzyıla gelindiğinde havale uygulamalarının kişiler arasındaki borç ilişkilerinin giderilmesinden ziyade süftece ve poliçe usulüne dayandığı görülmektedir. Bu durumdan XVIII. yüzyıl ticaretinde süftece veya poliçe olarak adlandırılan kıymetli evrak kullanımının oldukça yaygınlaştığı sonucu çıkarılabilir.

a) Poliçe (Süftece) Borcu

*İbrahim Ağa'ya poliçe bedelinden olan borcunu ödemesi hususunda Kostantin v. Yorgaki'ye tenbihte bulunulması*¹¹⁴⁸

Ma'rûz,

Bâ'is-i i'lâm muhzır İbrahim Ağa mahfil-i şer'iyâtta Kostantin v. Yorgaki zimmî muvâcehesinde hâlâ Karaferye nâibi Ragıb Mehmed Efendi b. Abdullah zimmetinde bana deyni olan yüz elli guruşu Karaferye'den bana mezbûr Kostantin'in şeriki Aleksandri v. Manol zimmîye def' ü teslim, ol dahi ba'de'l-kabz meblağ-ı mezbûru İstanbul'da şeriki mezbûr Kostantin bana vermek üzere Süftece ta'bîr olunur poliçe temessüküyle mezbûr Kostantin zimmîden bana havâle edip ben dahi mezbûr Kostantin zimmîye bundan akdem temessükü irâet ve i'lân eylediğimde mezbûr Kostantin zimmî dahi kabûl ve meblağ-ı mezbûre zâmin olmağla yüz elli guruşun yetmiş guruşunu bana edâ edip seksen guruşu kalmış idi. Hâlâ bâkî kalan seksen guruşu ve ba'dehu yine Karaferyeli es-Seyyid Mehmed Efendi b. Abdullah b. Abdülmennan tarafından ber-vech-i muharrer havâle olunup kabûl ve zâmin olduğu yüz guruşu mezbûr Kostantin zimmîden talep ederim deyü da'vâ etdikde mezbûr Kostantin dahi cevâbında fi'l-hakîka nâib-i mezbûr Ragıb Efendi tarafından vârid olan poliçeyi kabûl ve yüz elli guruşu zâmin olup yetmiş guruşunu edâ ve bâkî seksen guruş deyni olduğunu ikrâr ü i'tirâf edip mâ'adâsı olan Seyyid Mehmed Efendi tarafından vârid olan yüz guruşa kefâleti inkâr etmekle mezbûr Muhzır İbrahim Ağa mâ'adâ müdde'âsını beyâna ba'de'l-havâle ikrâr ü i'tirâfıyla sâbit olan yüz elli guruşdan bâkî seksen guruş müdde'î-i mezbûra edâya merkûm Kostantin zimmî'ye tenbîh olunduğu huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu. Fî 23 Receb sene 1171, (2 Nisan 1758).

Değerlendirme

Rumeli Sadâreti Mahkemesi'nin 1758 yılına ait bu karar örneği, bir alacaklının borçlusunu mahkeme eliyle borcunu ödemeye zorlamasına ilişkindir. Kararın özetinde de görüleceği üzere, alacaklı İbrahim Ağa, mahkemeden Kostantin veledi Yorgaki'nin borcunu ödemesi için uyarılmasını talep etmektedir. Olayda muhzır¹¹⁴⁹ İbrahim Ağa,

¹¹⁴⁸ İstanbul Kadı Sicilleri, Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (H. 1171-1172/ M. 1758), Hüküm no: 91, Orijinal metin no: [17a-2], C. 74, s. 123.

¹¹⁴⁹ Muhzır: İlgili kişilerin davada hazır bulunmasını sağlayan görevli, mübaşir.

Karaferye beldesinin vekil hakimi Ragıb Mehmed Efendi b. Abdullah'ın kendisine olan 150 kuruş borcu, davalı Kostantin'in ortağı Aleksandri veledi Manol'a teslim ettiği, Aleksandri'nin bu meblağı kabzettikten sonra süftece de denilen poliçe düzenleyerek İstanbul'daki ortağı Kostantin vasıtasıyla iletmek üzere İbrahim Ağa'ya havale ettiği, Kostantin'in de bu poliçe senedini teslim aldığını, kendisi bu poliçeyi beyan ettiğinde Kostantin'in kabul ettiğini, söz konusu 150 kuruşun 70 kuruşunu verip 80 kuruşun kaldığını beyan ederek, kalan bu meblağı talep etmektedir. Bununla birlikte İbrahim Ağa, Karaferye'den es-Seyyid Mehmed Efendi b. Abdullah b. Abdülmennan aynı şekilde havale edilip kendisinin de kabul ettiği 100 kuruşun ödenmesini talep etmektedir.

Davalı Kostantin ise nâib Ragıb Efendi'nin poliçe yoluyla havale ettiği meblağın 80 kuruşunun ödenmediğini kabul etmekle birlikte, ikinci iddiaya konu olan es-Seyyid Mehmed Efendi'nin 100 kuruşluk borcuna kefaletini inkar etmiştir. Bunun sonucunda mahkeme, davalının ikrarı ile sabit olan 80 kuruşun davacıya ödenmesi konusunda Kostantin'in uyarıldığını ilam etmektedir.

Bu olayda davacı tarafından davalıdan iki ayrı havale borcu talep edilmekte, poliçeye konu olan havalenin davalı tarafından ikrar edilerek sabit olması ile birlikte davalıya ödenmesine karar verilirken, diğer havalenin davalı tarafından inkar edilmesi ve davacının aksini ispat edememesi nedeniyle bu konudaki talebi mahkemece dikkate alınmamıştır. Günümüzde Yunanistan'da yer alan Karaferye beldesindeki bir borçlunun İstanbul'daki alacaklısına yapacağı ödeme için, havale ilişkisine dayanan bir süftece düzenlediği görülmektedir. Bu durum da süftecenin ödemeler bakımından yol tehlikesini ortadan kaldırma işlevini ortaya koymaktadır.

b) Süftece Tarafları Arasında Uyuşmazlık Olmadığının Tespiti

*Hüseyin Beşe'nin ortaklarıyla dava ve anlaşmazlığı olmadığının tescili*¹¹⁵⁰

Bâ-müher-i efendi

Ma'rûz,

Derûn-ı arzuhâlde mezkûrû'l-ism Hüseyin Beşe b. el-Hâc Osman meclis-i şer'-i münîrde sâbıkâ Boğdan voyvodası arzuhâl eden Kostantin v. Mihâl v. Todori'nin sâbitü'l-vekâle vekîli Kiryazi v. Yoseb zimmî muvâcehesinde bin yüz yetmiş senesi Cemâziyelâhiresi'nin yirminci günü Boğdan'da Yaş kasabasında müvekkil-i mesfûr Kostantin bana iki bin guruş ikrâz ve teslîm, ben dahi ba'de'l-ikrâz ve'l-kabz ve'l-istihlâk meblağ-ı mezkûr iki bin guruşu İstanbul'da sâkin şerîkim el-Hâc Abdullah'a vermek üzere süftece tarîkiyle müvekkil-i mersûmu havâle edip meblağ-ı mezkûru şerîkim mezbûr el-Hâc Abdullah'dan ahzetmiş idi. Lâkin ben ber-vech-i muharrer ikrâz ve iktirâzı inkâr ve şerîkim mezbûr el-Hâc Abdullah ile meblağ-ı mezkûru vermemek üzere seni nehy etmiş idim deyü tasaddî eylediğim nizâ'ımın aslı olmayıp meblağ-ı mezkûr iki bin guruşa müte'allika şerîkim mezbûr el-Hâc Abdullah ve müvekkil-i mersûm Kostantin ile da'vâ ve nizâ'im yokdur deyü ikrâr ve vekîl-i mesfûr tasdîk eylediği tescîl ve huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu. Fî 16 Zilka'de sene 1171, (22 Temmuz 1758).

Değerlendirme

Rumeli Sadâreti Mahkemesi'nin 1758 yılına ait bu karar örneğinden Konstantin veledi Mihâl veledi Todori'nin süftece karşılığında Hüseyin Beşe'ye 2000 kuruş karz verdiği, sonrasında Hüseyin Beşe'nin kendisini İstanbul'daki ortağı el-Hac Abdullah üzerine havale ettiği ve süfteceyi ibraz ederek bu 2000 kuruşu ondan aldığı anlaşılmaktadır. Bu örnekte klasik bir süftece muamelesi icra edilmektedir. Buna göre Konstantin Yaş beldesinde Hüseyin Beşe'ye 2000 kuruş vererek karşılığında süftece almış, Hüseyin Beşe de İstanbul'da karşılığını almak üzere onu ortağı el-Hac Abdullah'a havale etmiştir. Havale bakımından Hüseyin Beşe muhil, Konstantin ise

¹¹⁵⁰ İstanbul Kadı Sicilleri, Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (H. 1171-1172/ M. 1758), Hüküm no: 333, Orijinal metin no: [66a-1], C. 74, s. 286.

2000 kuruş alacaklısı muhalün leh olup, el-Hac Abdullah ise İstanbul'da muhalünlehe ödemede bulunacak olan muhalün aleyhtir. Muhil Hüseyin Beşe ile muhalün aleyh el-Hac Abdullah arasında havale dışında bir ortaklık ilişkisi mevcuttur. Bu şekilde icra olunan süftece ile Konstantin İstanbul'da kendisine nakit kaynağı sağlamış olmaktadır.

Kararda ise, öncesinde Hüseyin Beşe'nin bu ortaklığı ve karz borcunu inkar ederek anlaşmazlığa sebep olduğu ancak sonrasında durumu ikrar ederek karzı ve süftece ilişkisinin mevcudiyetini kabul etmiştir. Bununla birlikte mahkeme huzurunda durumu beyan ederek keyfiyetin mahkemece tescil edilerek bu konuda ispat niteliği taşıyan bir hüccet verilmesini talep etmiştir. Böylelikle daha sonra söz konusu havale ve süftece ilişkisinden dolayı taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önü kesilmiştir.

3) XIX. Yüzyıl

XIX. yüzyıla ait mahkeme kararlarından alınan örneklerin biri taraflar arasında ticaretten doğan bir borcun süftece vasıtasıyla havalesi ile ilgili iken, diğeri ise daha yerel borç ilişkilerinden doğan bir uyuşmazlığa ilişkindir. Bu nedenle Osmanlı'da havalenin sadece ticari ilişkilerde ve süftece vasıtasıyla kullanıldığını söylemek eksik olacaktır. Daha bireysel borçlar için de Müslüman-gayrimüslim veya erkek-kadın fark etmeksizin kullanılan bir hukuki enstrüman olduğu görülmektedir. Nitekim havalenin ticaret kanunlarından ziyade Mecelle'nin muamelat hükümleri arasında düzenlenmesinin bir sebebi de budur.

a) Süftece (Poliçe) Borcunun Tespiti

Ali Ağa'nın havaleden Zeytinyağcı Kostantin'den altı yüz elli kuruş alacağı olduğu¹¹⁵¹

650 guruş hüküm

Ma'rûz

Ali Ağa b. Osman nâm kimesne meclis-i şer'î-i münîrde derûn-ı arzuhâlde mastûrû'l-ism zeyt yağcı Kostantin v. Anton zimmî muvâcehesinde târih-i i'lâmdan iki sene mukaddem ben Midillü Cezîresi'nden Âsitâne-i aliyye'ye gelir iken Molova kasabasında mütemekkin zimmî-i mersûmun şerîki İsterati zimmî süftece tarîkıyla malımdan iktirâz ve kabz eylediği bin dört yüz guruşu yedime i'tâ eylediği Rumiyyü'l-ibâre bir kıt'a poliçe temessükü nâtık olduğu üzere beni deyn-i mezkûruyla Âsitâne-i aliyye'de şerîki işbu mersûm Kostantin zimmî üzerine havâle ben dahi havâle-i mezkûreyi kabûl ve Âsitâne-i aliyye'ye gelip temessük-i mezkûru mersûm Kostantin zimmîye irâe ve havâle-i mezkûreyi ifâde ve i'lâm eylediğimde ol dahi kabûl ve meblağ-ı merkûm cihet-i merkûmeden sana deynimdir deyü ikrâr ve otuz bir gün mürûrunda meblağ-ı muhâlün-bih merkûmun yedi yüz elli guruşunu bana edâ ve teslim ve mâ'adâsı olan altı yüz elli guruşu hâlâ zimmetinde olmağla talep ederim deyü da'vâ etdikde ol dahi cevâbında kazıyye minvâl-i meşrûh üzere olduğunu bi-tamamihâ ikrâr ü i'tirâf edip lâkin ben havâle-i mezkûreyi [63b] kabûl eylediğimden sonra şerîkim mersûm İsterati zimmî bana mektûb gönderip meblağ-ı merkûm bin dört yüz guruşu merkûm Ali Ağa'dan almadan poliçe temessüğünü yedine vermiş idim kabûl etmeyesiz eğer meblağ-ı mezbûru verdin ise geri alıp poliçe temessüğünü kendiyeye red eyle deyü tahrîr etmekle binâen-aleyh ben dahi meblağ-ı merkûmu kabûlüme ve mikdâr-ı mezkûrumu edâ ve teslimâ nâdim olmamla mâ'adâyı vermediğimden başka medfû'um olan meblağ-ı merkûm yedi yüz elli guruşu dahi geri talep ederim deyü takrîri üzere havâle-i mezkûreyi kabûlünü mukırr u mu'terif iken tasaddî eylediği da'vâsı meşrû'a ve iltifâta şâyân olmamağla alâ-mûcibi ikrârihî meblağ-ı bâkî-i merkûm altı yüz elli guruşu müdde'î-i mezbûr Ali Ağa'ya edâ ve teslimiyle mersûm Kostantin zimmî ilzâm olundu İstanbul Mahkemesi'nden huzûr. Fî-selhi C sene 1223, (22 Ağustos 1808).

¹¹⁵¹ İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (H. 1222-1223 / M. 1807-1809), Hüküm no: 441, Orijinal metin no: [63a-4], C. 85, s. 457-458.

Değerlendirme

İstanbul Mahkemesi'nin 1808 yılında vermiş olduğu bu karar örneğinde süftece muamelesi ile birlikte gerçekleşen havale hakkında bir uyuşmazlık söz konusudur. Buna göre Ali Ağa Molova kasabasında İsterati adlı zimmîye süftece karşılığında 1400 kuruş karz vermiş, İsterati de borcunu ödemesi için kendisini İstanbul'da bulunan ortağı Konstantin veledi Anton üzerine havale etmiştir. Ali Ağa İstanbul'a gelip süftece ve usulüne uygun olarak kendisine verilen poliçeyi ibraz ederek Konstantin'den ifayı talep ettiğinde, Konstantin havaleyi ve söz konusu borcu kabul etmiş, otuz bir gün geçtikten sonra bu borcun 750 kuruşunu ona ifa etmiştir.

Ali Ağa, kalan 650 kuruşun kendisine ödenmesi talebiyle dava ettiğinde Konstantin onun iddialarını kabul etmiş, ancak borcun bir kısmını ödedikten sonra ortağı İsterati'nin kendisine bir mektup yollayarak süftece bedelinin tamamını Ali Ağa'dan almadığını ve bu nedenle ona bir ödeme yapmamasını, yaptıysa da geri almasını istediğini beyan ederek ödediği 750 kuruşun kendisine geri ödenmesini mahkemeden talep etmiştir. İsterati'nin tarafların kabulleri ile mevcudiyeti sabit olan bu havaleden, taraflar kabul ettikten sonra cayması mahkeme tarafından geçerli bulunmadığı için Konstantin'in talebi reddedilerek, Ali Ağa'ya borcun kalan kısmı olan 650 kuruşun ödenmesine mahkemece hükmedilmiştir.

b) Havalede Sulh

*Şerife Hatice bt. İbrahim'e borcu olan Mehmed b. Hüsnü'nün 400 guruşa sulh olduğu*¹¹⁵²

400 guruşa sulh

¹¹⁵² İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı Sicil (H. 1241-1242 / M. 1826-1827), Hüküm no: 255, Orijinal metin no: [50a-3], C. 90, s. 309-310.

Zâti mu‘arrefe Şerife Hadîce bt. es-Seyyid İbrahim nâm hatun meclis-i şer‘-i münîrde kemhâcı esnâfından es-Seyyid Mehmed b. Hasan nâm kimesne muvâcehesinde benim esnâf-ı merkûmeden gâib ani‘l-meclis Eyüb b. Mustafa nâm kimesne zimmetinde cihet-i karzdan beş yüz guruş alacağım olup ânın dahi mezbûr es-Seyyid Mehmed zimmetinde kemhâcı destgâhı semeninden ol mikdâr hakkı olmağla medyûnum gâib-i mezbûr Eyüb deyn-i mezkûruyla beni medyûnu merkûm es-Seyyid Mehmed üzerine şerâit-i şer‘iyesi üzre üçümüz bir meclisde hazır olduğumuz hâlde havâle-i mukayyede-i sahiha-i şer‘iye ile havâle ve her birimiz havâle-i mezkûreyi kabûl ve ol vechile alacağım olan muhtâlün-aleyh merkûm es-Seyyid Mehmed‘in zimmetine nakledip muhîl-i gâib-i mezbûr Eyüb‘ün zimmeti berîe olmağla meblağ-ı muhtâl-i mezkûr beş yüz guruşu muhtâlün-aleyh merkûm es-Seyyid Mehmed‘den bi-hükmi‘l-havâle hâlâ taleb ederim deyü da‘vâ eylediğimde ol dahi kazıyye minvâl-i meşrûh üzre olduğunu ikrâr ve i‘tirâf edip lâkin meblağ-ı muhtâlün-bih-i mezkûr beş yüz guruşun iki yüz kırk guruşunu ceste ceste muhtâlün-lehâ-i mezbûre Şerife Hadîce Hatun‘a edâ ve teslîm etmişdim deyü inkârıma mukârin beni def‘e tesâddî ve ol vechile beynimizde ba‘de‘l-münâza‘a beynimiz islâh olunup ben da‘vâ-yı mezkûremden merkûm es-Seyyid Mehmed ile bi‘t-tav‘ ve‘r-rızâ dört yüz guruşa sulh olduğumda ol dahi sulh-ı mezkûru ba‘de‘l-kabûl ben bedel-i sulh-ı merkûm dört yüz guruşdan mâ‘adâ ziyâdesine ve bi‘l-cümle husûs-ı mezkûra müte‘allika da‘vâdan mezbûr es-Seyyid Mehmed ile gâib-i mezbûr Eyüb‘ün zimmetini merkûm es-Seyyid Mehmed dahi def‘-i mezkûruna ve bi‘l-cümle husûs-ı mezkûra müte‘allika da‘vâdan benim zimmetimi her birimiz kabûlü hâvî ibrâ ve iskât eyledik deyü ba‘de‘l-ikrâr ve‘t-tasdik ibrâdan müstesnâ bedel-i sulh-ı mezkûr dört yüz guruşun bi‘t-taleb müdde‘iyye-i mezbûre Şerife Hadîce Hatun‘a edâsıyla merkûm es-Seyyid Mehmed ikrârı mücibince ilzâm olunduğu İstanbul Mahkemesi‘nden huzûr-ı âlilerine i‘lâm olundu. Fî 2 min-B sene [1]242, (30 Ocak 1827).

Değerlendirme

İstanbul Mahkemesi‘nin 1827 yılında vermiş olduğu bu karar örneği, diğer örneklerden farklı olarak havale akdinin yanında sulh akdi uygulaması ile de ilgilidir. İslam hukukunda kabul edilen sulh akdi, tarafların bir hukuki ilişki veya sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarının her iki tarafın rızası ile ortak bir çözüm üzerinde uzlaşarak sona erdirilmesine denir¹¹⁵³. Olayda taraflar arasında mevcut olan bir havale akdinden

¹¹⁵³ İslam hukukunda kabul edilen sulh hakkında geniş bilgi için Bkz: Atar, Fahrettin, “Sulh”, İslâm Ansiklopedisi, C. XXXVII, İstanbul 2009, (“Sulh”), s. 481-485.

doğan uyuşmazlığın tarafların mahkeme huzurundaki kabulü ile daha düşük bir meblağ ile sulh edilmesi söz konusudur.

Karara konu olan olayda Şerife hatunun mahkeme huzurunda bulunmayan esnaf Eyüb b. Mustafa zimmetinde karz akdinden doğan 500 kuruş alacağı olup, onun da kemhâcı (bir tür ipekli kumaş) esnafından es-Seyyid Mehmed b. Hasan'da kemhâcı destgâhı (kumaş tezgâhı) bedelinden doğan aynı miktarda alacağı vardır. Eyüb b. Mustafa söz konusu tezgâh bedeli alacağından ödenmek üzere Şerife hatunu es-Seyyid Mehmed üzerine mukayyet havale ile havale edip, her biri bu havaleyi kabul etmişlerdir. Bu mukayyet havale neticesinde muhil Eyüb b. Mustafa borcundan kurtulduğu için, Şerife hatun alacak davasını muhalün aleyh olan es-Seyyid Mehmed'e yöneltmektedir.

Es-Seyyid Mehmed, Şerife hatunun iddialarını ve havaleyi kabul etmekle birlikte kendisine bu alacağın 240 kuruşunu parça parça ödediğini iddia etmiştir. Bunun üzerine Şerife hatun ile es-Seyyid Mehmed 400 kuruş ödenmesi hususunda anlaşarak, Şerife hatun kalan kısımdan vazgeçmiş, mahkeme ise es-Seyyid Mehmed'in bu sulh bedeli 400 kuruşu Şerife hatuna ödemesine karar vermiştir.

B. Ceride-yi Mehâkim'de Geçen Bazı Karar Örnekleri (XIX. Yüzyıl Sonu)

Ceride-i Mehâkim, Osmanlı'nın son döneminde verilen mahkeme kararları örneklerinin yayımlandığı ve bugünkü Adalet Dergisi'nin temelini oluşturan bir dergidir. Adliye Nezareti'nin yayın organı olan bu dergi ilk olarak 1873 yılında haftalık olarak yayımlanmaya başlamıştır¹¹⁵⁴. Hukukun kaynakları ve uygulanışı ile ilgili çeşitli meseleleri ele alan dergide çeşitli temyiz kararlarına veya mahkeme ilamlarına da rastlanmaktadır. Çalışmamız kapsamında Ceride-i Mehâkim'in mevcut

¹¹⁵⁴ *Ceride-i Mehâkim* hakkında geniş bilgi için Bkz: Yavuz, Hulusi, "Ceride-i Mehâkim", DİA, C. VII, İstanbul 1993, s. 408-409.

sayıları mümkün olduğunca taranarak, dergide geçen havaleyle ilişkin bazı karar örnekleri seçilmiştir. Bu başlık altında da havale konusunda bulunan iki karar örneğinin metni ve değerlendirmesi yer almaktadır.

1) Mukayyet Havale İle Ödenen Borcun Toplam Borçtan Mahsubu

Karar Metni¹¹⁵⁵

Müntefik Sancağına tabi Hay Kazasının Saray Mahallesi ahalisinden olup müsafıratın Bağdat'ta sakin Murat ile mahalle-i mezkurede polis Serkiz Efendi beyinde mütehaddes davaya dair Hay Bidayet Mahkemesi'nden 19 Teşrinievvel sene 308 tarihi ve 2 adediyle verilen ilam-ı merkum Murat tarafından temyiz edilmekle baş müddei umumilik memuriyet-i aliyesinin mütalaanamesi alındıktan sonra ilam-ı mezkur tarafeynin itiraz ve cevap layihalarıyla bilmütalaa tetkikat-ı temyiziye icrasına ibtidar kılındı.

İlam-ı mezkurun hülasa-i meali muma ileyh Serkiz Efendi kendisinin müddea aleyh Murat zimmetinde gerek cihet-i kefaletten bir kıt'a senet mucebince ve gerek muahharen merkuma göndermiş olduğu kumaş-ı esmanından defterinde muharrer olduğu veçhile ez gayri teslimat mütebaki alacağı olan yirmi dört bin yedi yüz atmış sekiz kuruş on paranın tahsilini talep ve dava etmesine karşı müddea aleyh Murat dahi talep olunan meblağ doğru ise de kendisinin müddei merkuma teslimatı vuku bulup müddea ileyhe beynlerinde rü'yet olunan muhasebede kendisinin müddei merkuma bir güne borcu kalmadığı tebeyyün ettiğini bu sureti şuhud-ü şahsiyye ile isbat edeceğini ve müddei-i merkuma havaleten Seyyid Hadi vasıtasıyla kırk dört lira ve Ferhan ile de seksen beş kıran göndererek mezkur teslimat hesaplarının haricinde kaldığını müdafaaten dermeyan etmesi üzerine ol babda cereyan eden muhakeme ve tetkikat neticesinde müddea muma ileyh Serkiz Efendi'nin talep eylediği meblağın haricinde olarak müddea aleyh merkum Murat dükkan hasılatından Seyyid Hadi ve Ferhan vasıtalarıyla teslim eylediği meblağın tenziliyle mütebaki yirmi bin yüz beş kuruş on paranın merkum Murat'tan tahsiline hükümden ve müstedi-i temyiz merkum Murat'ın işbu hüküm aleyhinde layihasında muharrer itirazatının hülasesi tarafeyn sınıf-ı tüccardan ve iddia olunan meblağ dahi emtia-i ticariyye esmanından münbais olduğu cihetle dava-yı vakianın ticaret sıfatıyla rü'yet olunması lazım gelir iken hukuk-ı adıyye sıfatıyla rü'yet ve fasl-ı dava edilmesi muhalif-i kanun olduğundan bahisle ilam-ı mezkurun nakzı ve müddea aleyh Serkiz Efendi'nin layiha-i cevabıyyesi neticesi serd olunan itirazatın vâhî ve bî-esas olduğu

¹¹⁵⁵ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 1029, 2 Muharrem 1317/ 1 Mayıs 1315, s. 14781-14783.

beyanıyla reddi ve muvafık-ı usul ve kanun olan ilam-ı mezkurun tasdiki talebinden ve anifü'l-beyan mütalaaname münderecatı dahi meblağ-ı müddea bih dayin-i merkumun bey etmiş olduğu emval-i ticariyye bedeli olarak muamelat-ı ticariyyeden mütevellit olmasına nazaran merci-i rü'yeti mahkeme-i ticaret bulunduğundan vazifeye dair olarak serd edilen itirazatın muvafık-ı kanun olduğu beyanından ibaret bulunmuştur.

İcab-ı müzakere olundukta ilam-ı mezkur mütalaasından anlaşıldığı üzere tarafeyn tüccardan olduğu gibi meblağ-ı müddea bih emval-i ticariyye bedeli olmasına göre davanın ticaret sıfatıyla rü'yet ve fasl olunması lazım gelir iken mahkeme-i mezkurece hukuk-ı adiyye sıfatıyla rü'yet-i dava olunması mugayir-i kanun olduğundan usul-i muhakeme-i hukukiyye kanununun iki yüz otuz ikinci maddesi mucebince ilam-ı mezkurun nakzıyla kanun-u mezkurun iki yüz kırk üçüncü maddesi hükmüne tevfikan keyfiyetin ticaret mahkemesi sıfatıyla bi'r-rü'ye ilama rabtı zımnında mahkeme-i mezkureye iadesine ve ziyrede müfredat-ı merkum dört yüz üç buçuk kuruş masarif-i temyiziyyenin ileride haksız çıkacak tarafa ait olmak üzere evvel emrde müstedi-i temyiz Murat'tan ahzına 29 Teşrinisani sene 311 tarihinde müteffikan karar verildi.

Değerlendirme

Temyiz Mahkemesinden 11 Aralık 1895 yılında verildiği anlaşılan bu karar örneğinde, dava konusu esasında usule ilişkin bir mesele olup, havale ise davanın esasına ilişkin bir unsur teşkil etmektedir. Hay Bidayet Mahkemesinden 31 Ekim 1892 tarihinde verilen karara göre Hay Kazasının Saray Mahallesinde polis olan Serkiz Efendi'nin Murat zimmetinde kefalet ve satış bedelinden doğan toplam 24.768 kuruş 10 para alacağı mevcuttur. Bunun üzerine Murat, 44 lira ile Seyyid Hadi'yi ve 85 kıran ile de Ferhan'ı Serkiz Efendi'ye ifada bulunmak üzere havale etmiştir. Mahkemece bu havalelerin ifası neticesinde kalan 20.105 kuruş 10 paranın Murat tarafından Serkiz Efendi'ye ödenmesine karar verilmiştir.

Karar örneğinden anlaşıldığı üzere Murat, Bidayet Mahkemesinden verilen bu kararın usule aykırı olması nedeniyle temyizi yoluna gitmiş, aralarındaki uyuşmazlığın ticari emtia bedeline ilişkin olması ve tarafların tüccar olaması nedeniyle davanın ticaret sıfatıyla görülmesi gerekirken, hukuk-ı adiyye sıfatıyla görülmesinin kanuna ve usule aykırı olduğunu iddia etmiştir. Temyiz mahkemesince Murat'ın söz konusu

itirazları haklı bulunarak hükmün bozulmasına ve davanın ticaret sıfatıyla görülmesine karar verilmiştir.

2) Mukayyet Havale İle Borcun Ödenmesi

Karar Metni¹¹⁵⁶

Vefa'da Koğacılar Mahallesinde sakin yaveran-ı hazret-i şehriyarından Miralay Azatlı Rıza Bey Efendi ile Vefa'da Molla Hüsrev Mahallesinde mukim bahriye nezaret-i celilesi serveznedarı saadetli Ali Efendi beyninde mütekevvin davaya dair Dersaadet Bidayet Mahkemesi ikinci hukuk dairesinden 26 Eylül sene 314 tarihi ve dört yüz elli altı adedi ile sadır olan ilam-ı muma ileyh Rıza Bey tarafından temyiz olunmakla ilam-ı mezkur yalnız müstedinin itiraz layihasıyla bil-mütalaa tedkikat-i temyiziyye icrasına ibtidar olundu.

İlam-ı mezkurun hülasa-i meâli muma ileyh Rıza Bey'in muma ileyh Ali Efendi zimmetinde alacağı olan dört bin dört yüz on dört kuruş otuz paranın efendi-i muma ileyhin yeminine talikan tahsiline dair mahkeme-i mezkureden ani'l-gıyab sadır olan ilam hükmüne muma ileyh Ali Efendi canibinden itiraz edilmesi üzerinde vicahen cereyan eden mahkeme ve tedkikat neticesinde müddeinin emrine binaen müdde aleyh Ali Efendi'nin şahs-ı salis Tevfik Paşa hazretlerinden bin beş yüz seksen iki kuruş otuz para mîr muma ileyhin hazine-i hassadaki mütedahil maşatına mahsuben iki bin ve bahriye binbaşılardan Bahaeddin Efendi zimmetinde alacağı olan sekiz liraya mahsuben muma ileyhin maaşından tevkif suretiyle dört yüz kuruş ahz eylemiş ve biraderi tabib yüz başısı Tevfik Efendi'nin elbise ve çuka bedelatından dahi dört yüz kuruş almış olduğundan tahsilini talep etmiş ve müdde aleyh Ali Efendi dahi mebalîğ-i mezkureden müşar ileyh Tevfik Paşa'dan kabz eylediği şehri dörder yüz kuruştan dört aylık bin altı yüz kuruş aldığını ve bunu müddeinin paşa-yı müşar ileyhe yazdığı bir mektuptaki emr ve havalesine mebni müşar ileyhden kabz ile kerimesi ve müddeinin zevcesine teslim etmiş olduğu hakkındaki müdafaasıyla bunu müeyyid ibraz eylediği makbuz ilmühaberine karşı müddei-i muma ileyhin paşa-yı müşar ileyhe yazdığı bir mektupta hazine-i hassa-i şahanede yaverliğe mahsus dört yüz kuruş maaşından mütedahil olanları kabz ile haremine verilmesini emr eylediğini huzur-ı heyette ve hasmı muvacehesinde ikrar ve itiraf etmesine binaen müddei muma ileyhin mezkur bin beş yüz seksen iki kuruş otuz para hakkındaki iddiasının reddine ve kendisinin mehriyle hazine-i hassadaki mütedahil maşatına mahsuben iki bin kuruş aldığı müdde aleyh Ali Efendi'nin icra kılınan yemini ile sabit olmasına

¹¹⁵⁶ Ceride-i Mehâkim, Sayı: 1031, 16 Muharrem 1317/ 15 Mayıs 1315, s. 14818-14820.

şah-ı salis binbaşı Bahaeddin Efendi'nin maaşından müdde aleyhin tevkif eylediği dört yüz atmış kuruşun müddeinin emriyle şahs-ı salis Nikoli'ye verdiği merkum Nikoli'nin dahi meblağ-i mezkuru aldığı teklif olunan yeminden nükûl etmesiyle tebeyyün etmesine ve müddeinin biraderi şahs-ı salis Tefik Efendi'nin elbise bedelinin aynen mihriyle aldığı meb'us-u bahriye nezaret-i celilesi tezkire-i cevabiyyesinden anlaşılakta ise de mihr-i mezkur biraderinin almadığı hakkındaki iddiasından feragat ettiğini müddei muma ileyh beyan eylemiş olmasına mebni müddei muma ileyh cihat-ı mezkure hakkındaki iddiasının reddiyle müdde aleyhin yedinde kalıp ibraz eylediği senedin dahi müddeiye iadesine ve ilam-ı gıyabının senedat-ı mezkure bedeli olan dört yüz kuruşun tahsili hakkındaki fikra-i hükmiyyesinin bu suretle tadiliyle usul-i muhakeme-i hukukiyye kanununun yüz elli sekizinci maddesi mucebince cihat-ı sairesi hakkındaki hükmünün feshine hükümden ve müstedi-i temyiz Rıza Bey'in işbu hüküm aleyhinde layihasında muharrer itirazatının hülasası hükme sebep ittihaz kılınan ve emr-i havi olduğu beyan edilen mektubun mahkemeye ibraz ettirilmesi lazım gelir iken ettirilmemesi ve zevcesinin namına ibraz edilen ilmühaberinin ehiran tanzim olunmuş olmakla bunun hakkında tahkikat-ı lazıme icra kılınmaması ve husumeti caiz olmayan Nikolaki'ye teklif edilen yeminin nükulünden bahisle ber vech-i muharrer karar verilmesi yolsuz ve mugayir-i kanun olduğundan ilam-ı mezkurun nakzı istidasından ibaret bulunmuştur.

İcab-ı mezkure olundukda ilam-ı mezkur mütalaasından münfahim olduğu üzere müddeinin emriyle müdde aleyh Ali Efendi'nin şahs-ı salis Nikola'ya ita eylediği dört yüz atmış kuruş hakkında merkum Nikola tarafeyn-i mütehasımeinden hariç olduğu halde mahkemece merkum Nikola'ya teklif olunan yeminden nükulüne binaen müddei aleyhine hüküm verilmesi yolsuz ve mugayir-i kanun olduğuna ve müstedinin itirazı dahi bu cihete mütedair olarak şayan-ı kabul bulunduğuna binaen usul-i muhakeme-i hukukiyye kanununun iki yüz otuz ikinci maddesi mucebince ilam-ı mezkurun nakziyle kanun-u mezkurun iki yüz kırk dördüncü maddesi hükmüne tevfikan keyfiyetin suvar-i muharrere veçhile ilama rabtı zımında mahkeme-i mezkureye iadesine ve ziyrede müfredat-ı merkum üç yüz seksen üç buçuk kuruş masarif-i temyiziyyenin ileride haksız çıkacak tarafa rücu etmek üzere evvel emrde müstedi muma ileyh Rıza Bey Efendi'den alınmasına 10 Kanunuevvel sene 314 tarihinde müttefikan karar verildi.

Değerlendirme

Temyiz mahkemesinden 22 Aralık 1898 tarihinde verilen bu karar örneğinde, temyiz edilen dava örneği esasında bir alacak davası olup havale muamelesi içermekle birlikte, davacının temyiz sebebi usule aykırı olarak alınan ve hükme esas teşkil edilen yemin olup, bundan dolayı mahkemeden hükmün bozulması talep edilmektedir.

Dersaadet Bidayet Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinden 8 Ekim 1898 tarihinde verilen karar, Miralay Rıza Bey ile Ali Efendi arasında mevcut olan 4414 kuruş 30 para değerindeki alacak davasına ilişkindir. Kararda Rıza Bey ile Ali Efendi arasında çeşitli borç ilişkileri zikredilmekle birlikte havale muamelesinin gerçekleştiği iki durum söz konusudur. Öncelikle Ali Efendi bu alacağın 1600 kuruşluk kısmını Rıza Bey'in havalesi neticesinde Tevfik Paşa'dan almış olup, sonrasında davacı Rıza Bey'in eşi olan kız kardeşine teslim etmiştir. Mahkemede söz konusu meblağın Rıza Bey'in emri ile eşine teslim edildiği ispatlandığından bu meblağa ilişkin alacak talebinin reddedilmesine karar verilmiştir.

İkinci olarak ise Ali Efendi'nin borçlusu Bahaeddin Efendi'nin maaşından alacağına mahsuben almış olduğu 460 kuruşu, davacı Rıza Bey'in emri ile Nikoli'ye teslim ettiği ve bu nedenle bu konudaki alacağın da sona erdiği iddia edilmiş, ilk derece mahkemesinde kendisine teklif edilen yeminden kaçınması nedeniyle Nikoli'nin bu meblağı aldığı tespit edilmiş ve bu durum hükme esas kabul edilmiştir. Davacı Rıza Bey ise temyiz başvurusunda husumete yabancı olan Nikoli'nin yeminden kaçınmasının hükme esas teşkil etmesinin usule aykırı olduğundan hareketle verilen hükmün bozulmasını talep etmektedir. Usule ilişkin bu tartışmalar konumuz dışında kaldığından, burada sadece söz konusu karardan yola çıkılarak, havale muamelesinin son dönem Osmanlı uygulamasında da borç ifasında kullanılan bir yöntem olduğu söylenebilir. Nitekim kararda davacının havale emriyle davalının yaptığı ödemeler alacağından mahsup edilmiştir.

SONUÇ

Borç kavramının taraflar arasında şahsi bir bağ olmanın yanında, ekonomik değer taşıyan ve malvarlığına dahil olan bir unsur olarak kabul edilmesi tarihsel olarak uzun bir gelişim sürecini gerektirmiştir. Özellikle Roma hukuku ve onu takip eden batı coğrafyasında, borcun malvarlığının pasif bir unsuru olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla hukuki işlemlere konu olarak devir kabiliyetine erişmesi yakın zamana kadar mümkün olmamıştır. Ancak İslam hukukunda başlangıçtan itibaren, belirli şartları taşıması durumunda, ihtiyaca binaen bir borcun başka bir şahsa devredilebilmesi kabul edilmiştir. Havale kurumu ile karşılanan bu borç devri ihtiyacı, İslam hukuku literatüründe havale akdinin kavramsal olarak da ayrıntılı bir şekilde ele alınmasına sebep olmuştur.

Bu hususta belirtmek gerekir ki, havale yöntemi İslam hukuku ile doğan bir uygulama değildir. Tarihsel olarak bakıldığında çok eski devirlerden beri Uzakdoğu, Hint alt kıtası ve Ortadoğu'da benzer yöntemlerin uygulanageldiği görülmektedir. Hz. Peygamber'den varit olan havale hadisinin lafzının inşai olmaması, yani hadis-i şerifin havale kurumunu açıklayan ve tanımlayan bir ifade taşıması, havalenin o dönemde bilinen ve uygulanan bir yöntem olduğuna delalet etmektedir. İslamiyet öncesi Arap toplumunda bilinen bu ödeme yöntemi, hadis-i şeriften anlaşıldığı üzere İslam hukuku bakımından da uygun kabul edilmiştir. Böylelikle kazuistik bir yöntemle ve yoğun ilmi çalışmalarla gelişen İslam hukuku literatürü, havale kurumunu da ilk dönemlerden itibaren ayrıntılı olarak incelemiştir. Sonuç olarak, havale, İslam hukukunda doğmakla değil ancak bu hukuk tarafından benimsenmesi ve teorisinin geliştirilmesi ile birlikte İslam hukukuna mal edilmesi gereken bir hukuki kavramdır. Nitekim havalenin hukuki öğretisi fıkıh kitaplarındaki havale bölümlerinde ayrıntılı olarak işlenmiş ve günümüze kadar gelmiştir.

İslam hukuku mezheplerinin hepsi tarafından geçerli kabul edilen havalenin taşıması gereken şartlar veya bu akde bağlanan hukuki sonuçlar mezhepler arasında farklılık göstermektedir. Genel olarak XVI. yüzyıldan itibaren Hanefi mezhebinin baskın görüşlerinin uygulandığı Osmanlı hukukunda, havale konusunda da uygulama

Hanefî mezhebinde baskın olarak kabul edilen görüşler çerçevesinde gelişmiştir. Ancak XIX. yüzyılda hazırlanan ve yürürlüğe giren Mecelle'nin dördüncü kitabı Kitabü'l-Havale, genel olarak mezhep uygulamasına bağlı kalmakla birlikte, çağın gereklerine daha uygun olduğu düşüncesiyle birkaç hususta mezhep içerisinde zayıf olarak kabul edilen görüşleri tercih etmiştir. Bu nedenle tezimizin kapsam olarak Mecelle ile sınırlandırılmasının pratik bir faydası mevcuttur.

Havale uygulamasının tarihsel şemasını çıkarabilmek ve gelişim seyrini takip edebilmek için tezin ilk bölümünde diğer bazı hukuk sistemlerinde karşılaşılan havale yöntemlerine de yer verilmiştir. Nitekim borç kavramının ve borcun devredilebilmesinin Avrupa'da sancılı bir gelişimi olduğu söylenebilir. Roma hukukunun şekilci yapısının etkisiyle uzun yıllar borcun devredilemeyeceği kabul edilmiş ancak ekonomik ihtiyaçların doğurduğu baskı neticesinde borcun devrinin ve borçtan bağımsız bir ödeme havalesinin yolu açılmıştır. Avrupa'daki kambiyo uygulamalarının, özellikle XII. yüzyıldan sonra, Müslümanlar ile etkileşim sonucunda karşılaşılan havale ve süftece uygulamalarından etkilendiği ve İslam hukukundaki bu birikimden faydalandığı görülmektedir. Biz de bu konuda birçok yazarın savunduğu üzere, havale ve süftecenin Avrupa'ya taşınarak kambiyo hukukunu etkilediği görüşüne katılmaktayız.

Genel olarak bakıldığında çeşitli hukuk sistemlerinde karşılaşılan havale yöntemlerini üç başlık altında toplamak mümkündür. Roma hukuku ve onu takip eden Fransız hukukunda karşılaşılan borç havalesi, temelde borçlu tarafın değişmesine yol açan bir yenilemeden başka bir şey değildir. Avrupa'da XIX. yüzyılda yoğun doktrinsel tartışmalar neticesinde Alman ve İsviçre hukukları ile devamında Türk hukuku tarafından kabul edilen havale işlemi ise, borçtan bağımsız olarak para veya sair misli eşyanın ödenmesi ve ödemenin kabulü hususunda taraflara verilen bir çifte yetkilendirme işlemi olarak nitelendirilmektedir. Son olarak İslam hukukunda ve devamında Mecelle'de kabul edilen havale akdinde ise, Alman, İsviçre ve Türk sisteminde kabul edilen havale yöntemine benzer şekilde ancak konusu borç ile sınırlı olmak ve akdi bir temele dayanmak üzere taraflara söz konusu borcu ödeme ve kabul etme yetkisi verme söz konusudur.

Avrupa’da borcun niteliği ve devri konusunda XIX. yüzyıl pandekt hukukçuları arasında yaşanan tartışmada, Roma hukukuna bağlı kalan Fransız hukukçuları borcun malvarlığının pasif bir unsuru olarak devredilemeyeceğini kabul ederken, Alman ve İsviçreli hukukçular ise borcun malvarlığının pasif bir unsuru olarak devredilebileceğini kabul etmişlerdir. Bu tartışmalara bağlı olarak Alman ve İsviçre doktrinlerinde havale işleminin hukuki niteliği de tartışılmış, neticede akit temelinden bağımsız olarak havalenin bir ödemenin ifası ve kabulü hususunda çifte yetki verme işlemi olduğu kabul edilmiştir. Bunun sonucunda Fransız hukukunda taraf değişikliği yöntemi olarak uygulanan borç havalesi, üçüncü kişinin borcu üstlendiği bir taahhüt havalesi olarak nitelendirilirken, Alman ve İsviçre hukukunda bir ödeme yöntemi olarak kabul edilen havale işlemi ise bir ödeme havalesi olarak nitelendirilmiştir. Taahhüt havalesi ve ödeme havalesi arasındaki en temel fark, taahhüt havalesinde havale edilen kişi alacaklıya karşı borcu kabul ederek taahhüt ettiğinde ilk borçlu borcundan kurtulurken, ödeme havalesinde söz konusu ödeme, havale ödeyicisi tarafından alacaklıya ifa edilmediği sürece havale edenin borcundan kurtulamamasıdır. Bu tanımdan yola çıkılarak İslam hukuku ve Mecelle’de kabul edilen havale akdinin, muhilin havalesinin muhalün aleyh tarafından kabul edilmesi ile birlikte muhalün lehe karşı borcundan kurtulması nedeniyle, borç havalesinde olduğu gibi bir taahhüt havalesi niteliği taşıdığı söylenebilir.

Havalenin niteliği konusunda ise pozitif hukukun güncel yaklaşımına göre Alman, İsviçre ve Türk hukukunda kabul edildiği üzere, üç köşeli bir çifte yetkilendirme işlemi olduğu ve akdi bir nitelik taşımadığı kabul edilmektedir. Bu görüşe ve pozitif hukuktaki borcun üstlenilmesi kurumuna dayanarak İslam hukuku ve Mecelle tarafından kabul edilen havalenin de üç köşeli akdi bir nitelik taşımadığı itirazında bulunulabilir. Belki tarihsel bağlamından koparılarak Mecelle’nin hükümleri ele alındığında yeni bir havale teorisi ortaya konabilir. Ancak bu durum pozitif hukukun bakışı ile tarihsel bir teoriyi veya hukuki telakkiyi yeniden değerlendirmek anlamına gelecektir. İslam hukukunun klasik kaynakları ve bu kaynaklara dayanan Mecelle’ye dayanan havalenin akit niteliği konusunda o dönemki hukuk doktrinlerinde bir tartışmaya rastlanmamaktadır. Klasik kaynaklarda ve Mecelle’nin havale maddeleri ile bu maddelerin şerhlerinde havalenin üç taraf

arasında gerçekleşen bir akit olarak kabul edildiği görülmektedir. Biz de çalışmamızda Mecelle’de kabul edilen havale akdini, kendi dönemindeki hukuk doktrinine göre ele alarak bu konudaki tarihsel telakkileri yansıtmaya çalıştık. Tezimizin konusunun Mecelle ile sınırlandırılmasının önemli bir sonucu da budur. Nitekim İslam hukuku bakımından havalenin incelenmesi durumunda tarihsel bağlamdan bağımsız bir değerlendirme yapabilmek mümkün olsa da Mecelle’de düzenlenen havale akdi değerlendirilirken tarihsel uygulama ve doktrin görüşlerine riayet etmek gerekmiştir. Dolayısıyla tezimiz Mecelle maddeleri ve şerhlerinden anlaşıldığı üzere, havalenin bir akit niteliği taşıdığı telakkisine dayanarak inşa edilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde havalenin tarihi gelişimine ve farklı hukuk sistemlerindeki yerine genel olarak değinilmiş olsa da bu konu esas olarak İslam hukuku ve özellikle de Mecelle düzenlemesi temelinde incelenmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere tezin birinci bölümünde geniş bir kavramsal değerlendirme yapılmış olsa da esas konumuzu oluşturması nedeniyle Mecelle’de kabul edilen havale akdi, havalenin diğer türlerine göre çok daha geniş bir kapsamda ele alınmıştır. Bu doğrultuda İslam hukuku doktrininde işlenen usul takip edilerek ikinci bölümde havale akdinin kurulması ve taşınması gereken inikat, sıhhat, nefaz ve lüzum şartları ile bu şartlara riayet etmemenin sonuçları çeşitli mezhep görüşleri de dikkate alınarak ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise geçerli bir şekilde kurulan ve işlerlik kazanan bir havale akdinin hukuken doğurduğu hüküm ve sonuçlar incelenmiştir. Havalenin hüküm ve sonuçları incelenirken taraflar arasındaki ikili ilişkiler farklı başlıklar altında değerlendirilmiş, böylelikle daha titiz bir değerlendirme yapabilme imkanı olmuştur. Bununla birlikte havale akdinde temel ilişkiye dair itiraz ve def’iler ile teminatların durumu ayrı başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Son olarak bu bölümde havalede vade, havale sonrasında taraflar arasındaki rücu ilişkisi ve ispata ilişkin özel durumlar ayrı başlıklar olarak ele alınmıştır. Dördüncü bölümde ise havale akdinin sona ermesi incelenmiş, genel hükümler ve havaleye ilişkin özel hükümler doğrultusunda söz konusu olabilecek bütün sona erme sebeplerinden ayrı başlıklar altında bahsedilmiştir. Böylelikle ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerde genellikle

İslam hukukunda kabul edilen klasik havale doktrini incelenmiştir. Tezimizin son bölümü olan beşinci bölümde ise karşılaştırmalı hukukta yeri tespit edilen ve klasik doktrine göre ayrıntılı olarak incelenen bu havale kurumunun uygulama bakımından incelenmesine çalışılmıştır. Bu doğrultuda öncelikle İslam hukukunun klasik havale öğretisinden bazı noktalarda sapan Mecelle'nin havale kitabının hazırlanma süreci ve söz konusu sapmaya sebep olan ve tartışma konusu olan hükümler üzerinde durulmuştur. Bunun akabinde kıymetli evrak hukuku ve süftece uygulamaları bakımından havale akdi ele alınmıştır. Son olarak ise havale ve süftece uygulamalarının Osmanlı mahkeme kayıtlarında geçen dava örnekleri üzerinden değerlendirilmesine çalışılmıştır. Daha önce Mecelle'deki birçok hukuki kavram ve kurum üzerine çeşitli araştırmalar yapılmış olsa da Havale Kitabı üzerine yapılmış çalışma sayısı oldukça az olduğu için tezimizin literatüre katkı sağlayabileceği umulmaktadır.

KAYNAKÇA

Abdulvedûd Yahya, Havâletü'd-Deyn, Matba'atu'l-Kahire, Kahire 1960.

Abdurrahman Hakkı, Rehber-i Kavânin Lâhikası Ceride-i Mehâkim Fihristi, Mihrân Matbaası, İstanbul 1301 (1885/1886).

Ahmed Cevdet Paşa, “Tezkire no: 40”, 19. Yüzyılda Osmanlı Devlet Yönetimi (Tezâkir), Haz. Seyit Ali Kahraman, C. IV, Yeditepe Yayınları, İstanbul 2019.

Akgündüz, Ahmed, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 2. bs., Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2017.

Akman, Ahmet, İslâm Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, (*Akdî Mesuliyet*).

Akman, Mehmet, “Mecelle’de Âriyet Sözleşmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul 1989, (“*Âriyet*”).

Aksu, Raziye, “Aval Kurumu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2015.

Aktan, Hamza, “Damân”, DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 450-453.

Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, (*Tam Üçüncü Şahıs*).

Akyol, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, (*Temsil*).

Ali, Cevad, “El-Mufassal fi Tarihi’l-Arab kable’l-İslâm”, C. V, 2. bs., Câmiatü Bağdâd, Bağdad 1993.

Ali Haydar Efendi, Düreru’l-Hükkâm min Şerhi-Mecelleti’l-Ahkâm, C. II, İstanbul 1316 (1900/1901), (C. II).

Ali Haydar Efendi, Düreru’l-Hükkâm min Şerhi-Mecelleti’l-Ahkâm, C. III, İstanbul 1319 (1903/1904), (C. III).

Alkış, A. “Mecelle’de Akid Teorisi”, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 16/2, (2019).

Alman Medeni Kanununun (BGB) İngilizce metni için bakınız: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3385 , (E.T. 13.11.2019).

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Birinci Kısım, 2. bs., Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.

Apaydın, H. Yunus, “Fesad”, DİA, C. XII, İstanbul 1995, s. 417-421, (“Fesad”).

Apaydın, H. Yunus, “Hacir”, DİA, C. XIV, İstanbul 1996, s. 513-517, (“Hacir”).

Apaydın, H. Yunus, “İbrâ”, DİA, C. XXI, İstanbul 2000, s. 263-266, (“İbrâ”).

Apaydın, H. Yunus, “İrade Beyanı”, DİA, C. XXII, İstanbul 2000, s. 387-391, (“İrade Beyanı”).

Apaydın, H. Yunus, “İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, (İslam Hukukunda Hükümsüzlük).

Apaydın, H. Yunus, “İslam Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)”, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 7, Sayı: 6, 1989, s. 177-200, (*Mevkuf Akitler*).

Apaydın, H. Yunus, “İzin”, DİA, C. XXIII, İstanbul 2001, s. 510-512, (*İzin*).

Apaydın, H. Yunus, “Karz”, DİA, C. XXIV, İstanbul 2001, s. 520-525, (*Karz*).

Apaydın H. Yunus, “Lüzum”, DİA, C. XXVII, Ankara 2003, s. 260-262, (*Lüzum*).

Apaydın, H. Yunus, “Muhayyerlik”, DİA, C. XXXI, İstanbul 2006, s. 25-30, (*Muhayyerlik*).

Apaydın, H. Yunus, “Nas”, DİA, C. XXXII, İstanbul 2006, s. 391-392, (*Nas*).

Arsal, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, 2. bs., Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020.

Ashtor, Eliahu, “Banking Instruments Between the Muslim East and the Christian West”, Journal of European Economic History, Vol. 1:3, 1972, s. 553-573.

Atar, Fahrettin, “İflâs”, DİA, C. XXI, İstanbul 2000, s. 509-512, (*İflâs*).

Atar, Fahrettin, “Mükâtebe”, DİA, C. XXXI, Ankara 2020, s. 530-532, (*Mükâtebe*).

Atar, Fahrettin, “Nikâh”, DİA, C. XXXIII, İstanbul 2007, s. 112-117, (*Nikâh*).

Atar, Fahrettin, “Sulh”, DİA, C. XXXVII, İstanbul 2009, s. 481-485, (*Sulh*).

Atıf Bey (Kuyucaklızade), Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi: Kitabü'l-Havale, Mahmud Bey Matbaası, Dersaadet (İstanbul), 1318 (1902/1903).

Aybakan, Bilal, “İfâ”, DİA, C. XXI, İstanbul 2000, s. 498-504, (“İfâ”).

Aybakan, Bilal, “İkale”, DİA, C. XXII, İstanbul 2000, s. 14-16, (“İkale”).

Aybakan, Bilal, “Muâvaza”, DİA, C. XXX, İstanbul 2005, s. 331-332, (“Muâvaza”).

Aybakan, Bilal, “Rücû”, DİA, C. XXXV, İstanbul 2008, s. 284, (“Rücû”).

Aybakan, Bilal, “Sarf”, DİA, C. XXXVI, İstanbul 2009, s. 137-140, (“Sarf”).

Aybakan, Bilal, “Selem”, DİA, C. XXXVI, İstanbul 2009, s. 402-405, (“Selem”).

Aydın, Mehmet Âkif, “Borç”, DİA, C. VI, İstanbul 1992, s. 285-291, (“Borç”).

Aydın, Mehmet Âkif, “Deyn”, DİA, C. IX, İstanbul 1994, s. 266-268, (“Deyn”).

Aydın, Mehmet Âkif, “Gasp”, DİA, C. XIII, İstanbul 1996, s. 387-392, (“Gasp”).

Aydın, Mehmet Âkif, “İstidâne”, DİA, C. XXIII, İstanbul 2001, s. 322, (“İstidâne”).

Aydın, Mehmet Âkif, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, DİA, C. XXVIII, Ankara 2003, s. 231-235, (“Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”).

Aydın, Mehmet Âkif, “Mehir”, DİA, C. XXVIII, Ankara 2003, s. 389-391, (“Mehir”).

Aydın, Mehmet Âkif, Osmanlı Aile Hukuku, Klasik Yayınları, İstanbul 2017, (*Osmanlı Aile Hukuku*).

Aydın, M. Âkif, Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye'nin Temeli, İSAM Yayınları, Ankara 2020, (*Osmanlı Hukuku*).

Aydın, Mehmet Âkif, Türk Hukuk Tarihi, 15. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2018, (*Türk Hukuk Tarihi*).

Bâbertî, Ebû ' Abdullâh Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd (ö.786/1384), el-İnâye fî Şerhi'l-Hidâye (nşr. Dâru'l-Fikr), I-X, (tarih ve baskı yok), Beyrut, (*el-İnâye*).

Bahtiyar, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, 15. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

Bakkal, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, Ankara 2003, s. 39-41.

Bardakoğlu, Ali, "Bey", DİA, C. VI, İstanbul 1992, s. 13-19, ("Bey").

Bardakoğlu, Ali, "Butlân", DİA, C. VI, İstanbul 1992, s. 476-478, ("Butlan").

Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", DİA, C. X, İstanbul 1994, s. 533-539, ("Ehliyet").

Bardakoğlu, Ali, "Havâle", DİA, C. XVI, İstanbul 1997, s. 507-512, ("Havâle").

Berger, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, American Philosophical Society, Philadelphia 1953.

Berki, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 3. bs., Hikmet Yayınları, İstanbul 1982.

Bilmen, Ömer Nasuhi, "Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye" Kamusu, C. VI, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul 1985.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu‘fi el-Buhârî (ö. 256/870), Sahih el-Buhârî (nşr. Dârü’s-Selâm lin-Neşr vet’Tevzî‘), Riyad 1997.

Caferoğlu, Ahmed, “Uygurlarda Hukuk ve Maliye İstılahları”, Türkiyat Mecmuası, Cilt:4, İstanbul 1934, s. 1-44.

Central Bank of the U.A.E., “Abu Dhabi Declaration on Hawala”, Homeland Security Digital Library, <https://www.hsdl.org/?view&did=455469> (E.T. 6.1.2022).

Ceride-i Mehâkim, Sayı: 1029, 2 Muharrem 1317/ 1 Mayıs 1315, s. 14781-14783.

Ceride-i Mehâkim, Sayı: 1031, 16 Muharrem 1317/ 15 Mayıs 1315, s. 14818-14820.

Cessâs, Ahmed b. ‘Alî Ebû Bekir er-Râzî el-Cessâs el-Hanefî (ö.370/981), Şerhu Muhtasari't-Tahâvî (nşr. ‘İsmetullâh ‘İnâyetullah Muhammed vd.), 1431/2010.

Cheron, Albert; Fahmy, Sadek, “İslam Hukukunda Özellikle Hanefî Mezhebine Göre Havale”, (Çeviren: Halil Cin), AÜHFD, Sayı:28, Cilt:1, 1971.

Cin, Halil; Akgündüz, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, C. II, Timaş Yayınları, İstanbul 1990.

Çelikan, Serkan, Mecelle’nin Küllî Kaidelerinin Hadislerdeki Dayanakları, TDV Yayınları, Ankara 2021.

Çınar, Ali Ekber, “Situating an Informal Funds Transfer System in Islamic Legal Theory: The Origin of Hawala Revisited”, Darulfunun İlahiyat, Cilt 33, Sayı 1, 2022, s. 1-41.

Demirtaş, H. Necâti, Açıklamalı Osmanlı Fetvâları II, Kubbealtı Neşriyat, İstanbul 2012.

Desûki, Muhammed bin Ahmed bin Arafe ed-Desûki el-Malikî (ö. 1230/1815), Haşiyetü'd-Desûki ale'ş-Şerh el-Kebir, I-IV, Daru'l-Fikr, (baskı ve tarih yok), (*Haşiyetü'd-Desûki*).

Dietrich, A., "Hawâla", EI2, vol. III, 1986, s. 283.

Din İşleri Yüksek Kurulu, Fetvalar, TDV Yayınları, 4. bs., Ankara 2018.

Dinçer, Mehtap, "Çivi Yazılı Kanun Metinlerinde 'Borç Köleliği' Olgusu", ASOBİD, Cilt: 1, Sayı:1, 2017, s. 21-40.

Dönmez, İbrahim Kâfi, "Mubah", DİA, C. XXX, İstanbul 2005, s. 341-345, ("*Mubah*").

Dönmez, İbrahim Kâfi, "İcmâ", DİA, C. XXI, İstanbul 2000, s. 417-431, ("*İcmâ*")

Dönmez, İbrahim Kâfi, "Vâcip", DİA, C. XLII, İstanbul 2012, s. 410-414, ("*Vâcip*").

Düren, Akın, Klasik Roma Hukukunda Delegatio, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

Düstur, Cilt 1, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1289 (1872).

Ebu'l-Alâ, Huseyn Abdu'l-Mecîd Huseyn, Ahkâmu'l-Havâle fî Fıkhî'l-İslâmî, Matbaatu's-Safâ ve'l-Merva, Asyut/Mısır, (tarih yok).

Ebu Yusuf, Ebû Yûsuf Ya'kûb b. İbrâhîm b. Habîb el-Ensârî (ö.182/798), İhtilâfu Ebî Hanîfe ve'bni Ebî Leylâ (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efğânî), (*el-İhtilâf*).

Ebu Zehra, Muhammed, İslam Hukuku Metodolojisi- Fıkıh Usulü (Çev. Abdulkadir Şenel), 12. bs., Fecr Yayınları, Ankara 2014.

Ebu Zeyd, Bekir b. Abdullah, Tahbîrû'l-Makâle fi Hadîs el-Havâle, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 1984.

Ekinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk, Arı Yayınları, İstanbul 2008.

El-Afv, Bassâm Hasan, “el-Havâle ve's-Suftece Beyne'd-Dirâse ve't-Tatbîk”, Gazze İslam Üniversitesi Şeriat Fakültesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazze 1999.

El-Hacce, Emir Ahmed Fettuh, “Âsâr Akdî'l-Havaleti'l-Medeniyye Dirase Mukarene”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Nablus Necah el-Vataniyye Üniversitesi, Filistin 2008.

El-Hafif, Ali, İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri (Eşya ve Borçlar Hukuku), (Çev. Rahmi Yaran), 4. bs., TDV Yayınları, Ankara 2018.

El-Hekîm, Abdülmecîd, El-Mûciz fi Şerh el-Kanun el-Medenî, Cüz'ül-Evvel fi Masadir el-İltizâm, Şeriketü't-Tab' ve'n-Neşir el-Ehliyye, Bağdat 1963.

El-Libnânî, Selim Rüstem Bâz, Şerhu'l-Mecelle, 3. bs., Matbaatü'l-Edebiyye, Beyrut 1923.

Erdoğan, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 4. bs., Der Yayınları, İstanbul 2011.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Erkal, Mehmet, “Cizye”, DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 42-45.

Ez-Zerka, Mustafa Ahmed / Sellâme, İbrahim Abdülhamid / Atiyye, Cemal, “el-Havale”, el-Mevsûatü'l-Fikhiyyetü'l-Kuveyyiyye, 18. bs., el-Va'yü'l-İslâmî, Kuveyt 2011.

Fazlullah, Fâtıma Abdullah Muhammed, “Ahkâm el-Havâle fi'l-Fıkh el-İslâmi: Dirase Fıkhıyye Mukârene bi Kanun el-Muâmelât el-Medeniyye es-Sudâniyye lisene 1984”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, El-Cezîre Üniversitesi Edebî Bilimler Fakültesi, El-Cezîre, Sudan 2016.

Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziye, (Haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul 2009.

Gencer, Abdullah Revaha, Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2020.

Grasshoff, Richard, Das Wechselrecht der Araber, O. Liebmann, Berlin 1899.

Gümüş, Arif, “Asur Ticaret Kolonileri Döneminde (MÖ 1974-1719) Anadolu’da Muhasebe ve Finans Uygulamaları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya 2019.

Güner, Galip, “Eski Türkler Çek Yazar Mıydı?”, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi, Sayı: 5/1, 2016, s. 34-41.

Günergök, Özcan, “Havale İlişkisi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 1995.

Hacı Reşid Paşa, Ruhu'l-Mecelle, 4. Cilt, Matbaa-i Hayriye ve Şürekâsı, Dersaadet 1328 (1912/1913).

Hamza, Gábor, “Modern Dönemde İsviçre’de Özel Hukukun Gelişimi ve Kodifikasyonu”, (Çev. Kerem Öz), UAÜHFD, Sayı: 9, 2017, s. 215-231.

Han, Işık Aslı, “Üç Taraflı Hukuki İlişki Modeli Olarak Havale”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2019.

Holdsworth, W. S., “Origins and Early History of Negotiable Instruments I”, Law Quarterly Review, vol. 31:1, 1915, s. 12-29, (“I”).

Holdsworth, W. S., “Origins and Early History of Negotiable Instruments II”, Law Quarterly Review, vol. 31, 1915, s. 173-186, (“II”).

Huart, Cl., “Havâle”, İslam Ansiklopedisi, 5. Cilt, 1. Kısım, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1987, s. 375.

Huvelin, Paul, “Travaux Recents sur l'Historie de la Lettre de Change”, Annales de Droit Commercial et Industriel Francais, Etranger et International, 15, 1901, s. 1-30

Ildız, Erkan, “Eski Yunan ve Roma’da Bankerlik”, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Klasik Arkeoloji Anabilim Dalı, İstanbul 2009.

International Monetary Fund, Regulatory Frameworks for Hawala and Other Remittance Systems, Monetary and Financial Systems Department, Washington, D.C., 2005.

Izzi Dien, M. Y., “Suftadja”, EI2, vol. IX, 1997, s. 769-770.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilaziz Âbidîn ed-Dımeşkî el-Hanefî (ö.1252/1836), Reddü’l-Muhtar ale’d-Dürri’l-Muhtar (nşr. Dâru’l-Fikr), I-VI, Beyrut, 1412/1992, (*Reddü’l-Muhtar*).

İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064), el-Muhallâ bi’l-Âsâr (nşr. Dâru’l-Fikr), I-XII, Beyrut, t.y. (*el-Muhallâ*).

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî (ö. 620/1223), el-Muğnî, (nşr. Mektebetü'l-Kâhire), I-X, Kahire 1968, (*el-Muğnî*).

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-ma'ruf bi İbn Nüceym el-Mısrî (ö.970/1563), el-Bahrü'r-Râik şerhü Kenzi'd-Dekâik (nşr. Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî), I-VIII, 2. bs., tarih yok, (*el-Bahrü'r-Râik*).

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-ma'ruf bi İbn Nüceym el-Mısrî (ö.970/1563), el-Eşbah ve'n-Nezâir alâ Mezhebi Ebî Hanîfe (nşr. Dâru'l-Kütüb el-İlmiyye), Beyrut 1999, (*el-Eşbah ve'n-Nezâir*).

İbn Rüşd el-Hafid, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî (ö. 595/1198), Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid (nşr. Dâru'l-Hadîs), I-IV, Kahire 2004, (*Bidâyetü'l-Müctehid*).

İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid es-Sivâsî el-ma'ruf bi İbn Hümâm (ö. 861/1457), Fethu'l-Kadîr, (nşr. Dâru'l-Fikr), I-X, bs. yok, t.y., Beyrut, (*Fethu'l-Kadîr*).

İğci, Alpay, "Türkçede Kullanılan Dil Adlarının Yapısı", XI. Uluslararası Dünya Dili Türkçe Sempozyumu Bildiri Kitabı, Ed. Serkan Şen; Mediha Mangır, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Samsun 2019, s. 205-219.

İnalçık, Halil, "Cizye", DİA, C. VIII, İstanbul 1993, s. 45-48.

İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, C.1, İSAM Yayınları, İstanbul 2008.

İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, C. 13, İSAM Yayınları, İstanbul 2008.

İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3 Numaralı Sicil, C. 17, İSAM Yayınları, İstanbul 2008.

İstanbul Kadı Sicilleri, Balat Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, C. 41, İBB Kültür A.Ş. Yayınları, İstanbul 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri, Beşiktaş Mahkemesi 63 Numaralı Sicil, C. 48, İBB Kültür A.Ş. Yayınları, İstanbul 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri, Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil, C. 74, İBB Kültür A.Ş. Yayınları, İstanbul 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil, C. 85, İBB Kültür A.Ş. Yayınları, İstanbul 2019.

İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı Sicil, C. 90, İBB Kültür A.Ş. Yayınları, İstanbul 2019.

İsviçre hukuku mevzuatı için bakınız:
https://www.fedlex.admin.ch/en/home?news_period=last_day&news_pageNb=1&news_order=desc&news_itemsPerPage=10 (E.T. 12.1.2022).

İzgi, Özkan, Uygurların Siyasî ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1987.

Johns, C. H. W., Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters, Charles Scribner's Sons, New York 1904.

Kahraman, Abdullah, "Müdâyene Âyetinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", CÜİFD, cilt 4, 2000, s. 193-224, ("Müdâyene Âyeti").

Kahraman, Abdullah, “Takas”, DİA, C. XXXIX, İstanbul 2010, s. 451-453, (“*Takas*”).

Kahraman, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (*Borcun Dış Üstlenilmesi*).

Kallek, Cengiz, “İslâm’ın İlk Devirlerinde Devlet-Piyasa İlişkisi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul 1994, (“*İslâm’ın İlk Devirlerinde Devlet-Piyasa İlişkisi*”).

Kallek, Cengiz, “Sak”, DİA, C. XXXV, İstanbul 2008, (“*Sak*”), s. 584-586.

Kallek, Cengiz, “Süftece”, DİA, C. XXXVIII, İstanbul 2010, (“*Süftece*”), s. 19-21.

Kara, Yakup, “İslam Hukuku’nda Deyn’in Deyn Karşılığında Satımı”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 20, 2012, s. 389-415.

Karakoç, İrem, “Roma Özel Hukuku ile Osmanlı Özel Hukukundaki Gelişmeler Bağlamında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin Özellikleri”, I. Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Ed. Fethi Gedikli, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 63-116.

Karaman, Hayreddin, “Akid”, DİA, C. II, İstanbul 1989, s. 251-256, (“*Akid*”).

Karaman, Hayreddin, “Ayn”, DİA, C. IV, İstanbul 1991, s. 257-258, (“*Ayn*”).

Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, C.II, İstanbul 2013, (*Mukayeseli İslam Hukuku*).

Kararât ve Tavsiyât (1958-2019), 4. bs., Mecmau’l-Fıkh el-İslamî, 2020.

Karayaka, Hüseyin, “Akit Hürriyetinin Kur’ânî Dayanakları”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı 36, 2020, s. 227-253.

Kâsânî, Alâ’uddîn Ebûbekir b. Mes’ûd b. Ahmed el-Hanefî (ö.587/1191), Bedâ’i’u’s-Sanâ’i’ fi Tertîbi’ş-Şerâ’i’ (nşr. Dâru'l-Kutubi'l-’İlmiyye), I-VII, 1406/1986, (*Bedâ’i’u’s-Sanâ’i’*).

Kaşıkçı, Osman, İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV Yayınları, İstanbul 1997.

Kaya, Arslan, Gerekçeli Karşılaştırmalı-Notlu Türk Ticaret Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

Kaya, Eyyüp Said, “Türkiye Cumhuriyeti’nde Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, TALİD, Cilt: 12, Sayı: 24, 2014, s. 9-126.

Kaya, Eyyüp Said / Hacak, Hasan, “Zimmet” maddesi, DİA, C. XLIV, İstanbul 2013, s. 424-428.

Kelebek, Mustafa, İslam Borçlar Hukuku ve Ebu Yusuf’un Öncelikleri, Ensar Yayınları, İstanbul 2014.

Keskin, Berker, “Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri ve Söz Varlığı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Türk Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı, İstanbul 2020.

Koca, Ferhat, “Mendup”, DİA, C. XXIX, Ankara 2004, s. 128-130.

Kocaman, Arif B., “Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 01, Ankara 1994, s. 291-301, (*“Hukuki Nitelik”*).

Kocaman, Arif B., Türk Borçlar Hukukunda Havale, 2. bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2020, (*Havale*).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı), Borçlar Hukukuna Giriş: Hukukî İşlem, Sözleşme, 1. Cilt, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Koç, Nevzat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Vekalet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:7, Sayı 14, Güz 2008, s. 51-63.

Koç, Nevzat / Ulusoy, Erol / Akipek, Şebnem, Karşılaştırmalı Gerekçeli 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2012.

Koçak, Talat, “Geç Antik Çağ’da (Doğu Roma) Bizans Hukukunun Tarihi Seyri”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 21, Prof. Dr. Fuat Sezgin Özel Sayısı, 2019, s. 125-132.

Kroppenberg, Inge / Linder, Nikolaus, “Coding the Nation: Codification History from a (Post-) Global Perspective”, Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Ed: Duve, Thomas, Max Planck Institute for European Legal History, 2014.

Kudûrî, Ebû'l-Huseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî (ö. 428/1037), Muhtasaru'l-Kudûrî fi'l-Fıkhî'l-Hanefî (nşr. Kâmil Muhammed Muhammed ‘Uveyda), 1418/1997, (*el-Muhtasar*).

Kudûrî, Ebû'l-Huseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî (ö. 428/1037), *et-Tecrîd* (nşr. Muhammed Ahmed Serrâc, 'Alî Cum'a Muhammed), I-XII, Kâhire, 1427/2006, (*et-Tecrîd*).

Kurtoğlu, Serda, İslâm Hukuku Dersleri, C. II, Fatih Matbaası, İstanbul 1972.

Küçük, Eşref, XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C. 56, Sayı 4, Ankara 2007.

Law of Property Act 1925, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20> (E.T. 5.2.2022).

Mahmasânî, Subhî, *el-Evdâ'ut-Teşri'iyye fi'd-Düvel el-Arabiyye*, 2. bs., Dârü'l-İlm lil-Melâyîn, Beyrut 1962, (*el-Evdâ'ut-Teşri'iyye*).

Mahmasânî, Subhî, *Felsefetü't-Teşri' fi'l-İslam*, Mektebetü'l-Keşşâf ve Matbaatüha, Beyrut 1365/1946, (*Felsefetü't-Teşri'*).

Mahmasani, Subhi, "Transactions in the Shari'a", Ed. Majid Khadduri/Herbert J. Liebesny, *Law in the Middle East*, Vol. 1, The Middle East Institute, Washington D.C. 1955, s. 179-203, (*"Transactions"*).

Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Ebî Âmir el-Asbahî el-Yemenî (ö. 179/795), (Haz. Muhammed Mustafa A'zamî), *el-Muvatta'*, C. I-VIII, Müessesese Zâyed b. Sultân, Abu Dabi 2004.

Mardin, Ebul'ula, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, TDV Yayınları, Ankara 1996.

Merğînânî, Ebu'l-Hasan 'Alî b. Ebîbekir b. 'Abdulcelîl el-Ferğânî (ö.593/1197), el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî (nşr. Tallâl Yûsuf), I-IV, Dâru 'İhyâ'î't-Turâşî'l-'Arabî, Beyrût, (*el-Hidâye*).

Mevsilî, Ebu'l-Fadl 'Abdullâh b. Mahmûd el-Hanefî (ö.683/1284), el-İhtiyâr li Ta'lîlî'l-Muhtâr (nşr. Matba'atu'l-Halebî), I-V, Kahire 1356/1937, (*el-İhtiyâr*).

Miller, Ruth A., "The Ottoman And Islamic Substratum of Turkey's Swiss Civil Code", Journal of Islamic Studies, vol. 11, no. 3, 2000, s. 335-361.

Mommsen, Theodor, Roma Tarihi: Krallık Dönemi, Cilt I, (Çev. Mehmet Ali Erbak), Say Yayınları, İstanbul 2021.

Muhammed Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân ila Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân, 2. bs., Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Bulak 1308 (1891).

Muhammed Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân ila Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân, el-Mektebetü'l-Mısriyye, Kahire 1338 (1919/1920).

Mufti Muhammad Ibn Adam, Question no. 6139: "Credit Cards and Contracts Involving Three Parties", Darul Iftaa, Leicester-UK, 15.02.2005, <https://daruliftaa.com/business-trade/credit-cards-and-contracts-involving-three-parties/> (E.T. 12.12.2021).

Müncezû't-Tullâb, Dar el-Meşrik, Beyrut 1956.

Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 13. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Nesefî, Ebû'l-Berekât 'Abdullâh b. Ahmed b. Mahmûd Hâfizuddîn (ö.710/1310), Kenzu'd-Dekâ'ik (nşr. Sâ'id Bekdâş), 1432/2011, (*Kenzu'd-Dekâ'ik*).

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 16. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. I, 17. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. II, 14. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, OTAM Dergisi, sayı 29, Bahar 2011, s. 93-124.

Osmanlı Arşivinde Şeyhülislam Fetvaları, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, İstanbul 2015.

Oswald, Charles A., “A Comparative Historical, Legal and Policy Analysis of Informal and Formal Money Transfer Systems”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Saint Thomas University School of Law, Florida 2007.

Özakman, Cumhur, “Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü”, İÜHFM, C. XI, İstanbul 1975.

Özel, Ahmet, Hanefi Fıkıh Alimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları, 5. bs., TDV Yayınları, Ankara 2017.

Özyetgin, A. Melek, “Eski Türklerde Ödeme Araçları: Kâğıt Para Çav’ın Kullanımı”, Modern Türklük Araştırmaları Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2004, s. 90-105.

Passas, Nikos, “Hawala and Other Informal Value Transfer Systems: How to Regulate Them?”, Risk Management, vol. 5, 2003, s. 49-59.

Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, 14. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

Râfî, Abdulkerim b. Muhammed er-Râfî el-Kazvîni (ö. 623/1226), Fethu'l-aziz bi Şerhi'l-Veciz (nşr. Dâru'l-Fikr), X, Beyrut, t.y. (*Fethu'l-aziz*).

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 23. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2012.

Remlî, Şemsüddin Muhammed b. Ebî'l-Abbâs Ahmed b. Hamza Şehabeddin er-Remlî (ö. 1004/1596), Nihâyetü'l-muhtâc ila Şerhi'l-Minhâc (nşr. Dâru'l-Fikr), I-VIII, Beyrut 1984, (*Nihâyetü'l-muhtâc*).

Sabri Şakir / Fuad Hulusi, Borçlar Kanunu Şerhi: Akdin Muhtelif Nevileri, C. II, Yeni Matbaa, İstanbul 1926.

Sahillioğlu, Halil, “Bursa Kadı Sicillerinde İç ve Dış Ödemeler Aracı Olarak “Kitâbü'l-Kadı” ve “Süftece”ler”, Türkiye İktisat Tarihi Semineri (8-10 Haziran 1973), Ayrı Basım, Mars Matbaası, Ankara 1975, s. 103-144.

Saleem, Muhammad Yusuf, Islamic Commercial Law, John Wiley & Sons, Singapur 2013.

Savaş, Abdurrahman, “Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, Sayı: 1-2, Konya 2000, s. 583-613.

Schacht, Joseph, An Introduction to Islamic Law, Clarendon Press, Oxford 1982.

Schuster, Ernest J., “The Swiss Civil Code”, Journal of Comparative Legislation and International Law, Third Series, Vol. 5, No. 4, 1923, s. 216-226.

Schwarz, Andreas B., “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, İÜHFİM, C. 11, sayı 3-4, s. 180-202.

Scott, S. P., The Civil Law, vol. I, The Central Trust Company, Cincinnati 1932.

Semerkandî, Alâ'uddîn, Ebûbekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed (540/1146 civarı), Tuhfetu'l-Fukahâ' (nşr.), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrût 1414/1994, (*Tuhfetu'l-Fukahâ*).

Senhûrî, Abdürrezzak Ahmed es-Senhûrî, el-Vasît fi Şer' el-Kânûn el-Medenî el-Cedîd: Nazariyyetü'l-İltizâm bivechi'l-Âm, C. III, Beyrut, t.y. (*el-Vasît*).

Senhûrî, Abdürrezzak Ahmed es-Senhûrî, Mesâdirü'l-Hak fi'l-Fıkhî'l-İslâmî: Dirase Mukarene bi'l-Fıkhî'l-Garbî, C. I-VI, 2. bs., Beyrut 1998, (*Mesadirü'l-Hak*).

Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-eimme es-Serahsî (ö. 483/1090), el-Mebsût (nşr. Dâru'l-Ma'rife), I-XXX, Beyrut, 1414/1993, (*el-Mebsût*).

Seviğ, Vasfi Raşid, “Fıkıh ve Medeni Kanun”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, Sayı: 3, 1951, s. 210-235.

Seyyid Ahmed Efendi/Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî, Netîcetü'l-Fetâvâ (haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul 2014, (*Netîcetü'l-Fetâvâ*).

Somer, Pervin, “Roma Hukukunda Mahkûmiyet Kararına Rağmen Borcun İfa Edilmemesinin Borçlu Bakımından Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 1-3, 1994, s. 223-236.

Sonat, K. Ali, “Nakit Dışı Ödeme Usulleri Çerçevesinde Para Borcunun Banka Havalesi Yoluyla Ödenmesi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010.

Stearns, Peter N./ Adas, Michael/ Schwartz, Stuart B./ Gilbert, Marc Jason, World Civilizations- The Global Experience, Fourth Edition, Pearson Longman, New York 2004.

Şafîî, Muhammed b. İdris eş-Şafîî (ö. 204/820), er-Risâle (İslam Hukukunun Kaynakları), (Çeviren: Şener, Abdülkadir/Çalışkan, İbrahim), TDV Yayınları, 4. bs., Ankara 2010.

Şahin, Abdullah Musab, Mecelle'de Vefaen Satış Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, (*Vefaen Satış*).

Şahin, Muzaffer, "İslam Hukukunda Borcun Nakli (Havale)", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tefsir- Hadis Anabilim Dalı, 1991, (*Havale*).

Şebîr, Muhammed Osman, el-Muâmelâtü'l-Mâliyyetü'l-Muâsiratü: Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, 6. bs., Dâru'n-Nefâis, Amman 2007.

Şehhâte, Şefik, Muhâdarât fi'l-Kânun el-Medenî: Havâletü'l-Hak fi Kavânîn el-Bilâd el-Arabiyye, Ma'hed ed-Dirâsât el-Arabiyye el-Âliyye, Kahire 1954.

Şelebî, Muhammed Mustafa, el-Medhâl fi't-ta'rîf bi'l-fıkh el-İslâmî ve Kavâid el-Milkiyye ve'l-ukûd fihi, Dâru'l-Nahda el-Arabiyye, Beyrut 1985, (*el-Medhâl*).

Şeybânî, Ebû 'Abdullâh Muhammed b. el-Hasen (ö.189/805), el-Asl (nşr. Muhammed Boynukalın), I-XII, Dâru İbn Hazm, Beyrut 2012, (*el-Asl*).

Şeyh Bedreddîn, Et-Teshîl Şerhu Letâifi'l-İşârât, Tıpkıbasım, Ed: Hacı Yunus Apaydın, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara 2012.

Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziyye (haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul 2009.

Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behcetü'l-Fetâvâ (haz. Süleyman Kaya), Klasik Yayınları, İstanbul 2011.

Şîrâzî, Ebu İshâk İbrâhîm b. Alî b. Yusuf eş-Şîrâzî (ö. 476/1083), El-Mühezzeb fi Fıkhi'l-İmam eş-Şafî (nşr. Dârü'l-Kütüb el-İlmiyye), I-III, tarih yok, (*El-Mühezzeb*).

Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2005, (*Borçlar Hukuku*).

Tahiroğlu, Bülent, “Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet”, İÜHFİM, C. XLII, Sayı: 1-4, İstanbul 1976, s. 323-340, (“*Kefalet*”).

Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2009.

T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, “zimet”, <https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/Z> (E.T. 20.12.2020).

TDK Yazım Kılavuzu, <https://www.tdk.gov.tr/kategori/icerik/yazim-kurallari/> (E.T. 6.1.2022).

The Digest of Justinian, (Çev. Ed. Alan Watson), C. IV, gözden geçirilmiş yeni baskı, The University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1998, (“*TDJ, (A. Watson)*”).

Thompson, Edwina A., “An Introduction to the Concept and Origins of *Hawala*”, Journal of the History of International Law, 10, 2008.

Tosun, Mebrure / Yalvaç, Kadriye, Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, 2. bs., Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1989.

Tutkaoğlu, U., “Babil Hukukunda Awilum, Muşkēnum ve Wardum”, OANNES-Uluslararası Eskiçağ Tarihi Araştırmaları Dergisi, 2, 2020.

Türk, Ahmet, Hukuki Yönden Banka Havalesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr> (E.T. 28.4.2021).

Türk Hukuk Lûgatı, 3. bs., Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.

Türk Tarih Kurumu Tarih Çevirme Kılavuzu, <https://www.ttk.gov.tr/tarih-cevirme-kilavuzu/> (E.T. 6.5.2022).

Umur, Ziya, “Eski Hukuklar Arasında Roma Hukukunun Bazı Özellikleri”, Anadolu Araştırmaları, Sayı 12, s. 145-156.

Uygur, Turgut, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Uysal, Afra, “Mecelle’nin Arap Ülkelerindeki Yürürlüğü”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, Sayı: 1, İstanbul 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/69681/1111030> (E. T. 6.6.2022).

Üçer, Mehmet, “Roma Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, AÜHFD, C. LIV, Sayı: 3, Ankara 2005, s. 397-443.

Üçok, Coşkun, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, AÜHFD, Cilt 7, Sayı 1, Ankara 1950.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Özdemir, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Yargıtay Yayınları, Ankara 1987.

Weidner, Ernst, “Dünyanın En Eski Kanunnameleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)” (Çev. Hasan Sevimcan), AÜHFD, Cilt:7, Sayı:1, 1950, s. 379-383.

Yaran, Rahmi, “Halef”, DİA, C. XV, İstanbul 1997, s. 233-234.

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, 10. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Yavuz, Hulusi, “Cerîde-i Mehâkim”, DİA, C. VII, İstanbul 1993, s. 408-409.

Yıldırım, Mustafa, “Vedîa”, DİA, C. XLII, İstanbul 2012, s. 596-598.

Yıldız, Kemal / Nacar, Tayyip, Mir’ât-ı Mecelle’de Belirtilen Mecelle Kaynakları, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 20, 2012.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

Zeydan, Abdülkerim, el-Kefâle ve’l-Havâle fi’l-Fıkh el-Mukârin, Camiatü Bağdâd, Bağdat 1975.

Zeyla’î, Osmân b. Alî b. Mehcen el-Bârî’î Fahrüddîn el-Hanefî (ö.743/1342), Tebyînu’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d-Dakâik ve Hâşiyeti’ş-Şelebî (nşr. el-Matbaatu’l-Kubre’l-Emîriyye), Bulâk, Kâhire 1313H. (1895/1896), (*Tebyînu’l-Hakâik*).

Zühaylî, Vehbe ez-Zühaylî, el-Fıkhü’l-İslâmî ve Edilletuhu, I-VIII, 2. bs., Dâru’l-Fikr, Dimeşk 1985.



EKLER

İslam hukuku ve Mecelle’de havale akdinin dayandığı hukuk metnlerinin ek olarak çalışmamıza ilave edilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle Mecelle’nin havale kitabının kanun metni, bu konuda temel kaynak kabul edilen *Düstur*’dan latin harflerine çevrilerek Ek. 1’de verilmiştir. Ayrıca çevrilen bu kısım, Mecelle’nin diğer Türkçe latinizasyon örneklerinden kontrol edilmiş ve söz konusu metinlerdeki bazı ufak çeviri hataları düzeltilmiştir.

İkinci olarak da Mecelle ile aynı dönemin ürünü olan ve XIX. yüzyılda *Muhammed Kadri Paşa* tarafından Mısır’da yürürlüğe girmesi amacıyla, Hanefi mezhebinin muamelat hükümlerinin kanun formunda derlendiği, ancak resmi olarak yürürlüğe girmeyen, *Mürşidü’l-Hayrân*’ın havale hükümleri Türkçe’ye tercüme edilmiştir. Ek. 2 başlığı altında verilen tercümede, *Mürşidü’l-Hayrân*’ın Bulak’ta yapılan ilk baskısının havale kitabı esas alınmıştır. Bu metin, Türkçe literatürde ilk defa çevrilmiştir. Söz konusu çevirinin de tezimiz kapsamında yayımlanmasının havale konusunda literatüre katkı sağlayacağı umulmaktadır.

Ek. 1: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Kitâbü'l-Havâle'sinin Latinize Edilmesi

Kitâb-ı Râbi'

Kitâbü'l-Havâle¹¹⁵⁷

(Havale hakkında olup bir mukaddime ile iki bâbı hâvidir)

Mukaddime

(Havaleye dair olan ıstılâhât-ı fikhıyye beyanındadır)

Madde 673- Havale, deyni bir zimmetten diğerk zimmete nakletmektir.

Madde 674- Muhîl, havale eden kimse ki medyundur.

Madde 675- Muhâlün leh, dâin olan kimsedir.

Madde 676- Muhâlün aleyh, kendi üzerine havaleyi kabul eden kimsedir.

Madde 677- Muhâlün bih, havale olunan maldır.

Madde 678- Havale-i mukayyede, muhîlin muhâlün aleyh zimmetinde yahut yedinde olan malından vermek üzere diye mukayyet olan havaledir.

¹¹⁵⁷ Düstur, C. I, s. 122-126; Ahmed Akgündüz, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 2. bs., Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2017, s. 189-193; Ali Himmet Berki, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 3. bs., Hikmet Yayınları, İstanbul 1982, s. 128-133.

Madde 679- Havale-i mutlaka, muhîlin muhâlün aleyhte olan malından vermek üzere diye mukayyet olmayan havaledir.

Bâb-ı Evvel

(Akd-i havale beyanında olup iki fasla münkasımdır)

Fasl-ı Evvel

(Rükn-i havale beyanıdır)

Madde 680- Muhîl, kendi dâinine seni filanın üzerine havale ettim deyip onlar dahi kabul ettiklerinde havale mün'akit olur.

Madde 681- Yalnız muhâlün leh ile muhâlün aleyh beyninde akd-i havale olunabilir.

Meselâ, bir kimse birine benim filanda olan şu kadar kuruş alacağımı havâleten sen üzerine al deyip o dahi kabul ettim dese yahut filanda olan şu kadar kuruş alacağımı benim üzerime havâleten kabul et deyip o dahi etse havale sahih olur, hatta muhâlün aleyh sonra nâdim olsa nedâmeti fayda vermez.

Madde 682- Yalnız muhîl ile muhâlün leh beyninde icra olunan havale muhâlün aleyhe lede'l-ilâm kabul ettikde sahih ve tamam olur.

Meselâ, bir kimse dâinini âhar diyarda olan birinin üzerine havale edip dâin dahi kabul ettikten sonra muhâlün aleyhe lede'l-ilâm o dahi kabul ettiği gibi havale tamam olur.

Madde 683- Yalnız muhîl ile muhâlün aleyh beyninde icra olunan havale muhâlün lehin kabulüne mevkufen mün'akit olur.

Meselâ, bir kimse birine benim filana olan deynimi havâleten sen üzerine al deyip o dahi kabul etse mevkufen mün'akid olup muhâlün leh kabul ettikde havale nâfiz olur.

Fasl-ı Sâni

(Şerâ'it-i havâle beyanındadır)

Madde 684- İn'ikâd-ı havalede muhil ile muhâlün lehin âkil ve muhâlün aleyhin âkil bâliğ olması şarttır.

Binaenaleyh sabî-i gayri mümeyyizin birine borç havale etmesi ve birinden havale alması bâtil olduğu gibi sabî gerek mümeyyiz olsun ve gerek gayri mümeyyiz olsun ve gerek me'zun ve gerek mahcur olsun birinden kendi üzerine havale kabul etmesi bâtildir.

Madde 685- Havalenin nefâzında muhil ile muhâlün lehin bâliğ olması şarttır.

Binaenaleyh sabî-i mümeyyizin havalesi ve havale alması velisinin icazetine mevkufen mün'akid olur ve velisi icazet verdikde nâfiz olur.

Şu kadar ki havale aldığı surette velisi izin verse dahi muhâlün aleyhin muhîlden daha melî yani ganî olması şarttır.

Madde 686- Muhâlün aleyhin muhîle medyun olması şart olmayıp muhîlin¹¹⁵⁸ onda alacağı olmasa da havalesi sahih olur.

¹¹⁵⁸ *Akgündüz*'ün eserinde burada geçen "muhîlin" ifadesi hataen "muhâlin" olarak okunmuştur. Bkz: *Akgündüz*, s. 191. Metnin orijinali için Bkz: *Düstur*, C. I, s. 123.

Madde 687- Her deyn ki ona kefalet sahih olmaya, havalesi dahi sahih olmaz.

Madde 688- Her deyn ki ona kefalet sahih ola, havalesi dahi sahih olur. Fakat muhâlün bihin malum olması lazımdır.

Binaenaleyh deyn-i meçhulün havalesi sahih olmaz.

Meselâ, filanda sabit olacak alacağını havâleten kabul ettim dese havale sahih olmaz.

Madde 689- Asaleten zimmete müterettib olan duyûn-ı sahihanın havalesi sahih olduğu gibi cihet-i kefalet ve havaleden dolayı zimmete müterettib olan deynin havalesi dahi sahih olur.

Bâb-ı Sâni

(Ahkâm-ı havale beyanındadır)

Madde 690- Havalenin hükmü budur ki muhil borcundan ve kefilî var ise kefaletten beri olur.

Ve muhâlün aleyhten ol borcu mutâlebe etmek hakkı muhâlun lehe sabit olur.

Ve mürtehin birini râhin üzerine havale ettikde artık rehni hapis ve tevkife salâhiyeti kalmaz.

Madde 691- Muhîl mutlak olarak havale ettikde eğer muhâlün aleyhte alacağı yoksa ba‘de‘l-edâ muhâlün aleyh muhîle rücu eder.

Ve eğer alacağı var ise ba‘de‘l-edâ deyniyle takas olur.

Madde 692- Havale-i mukayyede muhîlin muhâlün bihden dolayı hakk-ı mutâlebesi münkâtı olur. Ve muhâlün aleyh artık onu muhîle veremez.

Ve verse dâmin olur. Ve ba‘de‘d-damân muhîle rücu eder.

Ve kable‘l-edâ muhil duyûnu terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa sair dâinleri muhâlün bihe müdahale edemezler.

Madde 693- Bâyi‘in müşteri zimmetinde semen-i mebi‘ olan alacağından verilmek üzere deyu mukayyet olan havalede mebi‘ kable‘t-teslim helâk olup da semen sakıt olsa yahut mebi‘ hıyâr-ı şart¹¹⁵⁹ ya hıyâr-ı rüyet veya hıyâr-ı ayb ile reddolunsa veyahut ikale-i bey‘ edilse havale bâtil olmaz ve muhâlün aleyh ba‘de‘l-edâ muhîle rücu eder. Yani verdiği muhilden alır. Ammâ müstahik çıkıp da mebi‘ zabt olunmakla muhâlün aleyhin ol deynden berî idüğü tebeyyün etse havale bâtil olur.

Madde 694- Muhîlin muhâlün aleyh yedinde emanet olan meblağından verilmek üzere deyu mukayyet olan havalede müstahik çıkıp da ol mal zabt olunsa havale bâtil olur ve borç muhîle avdet eder.

Madde 695- Muhîl muhâlün aleyh yedindeki meblağından verilmek üzere deyu mukayyet olan havalede ol meblağ telef olduğu surette eğer mazmun değil ise havale bâtil olur ve borç muhîle avdet eder. Ve eğer mazmun ise havale bâtil olmaz.

Meselâ, biri bir kimsenin yedindeki emanet akçesinden vermek üzere dâinini ol kimsenin üzerine havale ettikde kable‘l-ahz ol akçe bilâ-te‘addin telef olsa havale bâtil olur ve dâinin alacağı muhîle avdet eder.

¹¹⁵⁹ *Akgündüz*’ün eserinde maddenin orijinalinde geçen “hıyâr-ı şart” ifadesi eksiktir. Maddenin orijinalinde ise burada sırasıyla “hıyâr-ı şart”, “hıyâr-ı rüyet” ve “hıyâr-ı ayb” ifadeleri geçmektedir. Bkz: *Düstur*, C. I, s. 124; *Akgündüz*, s. 191.

Ammâ ol akçe mâl-ı mağsup olsa yahut emanet olup da ol kimsenin itlâfiyla ödemesi lâzım gelse havale bâtil olmaz.

Madde 696- Bir kimse kendisinin bir muayyen malını satıp da semeninden eda etmek üzere dâinini birinin üzerine havale ve o dahi ol şartla havaleyi kabul etse sahih olur. Ve muhâlün aleyh ol malı satıp da semeninden deyni eda etmek üzere icbar olunur.

Madde 697- Havâle-i mübhemedede yani muhâlün bihin ta'cil ve te'cili beyan olunmayan havalede deyn eğer muhil üzerine muaccel ise havale-i muaccele olup muhâlün aleyhin onu hemen tediyesi lazım gelir ve eğer deyn müeccel ise havale-i müeccele olup vadesi hulûlünde edası lazım olur.

Madde 698- Muhâlün aleyh deyni eda etmeden muhîle rücu edemez.

Ve rücu edecek oldukda muhâlün bih ile rücu eder.

Yani ne cins akçe havale olunmuş ise muhilden onu alır.

Yoksa müeddâ ile rücu edemez.

Meselâ, gümüş akçe havale olunup da altın verse muhilden gümüş akçe alıp altın mutâlebe edemez.

Kezalik başka emvâl ve eşyâ ile tediye etse havâle olunan akçeyi alır.

Madde 699- Muhâlün bihin edâsıyla ya diğer birinin üzerine havalesiyle yahut muhâlün lehin muhâlün aleyhi ibrasıyla muhâlün aleyh deynden berî olduğu gibi muhâlün leh muhâlün bihi hibe yahut tasadduk edip de muhâlün aleyh dahi kabul etse kezalik deynden berî olur.

Madde 700- Muhâlün leh fevt olup da muhâlün aleyh ona vâris olsa havalenin hükmü kalmaz.



Ek. 2: Mürşidü'l-Hayrân'ın Kitâbü'l-Havâle'sinin Türkçe Tercümesi

Kitâbu'l-Havâle Tercümesi (Bulak baskısı¹¹⁶⁰)

Madde 766- Havale, borcun ve mutalebenin muhilin zimmetinden, muhtalün aleyhin zimmetine naklidir.

Madde 767- Havale, mutlak ve mukayyet olmak üzere iki kısımdır.

Madde 768- Havale-i mutlaka, borçlunun alacaklısını borcu konusunda bir başkasına, muhtalün aleyhin zimmetinde olan muhilin bir alacağından ya da elinde vedia ya da gasp edilmiş olarak bulundurduğu ona ait bir aynından verilmek üzere kayıtlı olmayan bir şekilde veyahut kendisinde herhangi bir alacağı olmayan ya da elinde ona ait bir şey bulundurmayan bir kimse üzerine havale etmesidir.

Madde 769- Havale-i mukayyede, borçlunun alacaklısını, muhtalün aleyhin zimmetindeki bir alacağından ya da elinde vedia veya gasp edilmiş olarak bulundurduğu bir malından verilmek kaydıyla onun üzerine havale etmesidir.

El-Faslu'l-Evvel (Birinci Fasl)

(Havale akdinin sıhhat ve nefaz şartları hakkındadır)

Madde 770- Havale akdinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, muhil ve muhtalin âkil olmaları ve muhtalün aleyhin âkil ve bâliğ olması şarttır. Mecnunun ve gayri mümeyyiz küçüğün havalesi geçerli olmadığı gibi, onların bir borcu kendi üzerlerine

¹¹⁶⁰ Kadri Paşa'nın *Mürşidü'l-Hayrân* adlı kanun taslağı çalışmasının birden çok baskısı vardır. Çevirimize esas olan Arapça metin, taslağın ilk baskısı olan Bulak baskısının ikinci basımıdır. Bkz: Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayrân* ila Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân, 2. bs., Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Bulak 1308 (1891).

havale kabul etmesi ve ihtiyâli de geçerli değildir. Muhtalün aleyh olan küçüğün, mümeyyiz veya ticaret için me'zun kılınmış olması durumunda dahi sonuç değişmez.

Madde 771- Havalenin nefazı için muhilin ve muhtalin bâliğ olması şarttır. Mümeyyiz küçüğün havalesi nafiz olmamakla birlikte veli veya vasisinin icazetine bağlı olarak kurulur. Veli veya vasisi icazet verirse havale nafiz olur, vermezse olmaz. Ve onun (muhtalün leh olarak) havaleyi kabul etmesi, muhtalün aleyhin muhilden daha zengin olması şartıyla veli veya vasisinin izni ile nafiz olur.

Madde 772- Havalenin sıhhati için bütün tarafların yani muhilin, muhtalin ve muhtalün aleyhin rızası şarttır. Havale yapıldığı sırada muhtalün aleyhin huzuru şart değildir. Bilakis muhtalün aleyh eğer başka bir belde ve gaib iken onun üzerine havale yapılmış ise, kendisine ulaştığında havaleyi kabul eder de reddetmez ise havale geçerli olur. Ve muhtale karşı havaleye konu olan borcu iltizam eder. Ve eğer havaleyi kabul edip rıza göstermezse borç onun zimmetine nakledilmez. Dolayısıyla bu borçla sorumlu olmaz ve muhtalin onu mutalebe etme hakkı olmaz.

Ancak bir durumda muhtalün aleyhin rızasının bulunması şart değildir. Bu ise muhtalün aleyhin zevcesinin nafakası için istidâne yoluna başvurarak hakim emriyle onun üzerine havale etmesidir. Bu durumda onun rızası olmadan havale gerçekleşmiş olur ve muhtale karşı borç ile sorumlu hale gelir.

Madde 773- Havalenin geçerli olabilmesi için muhilin muhtalin borçlus olması şarttır. Aksi durumda havale değil vekalet söz konusudur. Bununla birlikte muhtalün aleyhin muhilin borçlus olması ise şart değildir. Muhtalün aleyh muhile borçlu olmasa bile, eğer rıza gösterirse havale geçerli olur ve muhtale karşı borcu iltizam eder.

El-Faslü's-Sani (İkinci Fasıl)

(Havalesi caiz olan borçlar hakkındadır)

Madde 774- Kefaleti geçerli olmayan her borcun havalesi de geçerli değildir.

Madde 775- Malum olmak şartı ile kefaleti geçerli olan her borcun havalesi de geçerlidir. Meçhul olan borçların havalesi ise geçerli değildir. Muhtalün aleyhe havale edilen borç, muhil üzerine gelecekte sabit olacak bir borç olsa da havale batıldır.

Madde 776- Asaleten zimmette sabit olan borçların havalesi geçerli olduğu gibi, kefaleten veya havaleten zimmette sabit olan borçların havalesi de geçerlidir.

El-Faslü's-Salis (Üçüncü Fasl)

(Havalenin hükümleri hakkındadır)

Madde 777- Muhtal havaleyi kabul ederse ve muhtalün aleyh de rıza gösterirse, muhil ve varsa kefil borçtan ve mutalebesinden beri olur. Ve muhtalün aleyhi mutalebe hakkı muhtal için sabit olur. Ancak muhilin ve varsa kefilinin borçtan kurtulması muhtalin hakkının selameti şartına bağlıdır.

Madde 778- Mutlak havalede muhilin muhtalün aleyhte alacağı ya da emaneten veya gasp edilmiş olarak elinde bulundurduğu malı varsa, bunu mutalebe hakkı düşmez. Bu surette söz konusu borçlar havaleden sonra da kendisinden talep edilebilir. Muhtalün aleyh muhtale ödenmesi gereken muhalün bihi ifa ederse, bu durumda kısasen ödediği oranda muhilin kendisindeki alacağı düşer. Muhtalün aleyhin muhile herhangi bir borcunun olmaması durumunda, havale borcunu muhilin emri üzerine ödemişse ödediği miktardaki muhalün bihi muhile rücu edebilir. Muhtalün aleyhin havale borcunu muhilin emri olmaksızın ödemesi durumunda ise bu gönüllü bir ödemedir ve ödenen miktar muhile rücu edilemez.

Madde 779- Havale, muhilin muhtalün aleyhin elinde emanet veya gasp edilmiş olarak bulunan bir malından ya da muhilin ondaki bir alacağından ödenmek üzere kayıtlandırılmış ise, muhilin muhtalün aleyhteki söz konusu alacağına ilişkin mutalebe

hakkı yoktur. Muhtalün aleyh bu borcu muhile ödeyemez. Eğer muhtalün aleyh söz konusu borcu muhile öderse, bunu muhtale tazmin etmek zorundadır. Ve bu borç ile muhile rücu hakkına sahip olur.

Madde 780- Mürtehin kendi alacaklısını rahin üzerine havale ederse, rehin verilen mal üzerindeki hapis hakkı düşer ve söz konusu mal muhalün leh için rehin olmaz. Bunun gibi satıcının kendi alacaklısını semen ile müşterinin üzerine havale ederse, satılan mal üzerindeki hapis hakkı düşer. Fakat rahin mürtehini borcu için başkası üzerine havale ederse veya müşteri satıcıyı semen için başkasına havale ederse, mürtehinin rehni hapis hakkı ve satıcının satılan malı hapis hakkı düşmez.

Madde 781- Borçlu alacaklısını başkası üzerine, muhtalün aleyhin muhilin mülkü olan bir evi satması ve muhalün bihi semeninden ödemesi şartıyla havale ederse ve muhtalün aleyh de havaleyi bu şart ile kabul etmişse, muhilin muhtalün aleyhe verdiği satış emri nedeniyle havale geçerli olur. Muhtalün aleyh satıştan önce muhalün bihi ödemeye zorlanamaz ancak satışa ve muhalün bihi semenden ödemeye zorlanabilir.

Madde 782- Borç muhtalün aleyhe muhilin üzerine iken taşıdığı sıfatlar ile birlikte nakledilir.

Borç muhil üzerine muaccel ise, bunun muhtalün aleyhe havalesi de muaccel olur. Ve muhtalün aleyh muhalün bihi muaccel olarak öder.

Eğer borç muhilin üzerine müeccel ise, bunun muhtalün aleyhe havalesi de müeccel olur. Ve vadenin sona ermesinden önce ödenmek zorunda değildir. Eğer muhil ölürse vade devam eder. Ancak muhtalün aleyh ölürse borç muaccel olur ve terekesinden ödenir. Borcun tamamı ya da bir kısmı terekeden karşılanamazsa, vadenin sona ermesi ile birlikte muhtal borcun tamamı veya kalan kısmı için muhile rücu edebilir.

El-Faslü'r-Râbi' (Dördüncü Fasl)

(Havalenin butlanını gerektiren ve gerektirmeyen haller hakkındadır)

Madde 783- Havalede muhalün leh için rücu muhayyerliği kabul edilmedikçe veya havale muhalün bihin helak olması sebebiyle sona ermedikçe muhalün leh borç ile muhile rücu edemez. Mutlak havalede muhalün bihin helaki şu iki durumdan birinin gerçekleşmesi ile olur. Birincisi, muhalün aleyhin havaleyi inkâr etmesi ve muhil veya muhalün lehin aksini ispat edememeleridir. İkincisi ise muhalün aleyhin müflis olarak ölmesi ve geride muhalün bihi ödemeye yetecek bir mal veya alacak ya da borcun tamamı için kefil bırakmaması durumudur. Geride bir alacak bırakması durumunda, müflis olarak ölmüş olsa bile havale batıl olmaz.

Madde 784- Havale borcunun muhalün aleyhten alınamaması veya hakim kararı ile olsa dahi muhalün aleyhin iflası, havalenin butlanını ve borcun muhile dönmesini gerektirmez.

Madde 785- Mukayyet havalede havaleden önce doğan bir sebep yüzünden havalenin kayıtlandırıldığı borcun düşmesi ve muhalün aleyhin bu borçtan beri olduğunun ortaya çıkması durumunda havale batıl olur. Satıcının alacaklısını semenden ödemek üzere müşterisinin üzerine havale etmesi durumunda satılan mal başka bir kişi tarafından istihkak edilirse havale batıl olur ve borç muhile döner.

Madde 786- Mukayyet havalede havaleden sonra ortaya çıkan bir sebep yüzünden havalenin kayıtlandırıldığı borç batıl olması, asilin bu borçtan beri olduğunu göstermez ve bu durumda havale batıl olmaz.

Satıcı alacaklısını semenden ödemek üzere müşterisinin üzerine havale ederse ve satılan mal müşteriye teslim edilmeden önce satıcının elinde helak olup semen borcu düşerse veya satılan mal ayıp muhayyerliği veya başka bir muhayyerlik sebebiyle iade edilirse havale batıl olmaz. Muhalün aleyh havale borcunu ödedikten sonra ödediği miktarla muhile rücu hakkına sahip olur.

Madde 787- Borçlunun alacaklısını elinde bulundurduğu emanet maldan verme kaydıyla mudi' üzerine havale ettiği bir mukayyet havalede, muhalün lehe eda etmeden önce emanet mal mudi'nin kusuru olmaksızın telef olursa, mudi' borçtan beri olur ve havale batıl olur. Havalenin butlanı ile birlikte de borç muhile geri döner.

Emanet malın başkası tarafından istihkak edilmesi durumu da helakinde olduğu gibi havaleyi batıl kılar.

Ancak emanet malın mudi'nin kusuru veya ihmali sonucunda helak olması durumunda havale batıl olmaz. Bu durumda mudi'nin vedia kıyemiyattansa kıymetini misliyyattansa mislini muhalün lehe tazmin etmesi gerekir.

Madde 788- Borçlunun alacaklısını borcu ile elinde gasp edilmiş bir malını bulunduran muhalün aleyhin üzerine mukayyet havale ile havale etmesi durumunda gasp edilen mal havale borcunu muhalün lehe ödemediği önce gasp eden muhalün aleyhin elinde telef olsa havale batıl olmaz ve muhalün aleyh borçtan kurtulmaz. Muhalün aleyhin malın kıymetini veya mislini muhalün lehe tazmin etmesi gerekir.

Gasp edilen mal başkası tarafından istihkak edilirse havale batıl olur ve muhalün leh alacak hakkı ile muhile döner.

Madde 789- Bütün hallerde ve semeninden ödenmek üzere havale edilen satılan malın istihkak edilmesi ile borcun muhile dönmesi durumunda, muhalün aleyh semeni öderse rücu muhayyerliği vardır. İsterse kabzedenden muhalün lehe rücu eder. İsterse de muhile rücu eder.

El-Faslü'l-Hâmis (Beşinci Fasıl)

(Akdeden taraflardan birinin ölümünden sonra havalenin hükmü hakkındadır)

Madde 790- Mutlak veya mukayyet olması fark etmeksizin havale akdi, nakil ve tahvil mahiyeti taşır, fakat temlik mahiyeti taşımaz.

Bu nedenle muhalün aleyh borcun tamamını muhalün lehe ödemediği muhıl borçlu bir şekilde ölürse, muhalün lehine muhıl hayatta iken muhalün aleyhten kabzettiği kısım kendisinin, kabzettiği kısım ise muhılın bütün alacaklılarına aittir.

Ve borç muhılın alacaklıları arasında paylaşılırsa, muhalün leh diğer alacaklıların aldığı pay ile muhalün aleyhe rücu edemez.

Madde 791- Muhıl başka alacaklısı olmaksızın mirasçı bırakarak ölürse ve ölümü muhalün aleyh muhalün lehe havale borcunu ifa etmeden önce olursa, borca dair mutalebe muhılın muhalün leh dışındaki mirasçılara yöneltilir. Borç terekeye dahil edilir. Böylelikle muhalün leh terekeyi takip eder.

Madde 792- Muhalün aleyh borçlu bir şekilde ölürse geride kalan malı alacaklıları ve muhalün leh arasında hisseleri oranında paylaşılır. Bu paylaşımın sonrasındaki kalan kısım için muhalün leh muhile rücu eder.

Madde 793- Muhalün leh ölürse ve muhalün aleyh ona mirasçı olursa muhılın muhalün aleyhte olan alacağı batıl olur. Muhalün lehine havale konusunu muhalün aleyhe hibe etmesi durumunda da hüküm aynıdır.

El-Faslü's-Sâdis (Altıncı Fasl)

(Muhılın aleyhin borcunun sona ermesi hakkındadır)

Madde 794- Muhalün aleyh muhalün leh olan borcu ödemekle veya muhalün lehine bu borcu başka birisi üzerine havale etmesi ve bu başka kişinin de havaleyi kabul etmesi ile havale borcundan kurtulur.

Madde 795- Muhalün leh muhalün aleyhi ibra ederse borç düşer ve muhalün aleyh kabul etmese dahi bu borçtan kurtulur. Nitekim muhile borçlu olmasa, ona herhangi bir şey ile rücu edilemeyecekti.

Madde 796- Muhalün leh borcu muhalün aleyhe hibe ederse ve muhalün aleyh de hibeyi kabul ederse borca malik olur. Bu durumda muhalün aleyh muhile borçlu ise borcu muhalün bih oranında düşer, muhile borçlu değilse de muhalün bihi talep hakkı kendisinin ve varislerinin olur.

Madde 797- Muhalün lehin muhili borçtan ibra etmesi veya borcu muhile hibe etmesi sahih olmaz.

Madde 798- Mukriz (karz veren) için menfaat şartı olmaksızın yapılan süftece caizdir. Örfen veya şart olarak menfaat içermesi durumunda ise tahrimen mekruh olur.