



T. C.

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**İSLAM HUKUKU İLE MUKAYESELİ OLARAK
AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLE AKDİ**

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN

PROF. DR. AHMET YAMAN

HAZIRLAYAN

ARSALAH ZAFARI

KONYA – 2024



Sosyal Bilimler Enstitüsü
DOKTOR TEZ KABUL FORMU



Öğrencinin	Adı Soyadı	Arsalah ZAFARI
	Numarası	19810601041
	Ana Bilim / Bilim Dalı	TEMEL İSLAM BİLİMLERİ/ İSLAM HUKUKU
	Programı	Doktora
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Ahmet YAMAN
	Tezin Adı	İSLAM HUKUKU İLE MUKAYESELİ OLARAK AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLE AKDİ

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan “İSLAM HUKUKU İLE MUKAYESELİ OLARAK AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLE AKDİ” başlıklı bu çalışma 18.10.2024 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Sıra No	Danışman ve Üyeler		
	Unvanı	Adı ve Soyadı	İmza
1	Prof. Dr.	Ahmet YAMAN	
2	Doç. Dr.	İsmail BİLGİLİ	
3	Doç. Dr.	Mehterhan FURKANİ	
4	Doç.Dr	İlyas KAPLAN	
5	Dr. Öğr. Üyesi	Cemal KALKAN	



Sosyal Bilimler Enstitüsü
Bilimsel Etik Sayfası



Öğrencinin	Adı Soyadı	Arsalah ZAFARI		
	Numarası	19810601041		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	TEMEL İSLAM BİLİMLERİ/ İSLAM HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans		
		Doktora	X	
Tezin Adı	İSLAM HUKUKU İLE MUKAYESELİ OLARAK AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLE AKDİ			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin Adı Soyadı
İmzası
ARSALAH ZAFARI



ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Arsalah ZAFARI		
	Numarası	19810601041		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	TEMEL İSLAM BİLİMLERİ/ İSLAM HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans		
		Doktora	X	
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Ahmet YAMAN		
Tezin Adı	İSLAM HUKUKU İLE MUKAYESELİ OLARAK AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLE AKDİ			

Bu çalışma, İslâm ve Afgan borçlar hukukunda borcun bir başkası üzerine naklini sağlayan havâle sözleşmesini konu edinmektedir. Bu bağlamda, öncelikle Hanefî mezhebi özelinde havâle sözleşmesinin üzerine binâ edildiği teorik altyapı incelenmiş, sözleşmenin genel özellikleri, kuruluşu, sona ermesi, hüküm ve sonuçları günümüz hukuk sistematigi kullanılarak aktarılmıştır.

Çalışmamızda birçok klasik fıkıh eseri yanında modern dönemde yazılmış eserlerden de istifade ettik. Bununla birlikte Afgan Medenî Kanunu ve onun şerhlerinden yararlandık. Ayrıca Afgan ve Mısır Medenî Kanunu arasında pek çok benzerlik olduğu için Mısır Medenî Kanunu'nun önemli şerhi olan Senhûrî'nin el-Vasît isimli eserinden de faydalandık.

Yapılan çalışma sonucunda İslâm hukukunda borcun naklini sağlayan havâle sözleşmesinin tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde tesis edildiği ve Afgan borçlar hukukunda uygulamasının çok büyük ölçüde bu bütüne uygun ve riâyetkâr olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar kelimeler: Havâle, borcun nakli, İslâm hukuku, Afgan borçlar hukuku.



Author's	Name and Surname	Arsalah ZAFARI		
	Student Number	19810601041		
	Department	BASIC ISLAMIC SCIENCES/ ISLAMIC LAW		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)		
		Doctoral Degree (Ph.D.)	X	
	Supervisor	Prof. Dr. Ahmet YAMAN		
Title of the Thesis/Dissertation	LOAN TRANSFERENCE CONTRACT IN ISLAM LAW AND AFGHAN LAW “ A COMPARATY STADY”			

This study deals with the taransference contract, which provides for the transfer of debt to another person in Islamic and Afghan law of obligations. In this context, first of all, the theoretical infrastructure on which the taransference contract is based has been examined, and the general characteristics of the contract, its establishment, termination, provisions and results have been conveyed using today's legal system.

In our study, we benefited from many classical works of fiqh as well as works written in the modern period. In addition, we benefited from the Afghan Civil Code and its annotations. In addition, since there are many similarities between the Afghan and Egyptian Civil Code, we also benefited from Senhûrî's al-Wasât, which is an important commentary on the Egyptian Civil Code.

As a result of the study, it has been concluded that the taransference contract, which provides for the transfer of debt in Islamic law, is established in a way that forms a coherent whole, and its application in the Afghan law of obligations is largely in accordance with this whole and is compliant.

Keywords: Islamic law, Afghan law, taransference, transfer of debt. .

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	v
ÖNSÖZ.....	vi
GİRİŞ	vii
I. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE SINIRLANDIRILMASI	vii
II. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ	vii
III. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ	viii
IV. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI	ix
BİRİNCİ BÖLÜM	1
HAVÂLE AKDİNİN TANIMI VE MAHİYETİ.....	1
I. HAVÂLENİN TANIMI VE MAHİYETİ	1
A. İslam Hukukunda Havâlenin Mahiyeti.....	2
1. Hanefî Hukukçulara Göre.....	2
2. Malikî Hukukçulara Göre.....	6
3. Şafîî Hukukçulara Göre	7
4. Hanbelî Hukukçulara Göre.....	9
B. AFGAN BORÇLAR HUKUKU'NDA HAVÂLENİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ	13
1. Tanımı	13
2. Hukukî Niteliği.....	13
II. HAVÂLENİN BENZER KAVRAMLARA İLİŞKİSİ	14
A. Borcun Havâlesi ve Hakkın Havâlesi	14
B. Borcun Havâlesi ve Tecdîd.....	15
C. Borcun Havâlesi ve el-Înâbe fi'l-vefâ	15
D. Borcun Havâlesi ve Kefâlet.....	16
E. Havâle ve İştirât li-maslahat'l-gayr.....	16
III. HAVÂLENİN TARİHÎ GELİŞİMİ	16
IV. HAVÂLENİN MEŞRÛİYETİ VE HÜKMÜ.....	20
A. Havâlenin Meşrûiyeti	20
B. Havâlenin Muhâlün Leh Tarafından Kabul Edilmemesinin Hükümü.....	22

V.	HAVÂLENİN UNSUNLARI	23
VI.	HAVÂLENİN KURULMASI.....	24
A.	Üçlü Anlaşma ile Kurulması.....	24
B.	Muhâlün Leh ve Muhâlün Aleyhin Anlaşması ile Kurulması	25
C.	Muhîl ve Muhâlün Aleyhin Anlaşması ile Kurulması	27
D.	Muhâlün Leh ve Muhîlin Anlaşması ile Kurulması	30
VII.	HAVÂLENİN ÇEŞİTLERİ	32
A.	İslam Borçlar Hukukunda Havâlenin Çeşitleri.....	32
1.	Mutlak Havâle	32
2.	Mukayyed Havâle.....	33
B.	Afgan Borçlar Hukukunda Havâlenin Çeşitleri.....	35
1.	Mutlak Havâle	35
2.	Mukayyed Havâle.....	35
VIII.	HAVÂLENİN ŞARTLARI	36
A.	Taraflar ile İlgili Şartlar	36
1.	Muhîlin Ehliyeti.....	36
2.	Muhâlün Lehin Ehliyeti.....	37
3.	Muhâlün Aleyhin Ehliyeti	38
B.	Konu ile İlgili Şartlar	40
1.	Konunun Sahih ve Lâzım Bir Borç Olması.....	41
2.	Konunun Malum Olması	43
3.	İki Borcun Birbirine Denk Olması	44
a.	Cinsinin Denk Olması.....	44
b.	Miktarının Denk Olması	45
c.	Sıfatının Denk Olması.....	45
d.	Vadesinin Denk Olması	46
İKİNCİ BÖLÜM.....		48
İSLAM VE AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI VE HAKKIN HAVÂLESİ		48
I.	İSLAM VE AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA BORÇ BAKIMINDAN HAVÂLENİN SONUÇLARI	48
II.	KARŞILIK İLİŞKİSİ BAKIMINDAN HAVÂLENİN SONUÇLARI	54

A.	Muhîl ile Muhâlün Lehin Hukukî İlişkisi Bakımından	54
1.	Borçlunun Değişmesi	54
2.	Muhâlün Lehin Muhîle Rücû Edebilmesi	59
a.	Mutlak Havâlede Muhâlün Lehin Muhîle Rücû Edebildiği Durumlar	60
b.	Muhâlün Aleyhin Havâleyi İnkâr Etmesi	60
a)	Muhâlün Aleyhin Müflis Olarak Ölmesi	61
b)	Hâkimin Muhâlün Aleyhin İflâsına Karar Vermesi	62
c)	Havâle Akdinin Feshedilmesi	62
b.	Mukayyed Havâlede Muhâlün Lehin Muhîle Rücû Edebildiği Durumlar	63
a)	Muhâlün Aleyhin Zimmetindeki Borcun Düşmesi	63
b)	Muhâlün Aleyhin Zimmetindeki Borcun İstihkâkı	64
B.	Muhîl ile Muhâlün Aleyhin Hukukî İlişkisi Bakımından.....	66
1.	Mutlak Havâlede.....	66
2.	Mukayyed Havâlede.....	68
C.	Muhâlün Leh ile Muhâlün Aleyhin Hukukî İlişkisi Bakımından.....	73
1.	Muhâlün Aleyhin Def'ileri ve İtiraz Hakkı	75
2.	Teminatlar (Borca Bağlı Fer'i Haklar)	76
III.	İSLAM HUKUKU VE AFGAN MEDENÎ KANUNU'NDA HAKKIN HAVÂLESİ .	81
A.	Hakkın Havâlesi	81
B.	Hakkın Havâlesinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	82
C.	Hakkın Havâlesinin Caiz Olmadığını İddia Edenler	84
D.	Hakkın Havâlesinin Caiz Olduğunu İddia Edenler	85
E.	Hakkın Havâlesinin İslam Hukukundaki Uygulaması	89
F.	Afgan Medenî Kanunu'nda Hakkın Havâlesi	93
G.	Hakkın Havâlesinin Borcun Havâlesi ile Mukâyesesi	94
	İSLAM VE AFGAN BORÇALAR HUKUKUNDA HAVÂLENİN SONA ERMESİ.....	96
I.	İSLAM VE AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLENİN UYGULANARAK SONA ERMESİ	96
A.	İfâ ile Sona Ermesi	96
B.	İfâyâ Muâdil Sebepler ile Sona Ermesi	97
1.	Muhîl veya Muhâlün Aleyhin Nakledilen Borcu Başkasına Nakli ile Sona Ermesi..	97
2.	Mal Olan Muhâlün Bihin Başka Mal ile Değiştirilmesi Sonucu Sona Ermesi	98

3.	Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi ile Sona Ermesi.....	98
a.	Halefiyet.....	99
b.	Muhâlün Aleyhin Alacağı Mülkiyetine Geçirmesi.....	99
C.	Afgan Borçlar Hukukunda İfâ veya İfâya Muâdil Sebepler ile Havâlenin Sona Ermesi 100	
.II	İFÂ EDİLMEYEN HAVÂLENİN SONA ERMESİ.....	102
A.	Tarafların Rızasıyla Sona Ermesi.....	102
1.	İkâle ile Sona Ermesi.....	102
2.	İbrâ ile Sona Ermesi.....	103
3.	Şarta Bağlı Muhayyerlik.....	105
B.	Uygulanma İmkânsızlığından Dolayı Sona Ermesi.....	106
1.	Vefât ile Sona Ermesi.....	106
a.	Muhîlin Vefâtı.....	106
b.	Muhâlün Aleyhin Vefâtı.....	111
c.	Muhâlün Lehin Vafâtı.....	112
2.	Tevâ ile Sona Ermesi.....	113
a.	Muhâlün Aleyhin Havâleyi İnkârı.....	113
b.	Muhâlün Aleyhin Müflis Olarak Vefâtı.....	113
c.	Muhâlün Aleyhin İflâsına Karar Verilmesi.....	114
SONUÇ		117
BİBLİYOGRAFYA		120

KISALTMALAR

AÜİFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AAOIFI : Accounting and Auditing Organization for İslamic Financial Institutions (İslamî Finans Kurumlarının Muhasebe ve Denetim Organizasyonu)

MK : Afgan Medenî Kanunu

b. : İbn

b.y. : Baskı yeri yok

bkz. : Bakınız

c. : Cilt

md. : Madde

s. : Sayfa

s.a.v. : Sallallâhü Aleyhi ve Sellem

v. : Vefat Tarihi

vb. : ve benzeri, ve benzerleri

y.y. : Basıldığı matbaa yok

ÖNSÖZ

Havâle akdi, borçlar hukukunun karmaşık konularından biridir. Borcun, borçlu ve alacaklı olan asıl tarafları dışında üçüncü kişilere nakli, borcu şahsa bağlı bir gerçeklik olarak kabul eden hukuk sistemleri tarafından kabul edilmemiştir. Buna karşılık İslam hukuku, taraflara yarar sağladığı ve borcun ödenmesini kolaylaştırdığı için havâleyi meşrû görmüştür. Bundan dolayı borcun bir zimmetten diğerine naklini ifade eden havâle akdi, İslam hukukunun özgün konularındandır. Havâle akdinin meşrûiyet gerekçesi, Hz. Peygamber'in (s.a.v.) uygulamalarıdır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde havâlenin kaynağı, mahiyeti, çeşitleri ve unsurları incelenmiştir. İkinci bölümde havâlenin hukukî sonuçları ve hakkın havâlesi ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise havâlenin sona eriş sebepleri İslam hukuku ve Afgan borçlar hukuku açısından ele alınmıştır.

Çalışmamızda birçok klasik fıkıh eseri yanında modern dönemde yazılmış eserlerden de istifade ettik. Bununla birlikte Afgan Medenî Kanunu ve onun şerhlerinden yararlandık. Ayrıca Afgan ve Mısır Medenî Kanunu arasında pek çok benzerlik olduğu için Mısır Medenî Kanunu'nun önemli şerhi olan Senhûrî'nin *el-Vasît* isimli eserinden de faydalandık.

Çalışmamız esnasında kıymetli yardımlarını esirgemeyen başta danışman hocam sayın Prof. Dr. Ahmet YAMAN'a, Tez İzleme Komitesi Üyeleri Doç. Dr. İsmail BİGİLİ ile Doç. Dr. Mehterhan FURKANİ'ye ve diğer hocalarıma teşekkürü borç bilirim.

Gayret bizden, tevfik Allah'tandır.

Arsalah ZAFARI

Konya-2024

GİRİŞ

I. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE SINIRLANDIRILMASI

Araştırmamız, İslam ve Afgan borçlar hukukunda havâle akdinin hüküm ve işleyişini konu edinmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda Afgan ve İslam borçlar hukukunda havâle akdinin mahiyeti, çeşitleri ve hükümleri incelenecektir. Bunun yanında İslam ve Afgan borçlar hukukunda havâle sözleşmesindeki farklılıklar tespit edilecek ve Afgan borçlar kanununun bu farklılıkları hangi fıkıh mezhebinden yararlanarak ortaya koyduğunu açıklanacaktır.

Konuların incelenmesinde öncelikli olarak Afgan borçlar hukukunun kaynaklarını oluşturan Hanefî mezhebi esas alınmıştır. Bunun yanında diğer üç mezhepten de istifade edilmiştir.

II. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ

Çalışmamızda, İslam ve Afgan borçlar hukukunda havâle akdi ve havâle ile ilgili hükümlerin ele alınış şekli, Afgan borçlar hukukundaki havâle ile hükümlerin İslam hukuku açısından değerlendirilmesi incelenecektir. Bununla birlikte her iki hukuk sistemindeki havâle akdi mukâyese edilecektir. Ayrıca Hanefî mezhebini esas alan Afgan borçlar hukukundaki havâle akdi ile ilgili maddelerde hükümlerin diğer mezhep hükümlerinden yararlanıp yararlanmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Diğer taraftan bu çalışmada Afgan bankalarındaki havâlenin uygulaması da değerlendirilecektir.

İslam hukukunda akitlerin kendine özgü tasnifleri vardır. Çalışmamızda yer verdiğimiz akit havâledir. İlk dönemlerden günümüze kadar İslam hukukçuları tarafından çok değerli eserler ortaya konulmuştur. İnsanların birbirine güvenmediği ticarî hayatta, müteşebbislerin ticarî işlemlerinin karşılığını garantiye almak istemesi nedeniyle havâle günümüzde ticârette en çok başvurulan akitlerin başında gelmektedir. Ayrıca bu akit İslam hukukçuları arasında en çok tartışılan konulardandır.

Havâle akdi, günümüz Afgan Medenî Kanunu'nca da kabul edilmiştir. Çalışmamızda havâle akdi, klasik fıkıh literatürüne göre tanıtılıp günümüz Afgan kanunları ile mukâyese edilecektir. Tespitlerimize göre İslam hukuku açısından Türkiye'de havâle sözleşmesi ile ilgili ilk çalışma 1991 yılında Muzaffer ŞAHİN'in kaleme aldığı ve Ankara Üniversitesi'nde hazırlanan *İslam Hukuku'nda Borcun Nakli (Havâle)* başlıklı yüksek lisans tezidir. Bu bağlamda

araştırmamız Türkiye’de ikinci çalışma niteliğinde olacaktır ve konuyu çağdaş bir zeminde ele alması yönüyle ayrı bir özellik taşımaktadır. Araştırmalarımız neticesinde Afganistan’da da bu konu ile ilgili nitelikli bir akademik araştırmaya rastlayamadık. Bundan dolayı çalışmamız Afgan hukuku bağlamında ilk olma özelliği taşımaktadır.

III. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Çalışmamızda öncelikle havâle için dört mezhep fakihleri tarafından yapılan tanımlar zikredilecek ve havâlenin işleyişine yer verilecektir. Bununla birlikte havâle konusunda mezhepler arasındaki ortak görüşler, ihtilaf edilen hususlar ve gerekçeleri kronolojik olarak incelenmiştir. Ayrıca havâle ile ilgili Afgan borçlar hukukundaki maddeler aktarılıp açıklanmıştır. Ardından müçtehitlerin konuyla ilgili görüşlerinin toplandığı klasik İslam hukuku literatürü ile çağdaş İslam hukuku literatürü incelenmiştir. Daha sonra Afgan Medenî Kanunu’nda zikredilen maddenin İslam hukukuna göre uygunluğu ve hangi fikhî mezhebe göre düzenlenmiş olduğu tespit edilmiştir. Tezimizde ağırlıklı olarak Arapça, Farsça ve Türkçe dillerinde kaleme alınmış literatürden yararlanılmakla birlikte ihtiyaç halinde İngilizce kaynaklardan da istifade edilmiştir.

İslam ve Afgan borçlar hukukunda havâle akdi ve günümüzdeki uygulamasını inceleyen tezimizin giriş bölümünde çalışmanın konusu, amacı, önemi ve yöntemi zikredilmiştir. Birinci bölümde mezhep fakihlerine göre havâlenin tanımları zikredilecek ardından havâlenin meşrûiyeti, kısımları, rükünleri ve şartları incelenmiştir. Bununla birlikte İslam ve Afgan borçlar hukukundaki havâle mukayese edilmiş ve değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde İslam hukuku ve Afgan borçlar hukuku açısından havâlenin hükümleri ele alınmıştır. Ayrıca bu bölümde dört mezhep hukukçularının görüşlerinin yanı sıra Afgan hukukçularının yorumları da dikkate alınarak “Hakkın Havâlesi”nin izahına yer verilmiştir. Son olarak zikredilen hususlar üzerinde İslam ve Afgan borçlar hukuku karşılaştırılmıştır.

Tezimizin üçüncü bölümünde İslam ve Afgan borçlar hukuku açısından havâlenin sona ermesi ile ilgili meseleler incelenmiş ve havâle akdinde rücû hakkıyla alakalı açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca bölümün son kısmında İslam ve Afgan borçlar hukuku arasında karşılaştırma yapılmıştır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise konuya ilişkin gözlemler ve çalışma çerçevesinde tespit edilen önemli hususlar sıralanmıştır.

IV. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI

Daha önce ifade edildiği gibi İslam ve Afgan borçlar hukukunda havâleyi mukâyeseli bir şekilde ele alan Türkçe veya Arapça esere rastlanmamıştır. Önceki çalışmalarda havâle, daha çok klasik İslam hukuku kaynaklarındaki bilgiler çerçevesinde incelenmiştir. Arapça yapılmış çalışmalarda havâle konusu, farklı mezhep görüşlerine yer verilerek büyük ölçüde klasik metot ile ele alınmıştır.

A. İslâm ve Afgan Borçlar Hukukunda Havâleyi İnceleyen Klasik Literatür

Çalışmamızın temel kaynakları, dört mezhebe ait literatürün en muteber eserleridir. Bu kaynakların bazıları şu şekildedir: Hanefî literatüründen Serahsî'nin (v. 483/1090) *el-Mebsût* adlı eseri, Kâsânî'nin (v. 587/1191) *Bedâiu's-Sanâi* adlı kitabı, Merğînânî'nin (v. 593/1197) *el-Hidâye* isimli çalışması ve onun *Înâye*, *Binâye* ve *Fethu'l-Kadir* gibi şerhleri, İbn 'Abidin'in (v. 1252/1836) *Reddü'l-Muhtâr* adlı çalışması, Ali Haydar Efendi'nin *Dürerü'l-Hukkâm* adlı *Mecelle* şerhi ve Hanefî literatüründeki fetvâ kitapları, Mâlikî literatüründen İmam Malik'e (v. 179/795) nispet edilen *el-Müdevvene* isimli eser, İbn Rüşd'ün (v. 595/1198) *Bidâyetü'l-Müctehid* adlı çalışması, Şafîî literatüründen Nevevî'nin (v. 676/1277) *el-Mecmû* adlı kitabı ile onun *el-Minhâc*'na yazılan *Muğni'l-Mutâc* isimli eseri, Hanbelî literatüründen ise İbn Kudâme'nin (v. 620/1223) *el-Muğni* ve Şemsüddin İbn Kudâme'nin (v. 682/1274) *eş-Şerhu'l-Kebîr* adlı eserleri.

Günümüz Afgan hukukunda havâle konusu, Afgan Medenî Kanunu'nun üçüncü cildindeki teminat akitleri başlığı altındaki 1716. - 1769. maddeler arasında zikredilmektedir. Tezimiz, her iki hukuk sistemindeki havâle konusuna ve mukayesesine odaklandığı için klasik ve güncel fıkıh literatürüyle birlikte Afgan Medenî Kanunu başta olmak üzere Afganistan'a ait anayasa ve Afgan borçlar hukukuyla ilgili çalışmalardan da istifade edilmiştir.

B. İslâm ve Afgan Borçlar Hukukunda Havâleyi İnceleyen Çağdaş Literatür

Yakın dönemde İslam borçlar hukuku alanında çok sayıda akademik çalışma yapılmıştır. Aşağıda Müslüman coğrafyada ve Afganistan'da havâle ile ilgili yapılan çalışmalar kısaca tanıtılmış ardından da Türkiye'de havâle ile ilgili yapılan çalışmalara yer verilmiştir.

1. Türkiye Dışındaki Literatür

- a. *el-Havâle fi'l-fıkhi'l-İslâmî*: Bu çalışma Muhammed Zekî tarafından yapılmıştır. Çalışmada havâle konusu iki bâb şeklinde dört İslam hukuku mezhebinin görüşleri çerçevesinde izah edilmiştir. Birinci bâbda Hanefî mezhebine göre havâleden bahsetmiştir. Bu bâb, 1985 yılında Katar Üniversitesi Şeriat ve İslam İlimleri Yıllığı'nın dördüncü sayısında 92 sayfa olarak yayınlanmıştır. İkinci bâbda Hanefîler dışındaki üç mezhebe göre havâleden bahsedilmiş ve aynı mecellenin 1988 yılındaki altıncı sayısında 65 sayfa olarak yayınlanmıştır.
- b. *el-Havâle*, Mustafa Ahmed Zerkâ, İbrahim Abdulhamîd Seleme ve Cemal Atîyye tarafından yazılan eser, havâle ile ilgili önemli çalışmalardandır. Çalışmada havâle İslam hukuku açısından değerlendirilmiştir. 273 sayfa olan kitap 2011 yılında Kuveyt Devleti Vakıflar ve İslami İşler Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır.
- c. *Ahkamu'l havâle fi'l-fıkhi'l-İslâmî* adlı çalışma Fatma Abdullah tarafından yüksek lisans tezi olarak el-Cezîra Üniversitesi'nde 2018 yılında kaleme alınmıştır ve havâle akdini fikhî ve Sudan kanunu düzleminde incelemiştir.
- d. *“el-Havâle ve es-süftece”*, Gazze İslam Üniversitesinde Bassam Hassan tarafından 2018 yılında yapılmıştır. Çalışma yüksek lisans tezi olarak 146 sayfadan oluşmaktadır. Çalışmada havâle ve süftece konusu İslam hukuku ışığında ele alınmaktadır.
- e. *“el-Havâle el-benkiyye”*, İmam Muhammed İbn Suud İslam Üniversitesi'nde Abdulaziz bin Muhammad al-Salama tarafından 2022 yılında yazılmış yüksek lisans tezidir. 231 sayfalık çalışmada banka havâlesinin hükümleri İslam hukukuna göre değerlendirilmiştir.
- f. *“Ahkâmu'l-havâle fi'l-fıkhi'l-İslâmî”* ve *el-Havâle el-benkiyye*, Saad bin Kulayb'ın doktora tezi, havâle konusu ile ilgili bir çalışmadır. Bu çalışma 1998 yılında Yüksek Adliye Enstitüsü'nde 332 sayfa olarak düzenlenmiştir. Ancak onun banka havâlesi konusunu ele alışı kısa ve özdür. Tanım, transferler ve iki banka arasındaki transferin hukukî niteliği olmak üzere üç konuyu ele almıştır:
- g. *“el-Havâle ve'l-kefâle”* adlı çalışma Abdul Karim Zaidan (v. 2014) tarafından 1975 yılında yazılmıştır. Bu 262 sayfalık kitap müellifin fıkıh ile ilgili ders notlarından oluşmaktadır. Bu çalışma Bağdat Üniversitesi tarafından basılmıştır. Bu kitap temel olarak iki konudan bahsetmiştir:

- a) Birinci kısım: Giriş bölümünde fıkıhın tanımı, karşılaştırmalı fıkıh, genel olarak ihtilaf sebepleri, özel olarak ise İslam hukukçularının ihtilaf sebepleri ele alınmıştır.
- b) İkinci kısım: Kefâlet ve havâle konularının incelenmesinde çeşitli İslam düşünce okullarını karşılaştıran bu çalışma, iki konunun da araştırılmasında Irak Medenî hukukuna atıfta bulunmuştur. Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm kefâlet, ikinci bölüm ise havâle ile ilgilidir.
- h. “*Ticaret hukuku*” (حقوق تجارت) “*Bey’i, Karz ve Havâle*”, isimli kitap 2021 yılında Afganistan Bilimler Akademisi'nde akademisyen Gholam Nabi Hanafi tarafından yazılmıştır. Bu kitapta öncelikle akdin hukukî niteliği ve türleri ve satış sözleşmesinin hukukî niteliği ve türleri ele alındıktan sonra karz akdinin hukukî hükümleri ele alınmıştır. Son olarak ise havâle akdi ve türleri ele alınmıştır. Havâleyi Afganistan hukukuna göre kısaca ele alan eserde havâlenin pozitif hukukî yönüne odaklanılmaktadır.
- i. “*Afganistan ve İran Medenî Hukukunda Havala Sözleşmesi*” (عقد حواله در حقوق مدنی افغانستان (وايران), adlı çalışma, yüksek lisans tezi olarak 2019 yılında Kâbil Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Mohammad Ramin tarafından yazılmıştır. Bu tezde havâle sözleşmesi Afganistan ve İran hukukunda karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Bu çalışma iki bölümde yazılmıştır. Birinci bölümde Afgan Medenî Kanunu açısından havâlenin tarifi, şartları ve hukukî sonuçları incelenmektedir. İkinci bölümde ise İran hukukunda havâle değerlendirilmektedir. Ancak bu tezin özel hukuk dairesinde yazılmış olması nedeniyle havâlenin incelemesinde fıkıh literatüründen yararlanılmamıştır.

2. Türkiye’deki Literatür

Türkiye’de havâle konusunda İslam hukuku açısından yapılan çalışmaların sayısı oldukça sınırlıdır. Bu çalışmaların en önemlileri şunlardır:

- a. Tespitlerimize göre Türkiye’de havâle konusunda İslam hukuku açısından yapılan ilk çalışma, Muzaffer ŞAHİN tarafından 1991 yılında Ankara Üniversitesi’nde hazırlanan “*İslam Hukuku’nda Borcun Nakli (havâle)*” başlıklı yüksek lisans tezidir.
- b. Havâle ile ilgili başka bir çalışma 1995 yılında İstanbul Üniversitesi’nde Özcan GÜNERGÖK tarafından kaleme alınan “*Havâle İlişkisi*” başlıklı yüksek lisans tezidir. Tezde havâlenin şartları, hükümleri ve sona ermesi gibi konular Türk hukukuna göre değerlendirilmektedir. Çalışmada İslam hukuku açısından herhangi bir bilgi yoktur.

- c. Havâle ile ilgili diğerk bir çalışma Ali Ekber ÇINAR'a aittir. Çalışma İstanbul Üniversitesi'nde "Hanefî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Havâle Sözleşmesi ve Osmanlı Uygulaması" başlığıyla 2022 yılında yüksek lisans tezi olarak kaleme alınmıştır. Çalışmada sadece Osmanlı Devleti'ndeki havâle uygulamasının mahiyeti ele alınmaktadır.
- d. Mazin. J. AHMED tarafından 2004 yılında Ankara Üniversitesi'nde "Türk ve Irak Hukuklarında Mukayeseli Olarak Borcun Nakli" başlığıyla kaleme alınmış yüksek lisans tezi, havâle konusu ile ilgili bir çalışmasıdır. Çalışmada Türk ve Irak hukuku açısından havâle ile ilgili değerlendirmelerde bulunulmaktadır. Ancak bazı konularda İslam hukukuna göre değerlendirmelere yer verilmektedir.
- e. Mustafa ÇEKER'in, *Banka Hukuku Açısından Havâle İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar* başlığını taşıyan makalesi havâle sözleşmesi hakkındadır. Çalışmada havâle işlemi sadece Türk Banka Hukuku açısından değerlendirilmektedir. Eserde havâle ile ilgili İslam hukuku açısından bir değerlendirmeye rastlanılmamıştır.
- f. Gülşen KÖSE'nin 2007 yılında kaleme aldığı "Elektronik Havâle ve Bankanın Hukukî Sorumluluğu" başlıklı eseri havâle hakkındadır. Eserde genel olarak elektronik havâlenin hukukî niteliği, bu tür havâlenin akdedilmesi ve bankanın hukukî sorumluluğu hakkında incelemelerde bulunulmuştur. Ancak çalışmada incelenen konularda İslam hukuku açısından değerlendirmelerde bulunulmamaktadır.
- g. Işık Aslı HAN tarafından yazılmış "Üç Taraflı Hukukî İlişki Modeli Olarak Havâle" başlıklı yüksek lisans tezi havâle ile ilgilidir. Tez Marmara Üniversitesi'nde 2019 yılında yazılmıştır. Çalışmada havâlenin akdedilmesi, hukukî niteliği, banka havâlesi ve havâle sözleşmesine dahil hukukî ilişkiler Türk hukukuna göre değerlendirilmektedir. Yazarın alanı özel hukuk olduğu için çalışmada İslam hukuku ile ilgili kaynaklardan istifade edilmemiştir.
- h. Ömer Faruk KIRALÍ tarafından 2015 yılında İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde kaleme alınan *Havâle Kurumu* adlı yüksek lisans tezi havâle ile ilgilidir. Tez özel hukuk alanında yapılmıştır. Dolayısıyla çalışmada İslam hukuku açısından değerlendirmelere yer verilmemiştir.
- i. Kemal ÖZKAN tarafından 2007 yılında Selçuk Üniversitesi'nde hazırlanan "Havâlenin Hukukî Niteliği" başlıklı çalışma havâle ile ilgilidir. Çalışmada havâlenin genel konuları ve havâlenin güncel ifadeleri Türk hukuku açısından değerlendirilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAVÂLE AKDİNİN TANIMI VE MAHİYETİ

I. HAVÂLENİN TANIMI VE MAHİYETİ

Havâle kelimesi'nin lügatteki tarifi şöyledir: Havâle (fetha ile okunması daha fasihtir) kelimesi *tahavvül* sözcüğünden türemiş olup حَوْل ya da أَحَال baplarından mastardır. Tahavvül ise bir yerden başka bir yere geçmek anlamına gelip nakletmek demektir. Şöyle ki, تحول من مكانه denildiğinde yerini değiştirdi yani başka bir yere intikal etti ve mekânını değiştirmiş oldu anlamına gelir. Ayette ise şöyle buyrulmaktadır: “İman edip dünya ve ahiret için yararlı işler yapanlara gelince, onlar için içlerinde ebedî kalacakları Firdevs cennetleri bir konaktır. Orada ebedî kalacaklardır. Oradan hiç ayrılmak istemezler.”¹ Bu ayette حولا kelimesi geçmektedir.

Burada lazım ve müteaddî kipler kullanılmıştır. Fetha ile okunan havâle kelimesi ise bu mastardan alınmıştır. ‘Borcu ona havâle ettim’ yani borcu benden başkasının zimmetine naklettim anlamına gelmektedir.²

İslam hukuk literatüründe havâle akdi ile ilgili bölümlerde bu sözleşmeyle ilgili özel bazı terimler kullanılır. Şöyle ki:

Havâlede asıl borçlunun (muhîlin) rızası ile yapılan havâle akdine “ihâle” (احالة), onun rızası olmaksızın yapılan havâle akdine “ihtiyâl” (احتیال) denilmektedir.³ Havâlede asıl borçlu veya borcu nakleden şahıs, “muhîl” (محيل) olarak adlandırılır. Borcun üzerine naklini kabul eden ve bu borcun ödemesini üstlenen kişi için “muhtâlün aleyh” (محتال عليه) bazen de “muhtâlün aleyh” (محتال عليه) terimleri kullanılmaktadır.⁴ Alacaklı kişi için “muhtâlün leh” (محتال له) ve “muhtalun leh” (محتال له) terimleri kullanılmaktadır.⁵ Ayrıca alacaklı için (muhtâl ” (محتال) veya “muhtâl” (محتال) terimleri de

¹ Kehf 18/107, 108.

² Cemalüddin Ebü'l-Fazl ibn Manzur, *Lisanü'l-Arab*, thk. Emin Muhammed Abdülvehhab, Muhammed es-Sadık el-Ubeydi (Beyrut: Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, 1999), 5/234.

³ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/341; Bâîerti, *el-Înâye Şerhu'l-Hidaye*, 7/240; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/284; Bilmen, *Kamus*, 6/288.

⁴ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/4; İbn Abidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/340; *Mecelle*, md. 674, 676; Bilmen, *Kamus*, 6/ 286.

⁵ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, 3/247; *Mecelle*, md. 675; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/271; Bilmen, *Kamus*, 6/286.

kullanılmaktadır⁶ Havâle akdinin konusu olan mal ise “muhâlün bih” (محل به) veya “muhtâlün bih” (محتال به) kelimeleriyle adlandırılmaktadır.⁷

A. İslam Hukukunda Havâlenin Mahiyeti

1. Hanefî Hukukçulara Göre

Havâle, Hanefî literatüründe borcun muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine nakledilmesi şeklinde tarif edilmiştir. Hanefî âlimleri her ne kadar havâlede borcun nakledilmesi konusunda ittifak etse de nakledilen şey hususunda ihtilafa düşmüşlerdir. Bazıları nakledilen şeyin sadece mutâlebe yani hak talebi olduğunu, bazıları borç ve mutâlebe olduğunu savunurken bazıları ise nakledilen şeyinne borç ne de mutâlebe olduğunu savunmuştur.⁸ Dolayısıyla Hanefî mezhebinde havâle sözleşmesi ile neyin nakledildiği hususunda farklı görüşler vardır. Bu husus önem arz ettiği için bu kısımda konuyla ilgili bütün görüş ve deliller incelenecektir.

Birinci görüşe göre havâle yalnızca mutâlebeyi nakletmektir. Bu görüş, eş-Şeybani'nin (v.189/805) görüşüdür. O, konuyla ilgili gerekçe olarak şöyle söylemektedir:

- a) Havâleden sonra şayet asıl borçlu (muhîl), borcu kendisi ödemek isterse alacaklının (muhâlün leh) bunu kabul etmesi gerekir. Şayet borç havale edilenin (muhâlün aleyh) zimmetine geçerse bu takdirde borcu kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü asıl borçlu borcu ödemedi hibe edici konumda olacaktır ve hiçbir kimse borcunun hibe yoluyla ödenmesini kabul etmeye zorlanamaz.
- b) Alacaklı (muhâlün leh), muhâlün aleyhi borçtan ibrâ ederse muhâlün aleyhin bunu reddetmesi sahih olmaz. Ancak söz konusu borcu muhâlün aleyhe hibe etmesi durumunda hüküm değişir. Zira böyle bir durumda muhâlün aleyh bu hibeyi reddedebilir. Eğer borç onun zimmetine geçmiş olursa ibrâyı da hibeyi de reddetme hakkına sahiptir. Ancak muhâlün aleyhin zimmetine geçenin yalnızca hak talebi olması ve borcun muhîlin zimmetinde kalması durumunda muhâlün aleyhin hibenin aksine ibrâyı reddetme gibi bir hakkı bulunmamaktadır.

⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/74; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/19; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/271.

⁷ *Mecelle*, md. 677; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/271; Bilmen, *Kamus*, 6/286.

⁸ Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr Ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, bs, Beyrut, Dârü'l-Fikr, 1992, 5/153.

c) Aynı şekilde muhâlün aleyh müflis olarak ölür ya da aleyhinde bir delil bulunmadığı hâlde borcunu inkâr ederse, muhâlün leh hakkının alınması için asıl borçlu kişiye (muhîle) müracaat edilir. Eğer borç onun zimmetinde kalmış olmasaydı o zaman ona müracaat edilmesi de sahih olmayacaktı.

Muhâlün aleyhin müflis olarak ölmesi ya da aleyhine bir delil olmadan borcu inkâr etmesi ise “tevâ” kavramıyla ifade edilir.⁹

d) Alacaklı (muhâlün leh) asıl borçluyu (muhîl) muhâlün aleyhten borcu teslim alması için vekil tayin ederse, bu durum sahih olmaz. Ancak borç muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine nakledilirse muhîlin borcunu alması için vekil tayin etmesi sahih olur. Çünkü bu durumda muhîl yabancı biri gibi olacaktır.

e) Aynı şekilde bir kişi, bir şey satın alır ve ücretini ödemediğinden birine havâle ederse satıcı parasını alana kadar satışa konu olan şeyi hapsetme hakkına sahiptir. Zira havâle ile borç, muhîlden (müşteri) muhâlün aleyhin zimmetine intikal etmemiştir. Şayet borç muhâlün aleyhin zimmetine intikal etseydi bu durumda satıcının söz konusu şeyi müşteriden alıkoyması (hapis hakkı) sahih olmayacaktı.¹⁰ Dolayısıyla yukarıdaki zikredilen hususlar bu görüşe göre değerlendirildiğinde havâle sözleşmesi ile sadece borcun mutâlebesi muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder.

İkinci görüşe göre ise havâle sözleşmesi hem borcun hem de mutâlebenin naklidir. Bu Ebû Yusuf ve Hanefî mezhebindeki pek çok âlimin görüşüdür. Ebû Yusuf, gerekçe olarak şöyle söylemektedir:

a) Şayet muhâlül leh, muhâlün aleyhi borçtan ibrâ ederse ya da borcu ona hibe ederse bu sahih olur. Ancak muhîl ibrâ ederse ya da borcu ona hibe ederse bu durum sahih olmaz. Borç muhîlin zimmetinde kalmış olsaydı o zaman ibrâ ya da hibe yapılması sahih olurdu. Aynı

⁹ Tervâ kelimesi, sözlükte malın helâki anlamına gelir ve Ebû Hanife bu anlamı ona mahsus kılmıştır. Sonrasında bu anlama Muhammed ve Ebû Yûsuf, hâkimin muhâlün aleyh hayattayken iflasına hükmetmesini eklemiştir. Tervâ gerçekleştirdiği durumda alacaklı (muhâlün leh) hakkını almak için asıl borçluya (muhîle) müracaat eder. Tervâ ile ilgili detaylı bilgi, çalışmamızın son bölümünde zikredilecektir.

¹⁰ Serahsî, Ebû Bekir Muhammed b. Ebû Sehl (483/1090), *el-Mebsût* (Kahire: Beyrut, 1993), 2/161-163; el-Cuzeyri, Abdurrahman, *el-Fıkh ala'l Mezahib'il Erba* (Kahire: el-Mektebetu'l Hicaziyye'tu-l Kubra, ts.), 3/210, s. 211.

şekilde eğer borç muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal etmeseydi bu durumda muhâlül lehin muhâlün aleyhi borçtan ibrâ etmesi sahih olmazdı.¹¹

- b) Râhinin (rehin veren) rehne konu olan malın zilyetliğini, mürtehinin (rehin alan) rehin hakkı için üçüncü bir şahıs üzerine havâle etmesi durumunda râhin, rehne konu olan malın zilyetliğini rehin alandan geri alabilmektedir. Yani Ebû Yusuf'un görüşüne göre bu durumda râhinin, rehini alandan geri alma hakkına sahip olması, havâle sözleşmesi ile hem talep hakkının ve hem de alacak hakkının nakledilmesinden dolayıdır. Eğer Muhammad'ın görüşü (havâle sözleşmesi ile ancak borcun talep hakkının intikâl etmesi görüşü) esas alınır bu takdirde alacak hakkı hala râhinin malvarlığının pasifinde yer aldığı için rehinin rehin alandan geri alınması imkânsız olur ve rehin, rehin alanda kalırdı.¹²

Üçüncü görüşe göre havâle, borcu da mutâlebeyi de nakletmemektedir. Bu Züfer'in görüşüdür. Ona göre havâle sözleşmesi, borcu ya da mutâlebeyi nakletmek değil, zimmeti zimmete eklemektir. Yani Züfer'e göre şayet havâle sözleşmesi mutlak havâle olsaydı bu durumda kefâlet ve havâle eşit olurdu. Şayet mukayyed olsaydı havâle sözleşmesi kefâlet ve rehin olurdu.¹³ Bunun delili havâlenin kefâlette olduğu gibi borcun tevsiki için meşru kılınmış olmasıdır. Yani Züfer'e göre havâle sözleşmesi muhîlin berâeti için değil ancak borcun tevsiki için meşru kılınan bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu görüşe göre kefâletteki gibi havâle ile de ne borç ne de onun talebi muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine geçer. Bu durum sadece muhâlün lehin borcu için bir tevsik mahiyeti taşır.¹⁴

Mecelle'nin 673. maddesinde "Havâle, borcun bir zimmetten başka bir zimmete naklidir." şeklinde tarif edilir. Tariften anlaşılacağı üzere *Mecelle'de* sadece borcun intikali zikredilmiş, mutâlebesi ise zikredilmemiştir.¹⁵ Ancak *Mecelle'nin* şerhini yapanlara göre havâle, borcu ve mutâlebeyi muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine nakletmektir. *Mürşidü'l-hayrân*

¹¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr Ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, 4/300.

¹² İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 7/242; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/3; Ali Haydar Efendi, *Düreri'l-Hükkâm*, 2/266.

¹³ Kâsânî, Ebû Bekir Alâuddin b. Mes'ûd (587/1191), *Bedâiu's-Sanâ'i fi Tertibi's-Şerâi* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986), 6/17.

¹⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâ'i*, 6/18.

¹⁵ Ali, Haydar Efendi, *Düreri'l-Hükkâm*, (Beyrut: Dar'u-l Kutub el-İlmiyye, 2010), 2/2.

isimli eserde ise havâlenin tanımını 876. maddede şöyle ifade edilir: “Havâle sözleşmesi, borcun ve talep hakkının asıl borçlunun (muhîlin) zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikalidir.”¹⁶

Netice olarak Hanefî mezhebinde havâle sözleşmesi ile Ebû Yusuf’a göre muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhinin zimmetine hem alacak hakkı/borcu hem de talep hakkı intikal eder. Muhammed’e göre havâle ile muhîl alacak hakkından (borç) kurtulamaz, sadece talep hakkından kurtulur. *Mecelle’de* Ebû Yusuf’un görüşü benimsenmektedir. Züfer’e göre eğer havâle sözleşmesi mutlak havâle ise bu durumda kefâlet ve havâle eş anlamlıdır. Eğer mukayyed ise havâle sözleşmesi kefâlet ve rehinle aynı manayı ifade eder.

Bu teorik tartışmanın pratik sonucu, havâle sözleşmesi ile ilgili teminatlar konusunda ortaya çıkmaktadır. Yani havâle sözleşmesinin yapılması ile muhîlden muhâlün aleyhin zimmetine hem borç hem borcun talep hakkının intikal etmesi görüşünü benimseyen Ebû Yusuf’a göre, havâle akdinin yapılması ile teminatlar gibi fer’i haklar da muhîlin zimmetinden düşmektedir. Zira aslın düşmesi ile ona bağlı teminatlar da düşer. Muhîlden muhâlün lehe intikâl edenin sadece borcun talep hakkı olduğu görüşünü benimseyen Muhammed’e göre, muhâlün leh muhâlün aleyh’ten hakkını tahsîl etmedikçe borç ile bağlı temintalar da devam eder.¹⁷ Binaenaleyh havâle akdinin yapılması ile kefâlet, rehin ve hapis hakkı gibi teminatlar ve fer’i haklar Ebû Yusuf’a göre düşerken Muhammed’e göre bunun gibi haklar devam eder.¹⁸ Ayrıca muhâlün leh tarafından muhîle ibrâ söz konusudur. Yani Ebû Yusuf’a göre havâle akdi yapıldıktan sonra muhâlün leh tarafından muhîlin ibrâsı sahih olamaz. Zira havâle ile borç ve talep hakkı muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder ve ibrâyâ mahal kalmaz. Ancak İmam Muhammed’e göre böyle bir ibrâ sahihtir. Zira havâle ile sadece talep hakkı muhîlden muhâlün aleyhe intikal eder.¹⁹ Hanefî mezhebinde tercih edilen görüş Ebû Yusuf’un görüşüdür.²⁰ Nitekim pratik sonucuna göre Ebû Yusuf’un görüşünün daha uygun olduğu söylenebilir.

Züfer’in görüşü hakkında şunu söyleyebiliriz: Her ne kadar havâle ile kefâlet sözleşme arasında borcun güvence altına alınması bakımından bir benzerlik varsa da esas itibariyle bu iki

¹⁶ Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân*, md.876.

¹⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/568.

¹⁸ Zeylâf, *Tebyînü’l-Hakâik*, 4/171.

¹⁹ Zeylâf, *Tebyînü’l-Hakâik*, 4/171.

²⁰ Alâeddin Ebû Bekr b. Mes’ûd Kâsânî, *Bedâiü’s-Sanâi’ fi Tertîbi’s-Şerâi’*, bs, y.y., (Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1986), 6/12.

akit birbirinden farklılık arz eder. Yani havâle sözleşmesinde muhîlin berâeti durumunda borç muhâlün aleyhe intikal ettiği halde kefâlet sözleşmesinde borç, asıl borçlunun zimmetinde kalmaya devam eder.²¹ Başka bir ifadeyle, kefâlet ve havâle zimmete borçlanma ve sözleşme kastıyla iltizâm açısından benzerlik taşımaktadır. Ancak her birinin ayrı bir ismi vardır. “Kefâlet” katmak anlamına gelip kefil kelimesinden müştaktır. Kefâlet akdinde de asıl borçlunun zimmetinin akde göre katılması demektir. Bu ise asıl borçlunun ibrâsıyla olmaz. Başka bir ifadeyle, bir yerden başka bir yere taşınması demektir. Bu ise ancak muhîlin zimmetinden borcun muhâlün aleyh zimmetine intikal ile olur.²² Ayrıca havâle ile insanlar arasında bilinen ve anlaşılacak şey de borcun ve mutâlebinin beraber geçmesidir, yalnızca mutâlebinin nakli değildir.²³

Hanefî mezhebinde havâlenin fikhi niteliğine gelince, havâle akdi, kendisine bütün alışveriş ahkâmının cari olduğu bey çeşitlerinden saymamasıdır. Zira Hanefilere göre havâle, kendisine ihtiyaç duyulan ve özel bir gaye için meşru kılınan müstakil bir akit olup başka bir akit çeşidinin ferî değildir. Ancak şu kadarı var ki başka akit ve tasarruflarla bazı açılardan benzerliği söz konusudur. Mesela havâlenin beyu'd-deyn ve beyu'l-hak ile benzerliği vardır ancak kendisi bey değildir. Kefâlete benzer ancak kefâlet değildir. Kabzu'd-deyne benzer ancak kabz değildir. Vekalet bil kabz veya vekalet bil edâya benzer ama vekalet değildir vs. Bu benzerliklerden dolayıdır ki havâle hükümleri söz konusu benzerliğe göre farklılık arz eder. Dolayısıyla havâle sözleşmesi kendine ait amaçlar sebebiyle meşru olan bey' akdinden farklı bir akittir. İbnü'l-Hümâm konuyla ilgili şu ifadelerle yer verir: “Havâle akdi müstakil bir akittir. Borcun borçla satılması ya da ifa türünden değildir.”²⁴

2. Malikî Hukukçulara Göre

Malikî mezhebinin eserlerinde havâle ile ilgili farklı tarifleri görmek mümkündür. Malikî fakihlerden İbnü Arafе havâle akdini, “Alacaklının, borçlunun başkasında olan aynı miktar alacağı karşılığında alacağından vazgeçmesidir.”²⁵ Şeklinde tanımlamaktadır. Yine mezhebin önemli

²¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/161,162; Kemalüddîn Muhammed b. Abdülvâhid es-Sivâsî İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, y.y., (Dâru'l-fikr, t.y.), 6/345.

²² Serahsî, *el-Mebsût*, 20/161,162.

²³ Münir el-Kadi, *Şerhu'l Mecelle* (Bağdad: Irak Milli Eğitim Bakanlığı, 1949), 2/55.

²⁴ İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 5/352.

²⁵ Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arafе (1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-Şerhi'l-Kebîr* (Beyrut: Dâru'l-fikr, ty), 5/225; Hattâb Ruaynî, Şemseddin Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed (954/1547), *Mevâhibu'l-Celîl li Şerhi Muhtasarı Halîl* (Beyrut: Dâru'l-fikr, 1992), 5/90.

âlimlerinden biri olan Derdir havâleyi şöyle tanımlar: “Havâle, borcu bir zimmetten, aynı miktar borç karşılığında başka bir zimmete nakletmektir.²⁶ Tariflerden anlaşıldığı gibi Malikî hukukçularının çoğunluğu, havâleyi borcun başka bir borç karşılığında (Alacağın bizzat borçluya satılması) satış olarak görmektedir. Hukukî açıdan borcun borç karşılığında satışı caiz olmamakla birlikte, havâlenin bu hükümden bir istisna olarak kabul edildiği aşikârdır.²⁷ Ancak Malikî hukukçulardan Kâdı Ebû'l-Velîd, havâle sözleşmesinin borcun borç karşılığında satışı olarak değerlendirilmesinin pek doğru olmadığı görüşündedir. Ona göre eğer öyle olsaydı, mücerret havâle akdi ile muhîlin zimmeti borçtan kurtulmazdı. Dolayısıyla ona göre havâle sözleşmesi bey akdine yakın olmasına rağmen bey değildir ve müstakil bir sözleşmesidir.²⁸

Dolayısıyla Malikî mezhebinde, Kâdı Ebû'l-Velîd dışında diğer fakihler havâle sözleşmesini bir muâvaza akdi olarak değerlendirmektedir. Bu sebeple Malikî mezhebinin bazı âlimleri havâle sözleşmesini bazı özel şartları olan bey' sözleşmesi olarak görmektedirler. Bazıları ise, muâvazât türü akitlerinin bir çeşidi olarak kabul etmiştir. Ancak bu iki görüş arasında pek de bir fark söz konusu değildir. Malikî İslam hukukçularının havâle ile ilgili değerlendirmelerine göre, havâle sözleşmesini gerçekleştirmek için muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması gerekir. Yani eğer üçüncü şahıs (muhâlün aleyh) muhîle borçlu değilse bu takdirde yapılan akit gerçek manada havâle değildir. Bu daha çok kefâlet sözleşmesine benzemektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda havâle sözleşmesi yerine kefâlet akdinin hükümlerini uygulamak daha isabetli olur.²⁹

3. Şafî Hukukçulara Göre

Şafî mezhebinde havâle sözleşmenin tanımı ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Şöyle ki, mezhebin bazı fukahası havâleyi, -Hanefî hukukçular gibi- borcun muhîl zimmetinden muhâlün aleyh zimmetine nakli şeklinde tanımlamıştır.³⁰ Bu durumda havâle, bey' veya ifa sözleşmesi değildir. Havâle müstakil bir akit olarak bir takım özel sebeplere binâen meşru

²⁶ Derdir, Ebû'l-Berekât Sîdî Ahmed b. Muhammed (1201/1786), *eş-Şerhu's-Sağîr alâ Akrabi'l-Mesâlik ilâ Mezhebi'l-İmâm Mâlik* (Beyrut: Dâru'lma' rife, ty), 4/554.

²⁷ Uleyş, Muhammad b. Ahmed b. Muhammed (1882), *Şerhu Minehi'l-Celil*, Matba'atu'l-Kubra, Mısır, 1924, 3/229.

²⁸ Bacı, Ebû'l-Velid Süleyman b. Halef İbn Varis el-Endülüsi (1103), *el-Muntakâ Şerhu'l- Muvatta*, 5/66.

²⁹ Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/229.

³⁰ Ensarî, Ebü Yahya Zeynüddin Zekeriyya b. Muhammed (926/1520), *Esne'l-Metâlib Şerhu Ravdi't-Tâlib* (Kahire: el-Mektebetü'l-İslâmiyye, ty), 3/230; eş-Şirbini, Şemsüddin Muhammed b. el-Hatib, Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Meâniyi Elfazi'l-Minhâc* (Beyrut: Daru'l-Marife, 1997), 2/192.

kılınmıştır. Bu görüşü savunanlara göre havâle, irfâk (رفق) akitlerindedir. Hz. Muhammed (s.a.v) “Sizden biriniz bir kardeşine havâle edildiğinde onu yapsın.” buyurması havâlenin mendub olduğunu gösterir, ancak bey’ ise mubah bir akittir. Mubah olan şey Hz. Muhammed’in (s.a.v.) şu hadisiyle irfâk veya mendub hâline gelmiştir: “Bir dirhem borç vermek sadakadan daha hayırlıdır.” Yani havâle sözleşmesi mendub olunca bey’ sözleşmesinden ayrılır. Ayrıca havâle sözleşmesi eğer bir satış (bey’) sözleşmesi olsaydı bu takdirde fazlalıktan dolayı borçlarda sahih olmazdı.”³¹

Şafiî mezhebine mensup diğer hukukçulara göre havâle, bir istîfâ (استيفاء) akdi olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu görüşe göre havâle sözleşmesinde muhâlün leh, muhîldeki borcunu muhâlün aleyhten talep edebilir. Ancak Şafiî mezhebinde tercih edilen görüş, ihtiyaca göre cevaz verilen borcun borçla satımıdır.³² Havâle satış sayılır; çünkü satış iki kısımdır. Bunlardan birincisi satış lafzıyla olup kazanç ve dolandırıcılık gibi şeylerle ilgili olan iken ikincisi satış lafzı olmaksızın yapılan satıştır. Bundan kasıt ise kazanç ve dolandırıcılık gibi yönleri olmaması ve satışta olduğu gibi temlik gerektirmemesidir. Zira sözleşmenin tarafları, daha önce sahip olmadığı şeyi havâle ile elde etmektedir. Şöyle ki: muhîl, muhâlün aleyhteki alacağını, muhâlün lehe, ona olan borcu karşılığında satmaktadır. İkisinden kastın ne olduğu anlaşılın diye isimleri farklıdır.³³ Ayrıca havâle sözleşmesinde ikâlenin sahih olması onun bir satım sözleşmesi olduğunu ortaya koymaktadır.³⁴

³¹ Şazeli, Muhammed Nebil, *el-Havale fil Fıkhi'l-İslami “Dirase Fıkhiyye Mukarane”* (Kahire: Daru'n Nahda el-Arabiyye, 2008), s. 22.

³² Nevevî, Muhyiddîn Ebü Zekeriyya Yahya b. Şeref (676/1277), *el-Mecmû' Şerhu'l- Mühezzeb* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1982), 13/56.

³³ Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (977/1570), *Muğni'l-Muhtâc İlä Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994), 2/163.

³⁴ Ensarî, Ebü Yahya Zeynüddin Zekeriyya b. Muhammed (926/1520), *Esne'l-Metâlib Şerhu Ravdi't-Tâlib* (Kahire: el-Mektebetü'l-İslâmiyye, ty), 3/230; Şemsüddin Muhammed b. el-Hatib Şirbini, *Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Meani Elfâzi'l-Minhac* (Beyrut: Daru'l-Marife, 1997), 2/192.

4. Hanbelî Hukukçulara Göre

Hanbelî İslam hukukçularına göre havâle, “Borcun, muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine naklidir.”³⁵ Bu görüş, Hanbeli hukukçuların çoğunluğunun görüşüdür. Ayrıca Hanefî mezhebinin kurucu imamlarından Ebû Yusuf’un görüşü de bu istikamettedir.

Bazı Hanbelî hukukçulara göre havâle, borcun başka bir borç karşılığında satılmasıdır. Bu görüşe göre muhîl, muhâlün lehe olan borcunu muhâlün aleyhin kendisine olan borcu karşılığında satın almaktadır. Bu görüşü savunan fukahâyâ göre borcun borç karşılığı satışı câiz olmamasına rağmen ticarî muamelelerde kolaylığı sağlamak için havâle câiz olmuştur.³⁶ Bazı Hanbelî hukukçulara göre ise havâle sözleşmesi, borcun borç karşılığı satımı açısından bir muâvaza akdidir. Çünkü muhîl, zimmetinde olan borcu muhîl aleyhin zimmetindeki borç karşılığı satın alır. Borcun kabzının geciktirilmesi ruhsat olarak câiz olmuştur (جاز تأخير القبض (رخصة)). Zira havâle sözleşmesi yumuşaklığa bina edilen bir sözleşmedir. Bu sebeple havâle akdinde meclis muhayyerliği söz konusu değildir.³⁷

İbnu Kayyim el-Cevziyye havâle sözleşmesinin mahiyeti ile ilgili şu değerlendirmeleri yapar: “Havâle akdinin borcun borç karşılığı satışı” olarak kabul edilmesi kıyasa aykırıdır diyenler yanılmıştır. Şöyle ki:

Borcun borç karşılığı satışı yasaklayan bir nas veya icmâ bulunmamaktadır. Söz konusu ifadenin sonucu, hem semen hem de konunun veresiye olduğu satım sözleşmesinin caiz olmamasıdır. İslam hukukunda bu durum “bey’u’l-kâlî bil’l-kâlî” olarak isimlendirilmektedir. Borcun borç ile mübâdelesinin farklı türleri vardır. Eğer mübadele olunan borçlardan biri veya her ikisi sâkıt durumda değilse bu mübâdele “bey’u’l-kâlî bil’l-kâlî” hükümde olmasından dolayı fukahânın ittifakı ile yasak bir muameledir. Ancak mübâdele olunan borçlardan biri veya ikisi sâkıt durumda ise fukahâ bu noktada ihtilaf etmektedir. Örneğin, takas muamelesinde her iki borç sâkıt haldedir. Alacaklının borcunun karşılığında yaptığı selem sözleşmesi neticesinde, bir borç (selem sahibinin borcu) düşerken, yeni bir alacağı (selem sahibinin müslemün aleyhe

³⁵ İbn Kudâme el-Makdisî, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed el-Cemmâilî (620/1223), *el-Kâfî fi Fikhi’l-İmâmi Ahmed b. Hanbel* (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1994), 2/218.

³⁶ İbn Kudâme el-Makdisî, *el-Kâfî fi Fikhi’l-İmâmi Ahmed b. Hanbel*, 2/218. İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/574.

³⁷ Alaüddin Ebi’l-Hasan Ali b. Süleyman b. Ahmed Merdavi, *el-İnsaf fi Ma’rifeti’r-Racih Mine’l-Hilaf*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki, Abdülfettah Muhammed el-Hulvi (Embabe: Hicr, 1993), 2/22.

borcu) vacip olmaktadır. Dolayısıyla böyle bir muamele ve bunun benzerinin câiz olmadığını söyleyenler, bu konuda bir icmânın olduğunu söylese de daha kuvvetli olan görüş, bunun gibi muâmelelerin câiz olduğunu ifade eden görüştür. Zira bu takdirde, mübâdelelerde bulunanların menfaatleri söz konusudur. Fıkhın genel kurallarına göre bu tür muameleler câiz görülmüştür.

Havâle sözleşmesi, muhîlin yönünden hakkın îfâsıdır. Zira muhîl havâle ile muhâlün lehe olan borcundan berâet eder. Ayrıca havâle sözleşmesinde borç, muhîlden muhâlün aleyhin zimmetine intikal ettiğinden dolayı istifâ olarak da değerlendirilebilir. Havâle ile ilgili hadiste borcun mutlaka îfâ edilmesinin gerekliliği ifade edildikten hemen sonra havâleden söz edilmesi, onun bir îfâ olduğunu ifade eder. Hadiste borçluya borcunu ödemesi emredilmiş, gücü yettiği durumda ödemezse büyük bir haksızlık yapmış olacağı belirtilmiştir. Borçludan ise ödeme gücü yerinde olan birine havâle edildiğinde bunu kabul etmesini istemiştir. Nitekim Allah (c.c.) ayette şöyle buyurmaktadır: “Artık ona hakkaniyetle uymalı ve diyeti ona güzellikle ödemelidir.”³⁸ Hak sahibi olan hakkını güzellikle talep etmeli ve borçlu olan da ihsanla borcunu ödemelidir. Borcun yerine getirilmesi biraz muâvazayla bağlantılı olsa da özel bir satış değildir.³⁹

Değerlendirme

Havâle sözleşmesinin mahiyeti ve fikhî niteliği ile ilgili farklı görüşler incelendikten sonra şöyle bir sonuca ulaşılabılır: Hanefîler dışındaki üç mezhebin fukahası tarafından tercih edilen görüş, havâle sözleşmesinin fikhî niteliğinin bey’ akdine bina edilmiş olduğudur. Yani havâle, borcun borç karşılığında satımıdır. Bu durum muhîlin muhâlün lehe, muhâlün aleyhin ise muhîle borçlu olmasını gerektirir. Buna istinaden havâle ihtiyaçtan dolayı caiz görülen borcun borç karşılığı satım sözleşmesinden ibarettir.

Hanefî hukukçulara göre havâle sözleşmesi, borcun asıl borçlunun (muhîlin) zimmetinden üçüncü şahısın (muhâlün aleyhin) zimmetine naklidir. Bu durumda muhîlin muhâlün aleyhte borcu olsun veya olamasın muhâlün aleyhin kabul etmesiyle havâle sözleşmesi sahih olur. Zira hadiste “Zengin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali vakti yerinde olan birine

³⁸ Bakara, 2/187.

³⁹ İbnü'l-Kayyim Şemsüddin Muhammed b. Ebi Bekr Cevziyye, *İ'lamu'l-Muvakkiin An Rabbi'l-Alemin*, thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid (Beyrut - Lübnan: Daru'l-Fikr, 1977), 2/101-104.

havale edildiğinde, bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.” ibaresi bulunmaktadır. Hanefî fukahası sadece muhâlün aleyhin zengin olması şart koşulduğundan havâle sözleşmesinin sahih ve tamam olabilmesi için muhîlin, muhâlün aleyhten alacağı olmasını şart koşmamıştır. Ayrıca *Mecelle'nin* 686. maddesinde de havâle, bu görüşe dayandırılmaktadır. Mezkûr madde konuyu şöyle ifade eder: “Muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması şart değildir. Dolayısıyla muhîlin muhâlün aleyh zimmetinde borcu olmasa da havâle sözleşmesi sahih olur.” Yukarıdaki ifadelerden sonra havâle sözleşmesinin mahiyeti ve bu akdin fikhî niteliği konusunda râcih olan görüş hakkında şunları söyleyebiliriz:

Havâle sözleşmesiyle ilgili hukukî tarifler incelendiğinde Hanefî mezhebinde Ebû Yusuf'un tarifi diğer fukahâya göre daha uygun görünmektedir. Nitekim ona göre muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine hem borç hem de talep hakkı intikal eder. Ayrıca yukarıda havâlenin fikhî niteliği konusunda fukahanın farklı görüşleri zikredilmiştir. Söz konusu görüşlerin aslı, havâle sözleşmesinin satış sözleşmesi mi yoksa müstakil bir akit mi Sorusuna dayanmaktadır.

Sonuç olarak havâleyle insanların ihtiyaçlarına binâen meşru kabul edilen müstakil bir akit olarak kabul eden görüşün tercihe şayan olduğu söylenebilir. Bu görüş Şafîî, Malikî ve Hanefî fukahanın bazılarının görüşü olup Hanbelî mezhebinde tercih edilen görüştür. Bu görüşe göre havâle sözleşmesi, borcun borç karşılığında satılması veya hakkı yerine getirilmesi (ifâ) babından bir akit değildir. Çünkü akitlerde kural, her akdin kendine özel muhtevasının olmasıdır. Havâlenin muhtevası ise tahavvül ve nakildir. Bundan dolayı havâle akdi tahavvül ve intikal amaçlı yapılır, muâvaza ya da ifâ amaçlı değil. Bundan dolayı havâleyle borcu borçla satma yahut hakkı yerine getirme anlamını vermek uygun değildir. Ayrıca havâlenin pek çok çağdaş uygulaması da havâlenin müstakil ve kendine ait özellikleri olan bir akit olduğunu ifade eder. Ayrıca *AAOIFI'de* (İslamî Finansal Kuruluşlar için Muhasebe ve Denetim Örgütü) havâlenin bağlayıcı ve ivazlı müstakil bir sözleşmesi olduğu görüşündedir.⁴⁰ Yani *AAOIFI*'ye göre havâle sözleşmesi bey' ve diğer akitlerden ayrı ve müstakil bir sözleşmesidir.

Havâle sözleşmesinde ücret: Şayet havâle'nin yapılması sırasında idarî ve diğer masraflar söz konusu değilse böyle bir havâleden ücret alınması caiz değildir. Zira havâle sözleşmesi aslında

⁴⁰ AAOIFI (İslamî Finans Kurumlarının Muhasebe ve Denetim Organizasyonu), 7. Standart, s, 179.

irfâk (ارفاق) ve istifâdır. Ancak bankacılıkta havâleden ücret almak masraflardan dolayı caizdir.⁴¹ Zira bu tür havâlede bankalarda idari ve benzeri masraflar söz konusudur. Netice olarak normal fikhî havâlede masraflar olmadığından dolayı ücret alınması caiz değildir. Bununla birlikte bankacılıktaki havâlede masraflar olduğundan dolayı gerçekleşen masraflar kadar ücret almak caizdir.

Havâle akdinin fikhî niteliğinde fukahanın ihtilâf etmesinden dolayı birtakım sonuçlar meydana gelmektedir.⁴² Bu sonuçların bazılarını şu şekilde ifade edebiliriz:

- Havâle akdini îfâ, yani hakkı yerine getirme akitlerinden sayarsak bu durumda havâle akdinde muhayyerlik söz konusu olmaz. Örneğin, bir kişi bir araba, koyun ya da bunun benzeri bir şey satın alsın ve ücretini(sermen) başka bir kimseye havâle etse daha sonra bir kusurdan dolayı satın aldığı şeyi iade etse bu durumda havâle akdi de bâtil olur. Havâleyi satım/bey' akitlerinden sayarsak havâlenin bey' akdi gibi değerlendirilmesi havâle sözleşmesini bâtil kılmaz.
- Havâle sözleşmesi îfâ olarak kabul edildiği takdirde havâle akdinde muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması şart değildir. Ancak havâleyi bey' akdi olarak kabul edersek muhâlün aleyh olan kişinin muhîle borçlu olması gerekmektedir. Yani muhâlün aleyh muhîle borçlu değil ise muhâlün aleyh razı olsa bile havâle sözleşmesi câiz değildir. Zira bey' akdinde karşılıklı rıza şarttır. Dolayısıyla bu durumda bir tarafın rızası bulunmadığı için havâle sözleşmesi gerçekleşmez. Çünkü satış/bey', muâvaza akitlerinden sayılmaktadır.
- Havâle akdini hakkı yerine getirme yani îfâ akitlerinden sayarsak havâle akdi için muhâlün aleyhin rızası gerekir. Çünkü muhâlün aleyhin rızası olmadan muhîle borç verilmez. Ancak havâleyi satış akitlerinden sayarsak muhâlün aleyhin rızası gerekmez. Çünkü borcun havâlesi muhîlin hakkı olup muhâlün aleyhin borcun ödenmesinde rızası gerekmez. Îfâ edilen muhîl de olsa muhâlün leh de olsa durum değişmez.
- Eğer havâleyi îfâ akitlerinden sayarsak muhâlün lehine muhâlün aleyhten rehin alması yahut borcu ödeyeceğine dair bir tazminat istemesi câiz olmaz. Çünkü

⁴¹ Zerka / Sellâme / Atiyye, “*el-Havale*”, s. 223.

⁴² Bu ihtilâfın sebebi havâlenin satış mı, îfâ mı ya da müstakil bir akit mi olduğu tartışmasıdır.

muhâlün aleyh borcu ödemede bağışçı (müteberrî) hükmündedir. Ancak havâleyi satış akitlerinden sayarsak, o zaman muhâlün lehine muhâlün aleyhe bunu şart koşması câiz olur. Çünkü satış akdi muâvaza akitlerinden sayılır.⁴³

- Eğer havâleyi ifâ akitlerinden ya da satış akdinden sayarsak havâle ile ilgili çağdaş uygulamaların tahlîli ve hükmünü bulmakta zorlanacağız. Bunun yanı sıra havâleyi müstakil olarak irfâk (ارفاق) ve ticârî muamelelerde insanların ihtiyacına bina edilen bir akit sayarsak havâle ile ilgili çağdaş uygulamaları kolayca inceleyerek havâle hükümlerini onun üzerine tatbik edebiliriz.

B. AFGAN BORÇLAR HUKUKU'NDA HAVÂLENİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

1. Tanımı

Afgan Medenî Kanun'u havâleyi tevsîkât akitlerinden saymış ve onu 1716. maddede şu şekilde tanımlamıştır: “Havâle sözleşmesi, borç ve borcun talep hakkını muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine geçmesidir.”⁴⁴ AMK'ye göre havâle akdi, ya muhîl (asıl borçlu) ile muhâlün aleyh (borcu yüklenen) ya da muhâlün aleyh ile muhâlün leh (alacaklı) arasında yapılan bir akitle meydana gelmektedir. Bu akitle muhîl deynden kurtulur ve yerine muhâlün aleyh gelir.

AMK'nin bu tarifine göre havâle sözleşmesi ile hem borç/hak ve hem de talep hakkı muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder. Yani AMK, *Mecelle'nin* 673. maddesini takip ederek Ebû Yusuf'un görüşüne uygun bir şekilde havâlenin mahiyetini kabul etmiştir. Hatta Afgan Medenî Kanunundaki havâle tanımı, *Mürşidü'l-hayrân*'ın 876. maddesinde serdedilen tanımı tercümesi konumundadır.

2. Hukukî Niteliği

Afgan Borçlar Hukuku'nda havâletü'd-deyn ve havâletü'l-hak kavramları; Afgan Medenî Kanunu'nun 3. cildinin 5. babında “Tevsîk akitleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Havâle akdi hukukî niteliği itibariyle teberru akitlerindedir. Bu akit, ya asıl borçlu ile borcu

⁴³ Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebu Bekir (911/1505), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâidi ve Furûi Fıkhi's-Şâfiyye* (Beyrut: Dar'u-l Kutub el-İlmiyye, 1983), s. 170.

⁴⁴ “Afgan Medeni Kanunu” (Kabil: Afgan Adliye Bakanlığı, 1973).

ماده 1716: حواله دین، عبارت است از انتقال دین از ذمه حواله دهنده به ذمه شخص حواله داده شده و مطالبه دین از وی.

yüklenen ya da borcu yüklenen ile alacaklı arasında gerçekleşir. AMK'ya göre havâle sözleşmesi başka bir akde bağlı olmayan teberrû akitlerindedir.⁴⁵

Havâle sözleşmesi borcu yüklenen açısından bir borçlanma işlemidir. Çünkü borcu yüklenen, alacaklıya karşı asıl borçlunun borcunu yüklenerek borç altına girmektedir. Buna karşılık havâle, alacaklı açısından kazandırıcı bir işlemidir. Çünkü bununla alacaklı borcu yüklenene karşı bir hak kazanmaktadır.⁴⁶ Dolayısıyla AMK'ya göre havâle sözleşmesi Hanefî mezhebindeki râcih görüşü gibi müstakil bir akitir.

II. HAVÂLENİN BENZER KAVRAMLARA İLİŞKİSİ

A. Borcun Havâlesi ve Hakkın Havâlesi

Havâletü'd-deyn ve havâletü'l-hak, iki ayrı kavramdır. Havâletü'l-hak (alacağın temliki) bir bakıma havâletü'd-deyn (borcun nakli) kavramına karşılık gelmektedir. Yani havâletü'l-hakta borç ilişkisinin aktif tarafı muhâlün lehtir. Bu durumda muhâlün leh, alacağını başkasına aktarmış olur. Havâletü'd-deynde ise borç ilişkisinin pasif tarafı muhîldir. Bu durumda muhîl adına muhâlün aleyh borcu yüklenmektedir. Dolayısıyla birincisinde borçlunun karşısında yeni alacaklıyı, ikincisinde ise alacaklının karşısında yeni borçluyu görmekteyiz. Her iki kavramın ortak noktası borç ve alacağın aynı kalmasıdır.

Afgan Medenî Kanunu'na göre havâletü'l-ha sözleşmesinin sahih olabilmesi için borçlunun rızası şart değildir. Ancak akdin borçluya karşı geçerliliğinin sabit olması için borç akdini kabul etmesi gerekmektedir.⁴⁷ Havâletü'd-deynde ise muhâlün leh rızası şarttır. Çünkü muhîl ile muhâlün aleyh arasında yapılan havâletü'd-deyn akdinde muhâlün leh bu akdi kabul etmezse ona karşı hiçbir hüküm doğmaz. Aynı şekilde muhâlün leh ile muhâlün aleyh arasında yapılan akitte muhâlün leh akdin bir tarafı olduğundan dolayı rızası gerekmektedir.⁴⁸

⁴⁵ Yasin, Ahmed, *Ticaret Hukuku* (Kabil: Resalet, 2004), s. 45.

⁴⁶ Bu hukuki nitelik MK. 339 vd maddelerinden anlaşılmaktadır.

⁴⁷ "Afgan Medeni Kanunu", 1753, 1754 md.

⁴⁸ "Afgan Medeni Kanunu", 1720 md.

ماده 1720: رضایت حواله دهنده و حواله گیرنده و شخص حواله داده شده شرط صحت حواله دانسته میشود. در صورتیکه شخص حواله داده شده حواله را قبول نکند، دین به ذمه او انتقال نمی نماید. مگر اینکه دین از رهگذر نفقه زوجة باشد که زوج بامر قاضی مکلف به پرداخت آن گردیده، در اینصورت زوج میتواند بدون رضائیت شخص حواله داده شده (شوهرش) دین را حواله دهد و شوهر مکلف میگردد تا دین را به حواله گیرنده بپردازد.

B. Borcun Havâlesi ve Tecdîd

Afgan Medenî Kanun'unun 928. ve 929. maddelerine göre tecdîd, borçlu ile alacaklı, borçlu ile üçüncü kişi veya alacaklı ile üçüncü kişinin anlaşması ile önceki borç ilişkisinin ortadan kaldırılmasıdır. AMK'na göre tecdîd aşağıdaki durumlarda gerçekleşir:

1. İki tarafın rızası doğrultusunda borç konusunun değişmesiyle
2. Borç ilişkisinin pasif tarafının (borçlunun) değişmesiyle
3. Borç ilişkisinin aktif tarafının (alacaklının) değişmesiyle

Netice olarak tecdîdde önceki borç ilişkisi sona erer, onun yerine yeni ve başka borçtan oluşan mücerret bir borç ilişkisi oluşur. Tecdîdde önceki borç sözleşmesiyle birlikte borç akdine bağlı kefâlet ve rehin gibi teminat akitleri sona erer. Havâletü'd-deynde ise borç veya borç ilişkisi değil, borçlu tarafı değişir. Asıl borçlunun (muhîl) yerine başka bir borçlu (muhâlün aleyh) geçer ve bu borç ile ilgili yan haklar (teminat) devam eder.⁴⁹

C. Borcun Havâlesi ve el-Înâbe fi'l-vefâ

Afgan Medenî Kanunu'nun 934. maddesinde borç konusunda inâbeden şöyle söz edilir: Alacaklı tarafından borcun edası konusunda borçlunun yerine başkasının taahhüdünün kabul edilmesi takdirinde niyabet, caiz olma hükmünü kazanır. Bu işleme, "borçlunun değişmesiyle borcun değişmesi" ismi verilir. Ancak böyle bir anlaşma olmazsa asıl borçlu borcundan kurtulmayıp yanında üçüncü kişinin de alacaklıya karşı yükümlü olduğu yeni bir borç meydana gelir.⁵⁰ Buna AMK'nda "inâbe" denilmektedir.

Bu bağlamda havâle ve inâbe arasındaki fark şöyle açıklanabilir: Havâlede borç, asıl borçludan (muhîl) yeni borçluya geçmektedir. İnâbede ise asıl borçlu borcundan kurtulamaz ve üçüncü kişi asıl borçluyla beraber borcu üstlenir. Böylece inâbede alacaklı (munâbün leh), asıl borçludan olduğu gibi üçüncü şahıstan da borcunu talep edebilir.⁵¹ Bu durumun kefâlet ile farkı bir sonraki başlıkta izâh edilecektir.

⁴⁹ Zennün, Hasan Ali: *Şerhu el-Kanun el-Medeni el-İraki (Ahkamül İltizam)*, (Bağdat 1954), s. 209.

⁵⁰ Yasin, *Ticaret Hukuku*, s. 57.

⁵¹ Zennün, *Ahkamül İltizam*, s. 209.

D. Borcun Havâlesi ve Kefâlet

Kefîl ile alacaklı (dâin) arasında yapılan kefâlet akdinde borçlu tarafından borcuna aykırı hareket ettiğinde dâine karşı kefil sorumlu olacaktır. Bundan dolayı kefâlet akdi, borçluyu borçtan kurtaran bir akit olmayıp borca aykırı davranıldığında dâine garanti veren bir akittir. Havâlede borcun ödemesi ise hem muhîl hem de muhâlün aleyhin ortak sorumluluğunda değil sadece muhâlün aleyhin sorumluluğundadır.

AMK'nin 1679. maddesine göre kefâlet akdinin geçerliliği, yazılı olma şartına bağlıdır. Buna göre kefilin sorumlu tutulacağı miktarın belirtilmesi zorunludur. Ancak havâle akdi yazılı olma şartına bağlı olmadığı gibi muhâlün aleyh, borcun belli bir miktarını değil tamamını îfâ ile yükümlüdür.⁵² Ayrıca kefâlet sözleşmesinde fer'î borç söz konusu iken havâle akdinde fer'î bir borçtan değil aslî borçtan söz edilir.

E. Havâle ve İştirât li-maslahat'l-gayr

İştirât li-maslahati'l-gayrda vaad ettiren (müştarit), yararlananın (müntefi') lehine bir hak tanımaktadır.⁵³ Yani müştarit, yararlanan borçluysa bu sözleşme ile havâle gerçekleştirilmiş olur. Zira borç eski borçlunun/müştaritin zimmetinden yeni borçlunun/müteahhidin zimmetine intikal eder. Ancak bu durumda müştarit, yararlanana bir hak devretmemektedir. 'İştirat limaslahati'l-ğayrda müştarit tarafından yararlananın lehine tanınan hakkın müteahhit tarafından ödenmesi gerekmektedir. Zira bu haktan yararlanan, müştarit ile müteahhit arasında yapılan sözleşmeden kazanır. Bu durumda söz konusu hak, havâle sözleşmesindeki gibi müşterinin zimmetinden çıkmaz.⁵⁴

III. HAVÂLENİN TARİHÎ GELİŞİMİ

İslam Borçlar Hukuku ve Afgan Medenî Kanunu'nun en önemli konularından biri kuşkusuz havâle konusudur. Borçlu borcunu, muhtevâsında herhangi bir değişiklik yapmadan ancak havâle sayesinde üçüncü şahsa nakledebilmektedir.

⁵² Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara 2002), s. 560

⁵³ Zennün, *Ahkamül İltizam*, s. 209.

⁵⁴ Zennün, *Ahkamül İltizam*, s. 211.

Bazı eski hukuk sistemleri ve onlardan biri olan Roma hukuku, borç ilişkisinin alacaklı ile borçlu arasında şahsî bir bağ olduğu görüşünde olduğundan dolayı borcun havâletü'd-deyn yoluyla devrini kabul etmemiştir.⁵⁵ Buna göre taraflardan birinin değişmesi hâlinde sözleşme son bulmakta ve yeni bir akdin yapılması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle önceki borçlunun yerine başkasını ikame etmek, borcun konusunu değiştirmek ve sonuçta borcu ta'dîl etmek anlamına gelmekteydi. Bu sebeple, borçlu (pasif taraf) ve alacaklı (aktif taraf) açısından borca halefiyet kesinlikle reddedilmiştir.⁵⁶

Roma hukukçuları başlangıçta bu konuda borcun tecdîdi (yenileme) çözümünü önermişlerdir. Bu durumda alacaklı borçlu ile anlaşarak alacağının üçüncü bir şahsa ödenmesi konusunda rıza gösterirdi. Yani alacaklı bu şekilde borçtan yararlanma hakkını kazanmış oluyordu. Fakat bu durum borçlunun kabul etmesini gerektiriyordu. Bu zorluktan kurtulmak için başka çözüm arayışlarına girişmişlerdir. Sonuçta bunun üzerine alacağın temlîki/borcun nakli vekâlet yoluyla gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Bu da aşağıda zikredileceği üzere iki şekilde gerçekleştirilmiştir:

A. Alacaklı alacağını tahsil etmek için üçüncü bir şahsı vekil kılmaktaydı. Fakat vekil, ancak alacaklının temsilcisi olarak hareket edebiliyordu yani kendi adına alacaklı değildi. Bundan dolayı onun açacağı dava hakkı, başkasına yani alacaklıya ait olmuş oluyordu.⁵⁷

B. Üçüncü bir şahıs borçlunun temsilcisi olarak alacaklının açtığı davaya alacaklının rızasına gerek duyulmadan giriyor ve davalıyı borcundan kurtararak onun yerine geçiyordu.⁵⁸

Roma Medenî Hukuku'nun son devirlerinde alacaklının şahsında bir değişiklik yapılabilmesine imkân verilmiş ve böylece alacaklı, borçlunun rızası alınmaksızın veya onun muhalefetine rağmen alacağını bir başkasına devretme hakkında sahip olmuştu. Borcun nakli hususunda ise imparatorluğun son devirlerine kadar fazla bir ilerleme kaydedilememiştir.

⁵⁵ Yahya Abdülvedûd, *Havâletül Deyn, Dirase Mukarene Fi's-Şeriatî-İslamiyye ve Kanunî'l-Almanî ve'l-Mısrî*, (Kahire: Dâru'l-fıkr, 1960), s. 3; Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku* (İstanbul, 1982), s. 220.

⁵⁶ Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 220.

⁵⁷ Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 221.

⁵⁸ Arsebük, Esat, *Alacağın Temliki ve Borcun Nakli, A.Ü.H.F.D* (İstanbul, 1954), 2/1151.

Modern hukukta gerçekleştirilen ayrı bir akitle borcun naklini temin etme usulü, alacağın temliki gibi Pandekt hukukunun⁵⁹ bir buluşuydu. Bu sonuca varmak hiç de kolay olmamıştı. Zira borcun nakli A'ya karşı yapılacak bir takibin B'nin aleyhine açılabilmesi demektir. Hâlbuki bir borç alacaklının şahsından ziyade borçlunun şahsına bağlıdır.⁶⁰ Kuşkusuz, alacaklının şahsı borçlu açısından önemli değildir. Borçlu için devredene veya devralana ödemede bulunmak arasında çoğu zaman fark yoktur. Buna karşılık borçlunun şahsı, alacaklıyı daima ilgilendirir.⁶¹ Zira bir alacağın kıymeti borçlusunun ödeme kabiliyeti ile ölçülür. Hukuk mantığının gösterdiği bu zaruret, ekonomik görüşler ve ihtiyaçların karşısında değerini muhafaza edemez duruma gelmiştir. Gelişen ekonomik ihtiyaçlar ve uygulamadan doğan zaruretlere, zamanla bazı boşluklar oluşturmuş ve borcun nakledilmesinin çareleri aranmaya başlanmıştır.

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Avrupa'da borcun nakli konusunda büyük bir hukukî gelişme başlamıştır. Bu konudaki görüşler iki gruba ayrılır:

Birinci grup hukukçular, borçta şahsî halefiyet sistemini benimsemektedir. Onlara göre, Romalıların düşündüğü gibi taraflar arasındaki borç ilişkisi sadece şahsî bir bağdan ibaret değildir ve iktisadî bazı değerler de esas alınmalıdır. Kaldı ki eski borçlu, borcunu bir başkasına devrettiği zaman ne sorumluluk değişecek ne de borç değerinden/niteliğinden herhangi bir şey kaybedecektir. İkinci grup hukukçular ise Roma hukukunun ilkelerini savunmaktadır. Onlara göre borçta şahsî halefiyet imkânsızdır. Bu görüş taraftarları, ekonomik ilişkilerdeki sıkıntıları göz önünde bulundurarak borç naklinin sağladığı sonuçları Roma Hukuku'nun uygulandığı yollardan elde etmeye çalışmışlardır.⁶²

Görüldüğü gibi ilk defa 19. asrın ortalarında ortaya çıkan ve Avrupa hukukunda bir devrim sayılan havâle uygulamasını bütün İslam hukukçuları kabul etmişlerdir. Onlar bu konuda Hz. Peygamber'in "Zengin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali

⁵⁹ Pandect Hukuku: Pandekt hukuku denildiğinde Roma hukuku kökenli ortak (müşterek) Alman özel hukuku anlaşılmalıdır. Bkz: Eşref, Küçük, *XII. Yüzyıl Rönesansı "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku*, s. 114.

⁶⁰ Arsebük, Esat, *Alacağın Temliki ve Borcun Nakli*, 2/1151.

⁶¹ Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 3; Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 220.

⁶² Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 4; Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 221.

vakti yerinde olan birine havale edildiğinde bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.”⁶³ gibi hadislere dayanarak hicri ikinci asrın başlarından itibaren kanunî sistemlere benzeyen birtakım düzenlemeler ortaya koymuşlardır. Ortaya koydukları bu düzenlemelerin hükümleri bugün çoğunlukla yeni kanunlarla benzerlik arz eder. Sonraki dönem hukukçular ise kanun metinlerine benzeyen bu hükümleri şerh ve izah ederek daha da geliştirmişlerdir. Böylece büyük bir fikhî birikim ortaya çıkmıştır.

Batılı araştırmacıların tespitine göre Avrupa’da 12. asırdan önce poliçe usulü bilinmiyordu. Hâlbuki İslam hukukçuları Batı’dan en az beş asır önce poliçe⁶⁴ usulünü bulmuş ve uygulamışlardır. Sonra bu usûl Endülüs müslümanları vasıtasıyla ve Haçlı Seferleri sırasında İtalya yarımadası üzerinden Avrupa’ya intikal etmiştir. Fransızca’da ve diğer Batı dillerinde kullanılan ve havâleden alınmış bulunan “aval” kelimesi de bunu göstermektedir.⁶⁵

İslam hukukçularının havâleyi eserlerinin farklı bölümlerinde inceledikleri görülmektedir. Mesela Hanefîler havâleyi kefâlet bölümünden sonra ele almışlardır. Zira iki bölüm arasında bir benzerlik görmüşlerdir. Bunun aksine Şafiîler havâleyi sulh bölümünden sonra incelemişlerdir. Malikîler ise bazen sulhtan bazen takastan ve bazen de bey’ akdinden sonra ele almışlardır. Hanbelilere gelince onlar, bir kısım eserlerde Hanefîlerin anlayışlarına göre kefâletten sonra, bazen de sulh akdinden sonra incelemişlerdir.

İslam hukukunda havâle sadece hukukî veya fikhî araştırmaların konusu olarak kalmamış, aynı zamanda 1859 yılında çıkan *Mecelletü’l-Ahkâmu’l-Adliyye* isimli Türkiye, Afganistan ve bazı ülkelerin de kanunu olan -nitekim Afgan Medenî Hukuku’nun yanı sıra Afganistan’da hâlâ yürürlüktedir- hukuk metinlerinde de görülmüştür. Havâle konusu o dönem *Mecelle*’nin 4. kitabını teşkil eden “Kitabü’l-Havâle” bölümünde 28 maddede (673-700) tanzîm edilmiştir. Aynı şekilde *Mürşidü’l-Hayrân* kitabında da günümüz kanunlarına benzeyen hükümlere yer verilmiştir.

⁶³ Muhammed b. İsmail Buhari, *el-Cami’ü’s-Sahih*, thk. Mustafa ed-Dîb (Beyrut: Daru ibn Kesir, 1987), HN: 2287.

⁶⁴ Araplar poliçe kelimesi yerine Farsçadaki “sefte” kelimesinden geçme “süftece” kelimesini kullanmaktadır.

⁶⁵ Subhi, Mahmasani, *en-Nazariyyetu’l-Amme li’l-Mücebatı ve’l-Uküdü fi’ş-Şeriatı’l-İslamiye* (Beyrut: Matba’atu’l-Keşşaf, 1948), 2/347.

Afgan Medenî Kanunu havâle konusunu İslam hukukuna, özellikle de Hanefî mezhebinin uygulamalarına dayandırmaktadır. Ancak bunu yaparken özellikle Mısır hukuku gibi gelişmiş hukuk sistemlerindeki düzenin kurallarını göz önünde bulundurmıştır. Dolayısıyla Afgan Medenî Kanunu'ndaki düzenleme, söz konusu kuralların sentezinden ibarettir.

Öyle anlaşılıyor ki havâle akdi, medenî ve ticarî muamelelerde önemli akitlerdendir. Çünkü havâle akdinde amaç, borcun borçludan alınıp alacaklıya ulaştırılarak insanlar arasındaki mâlî ilişkilerin kolaylaştırılmasıdır. Bununla beraber havâle akdi, tevsikî akitlerden olup daha kolay olan bir zimmetle zor olan zimmetin değiştirilmesidir. Bundan dolayı biz de bu çalışmada Afgan borçlar hukuku ile ilgili kaynaklara başvurmayı ve İslam hukukunda özellikle Hanefî mezhebinin kaynaklarından faydalanarak havâle konusunu incelemeye çalışacağız.

IV. HAVÂLENİN MEŞRÛİYETİ VE HÜKMÜ

A. Havâlenin Meşrûiyeti

İslam hukukunda meşrûiyetin temel kaynakları genel olarak Kur'ân, sünnet, icmâ ve kıyastır. Bu sebeple havâle akdinin meşru'iyetini bu temel kaynaklara istinaden ele alıp inceleyeceğiz.

Kur'ân-ı Kerim'de içinde havâle kavramı veya türevlerinin geçtiği herhangi bir nas bulunmamaktadır. Ancak bunun hasen/güzel bir amel olduğunu söyleyebiliriz. İnsanlar arasındaki borçların ödenmesini kolaylaştıran bir eylem türü olduğu için insanların birbirleriyle ilişkilerinde yardımcı olan şeylerden biri olarak değerlendirilebilir. Allah (c.c.) “وتعاونوا على البر والتقوى” buyurmaktadır ki bu buyruğuyla bütün mahlûkata iyilik ve takvâ yolunda iş birliği yapmalarını emretmiştir. Nitekim havâle de bir iyilik türüdür. Bu nedenle yukarıdaki ayet de onun meşrûiyetini bir iyilik olarak göstermektedir. Takvâda Allah'ın (c.c.) rızası, iyilikte ise insanların rızası söz konusudur. Kim de Allah'ın rızasını insanların rızası ile birleştirirse onun saadeti tamamlanmış ve lütfu yayılmış demektir.⁶⁶ Allah (cc) iyiliği emretmektedir, havâle ise

⁶⁶ Ebû Bekr Ali er-Razi Cessas, *Ahkamu'l-Kur'an*, thk. Muhammed Sadık Kamhavi (Beyrut: Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, 1992), 2/269.

iyilik ve takva işlerindedir.⁶⁷ Ayrıca havâle ile borçlunun borcunu ödemesini, alacaklının da hakkının tahsil etmesini kolaylaştırmak amaçlanmıştır. Dolayısıyla Kur’ân-ı Kerim’in bu ayetlerinin, genel olarak borcun havâlesinin meşrûiyetine işaret ettiğini söyleyebiliriz.

Sünnet’te ise, hadislere bakıldığında, Ebû Hureyre’nin rivayetine göre Efendimiz (s.a.v.): “Zengin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali vakti yerinde olan birine havale edildiğinde, bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.”⁶⁸ buyurmaktadır. Bu hadisin “Herhangi biriniz, ödeme gücü olan birine havâle edildiği zaman bunu kabul etsin.” kısmıyla havâlenin kabul edilmesi açıkça emredilmiştir. Ancak bu hadisteki emir bir izin (cevaz) mi, yoksa vücûb mi ifade eder, bu konu İslam hukukçu arasında ihtilafli bir meselesidir. Bu tartışmalar daha sonra beyan edecektir.

Ayrıca havâle ile ilgili fer’î konularda mezhepler arasında ihtilaf olmasına rağmen, halkın ihtiyacına binaen havâlenin meşru olduğu konusunda icmâ’ edilmiştir. İcmâ’nın dayanağı da mezkûr hadistir.⁶⁹ Ayrıca havâle sözleşmesinin sahâbe döneminde de uygulamalarına rastlanmaktadır.⁷⁰

Bunlarla birlikte kıyasla da havâle’nin caiz olması sabittir. Şöyle ki muhâlün aleyh, muhâlün leh borcunu yerine getirebilecek durumda olduğunda havâle de kefâlet gibi meşrûiyet kazanır.⁷¹ Havâle satım değil hakkın îfâsıdır. Çünkü hak sahibi borcunu borçludan alsa bu istifâ olur, muhâlün aleyhten alsa yine de muhâl (asıl borçlu) üzerindeki borcu almış olur. Bu sebeple Hz. Peygamber (s.a.v.) havâleyi, vefâyı yerine getirmek olarak zikretmiştir: “Zengin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali vakti yerinde olan birine havale edildiğinde, bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.”⁷²

⁶⁷ Karâfî, *ez-Zehîra*, 9/241.

⁶⁸ Muhammed b. İsmail Buhari, *el-Cami’ü’s-Sahih*, thk. Mustafa ed-Dîb (Beyrut: Daru ibn Kesir, 1987), 76, h.n 2287.

⁶⁹ İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/345; Şirbini, *Muğni’l-Muhtac ila Ma’rifeti Meani Elfazi’l-Minhac*, 4/241; Zeylâfî, *Tebyînü’l-Hakâik*, 4/171; *Dürer’u-l Hukkam*, 2/261; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, (İstanbul, İz Yayıncılık, 2014), 2/563.

⁷⁰ Bardakoğlu, Ali, “*Havâle*”, *DİA*, (İstanbul, 1997), 16/507-509.

⁷¹ Karâfî, *ez-Zehîra*, 7/413; Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmud (786/1384), *el-İnâye Şerhu’l-Hidâye (Fethu’l-Kadîr hamışinde)* (Kahire: Dâru’l-fikr, ty), 6/346.

⁷² İbn Teymiyye, Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim el-Harrânî (728/1327), *Mecmüül Fetava* (Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, 1995), 5/336.

B. Havâlenin Muhâlün Leh Tarafından Kabul Edilmemesinin Hükümü

Havâlenin meşrûiyeti sünnet ve icmâ' ile sabittir. Ayrıca akıl ve mantık da bunun meşrûiyetine delalet etmektedir.⁷³ Bütün mezhep hukukçuları havâlenin meşrûiyetinde ittifak etmesine rağmen hadisin⁷⁴ ilk bölümünde zikredilen havâlenin kabul edilmesi emrinin delâleti hakkında ihtilafa düşmüşlerdir. Şöyle ki:

Cumhur, hadisteki emri nedbe hamletmiştir ve emrin ödeme gücü olmayana kolaylık sağlamak için vârid olduğunu dolayısıyla vücûb ifade ettiğini ifade etmiştir.⁷⁵ Şafîî ise emri istihbâba hamledip havâleyi kabul etmenin müstehab olduğunu söylemektedir.⁷⁶

Mâlik, hadisteki emrin bir nevi teşvik anlamı taşıdığını ve bağlayıcı olmadığını belirterek özetle şöyle söylemektedir: “Havâlenin konusu deyn olmak şartıyla alacaklı için layık olan Hz. Muhammed’in (s.a.v.) emrine itaat etmektir. Havâle sözleşmesinin konusu borç olmazsa yani ortada bir borç söz konusu değilse böyle bir muameleye havâle sözleşmesi değil kefâlet sözleşmesi denir ve kefâlet hükümleri dikkate alınır.”⁷⁷ Hadisteki emrin vücûb ya da nedb ifade ettiğine dair Ahmed b. Hanbel’den iki farklı rivayet vardır.⁷⁸ Bununla birlikte havâleyi kabul etmenin mubah olduğunu söyleyen başkaca İslam hukukçuları da bulunmaktadır.

Beşerî kanunda İslam hukukuna göre hükümler tamamen farklılık arz etmektedir. Şöyle ki: İslam hukukunda hükümler vacip, haram, mekruh, mendub ve mubah olmak üzere beş çeşittir. Beşerî hukukta ise mendub ve mekruh hükümleri yoktur. Çünkü bu iki hüküm ahlak boyutuyla ilgili olup beşerî hukukun ihmal ettiği sahalardandır Ancak İslam hukuku bunları da içerir ve birer dinî hüküm olarak tanımlar. O yüzden beşerî hukuk, bir şeyi ya emredip muhatabını onunla mükellef kılar ya yasaklayıp ondan meneder veya mubah ilân edip tamamen serbest bırakır. Mâlî muamelatın hepsi beşerî kanunda serbest saha olarak değerlendirilir

⁷³ Bedreddin Ebi Muhammed Mahmud b. Ahmed Ayni, *el-Binaye fi Şerhi'l-Hidaye* (Beyrut: Daru'l-Fikr, 1990), 8/111; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 5/346.

⁷⁴ Zengin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali vakti yerinde olan birine havale edildiğinde, bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.

⁷⁵ Ayni, *el-Binaye*, 8/111; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 5/346.

⁷⁶ Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/188.

⁷⁷ Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, 4/170

⁷⁸ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, ed. Ahmed Muhammed Şakir (Kahire: Daru'l-Hadis, 1995), s. 402.

insanların rahatça amel edebileceği bir konudur. Buna göre Afgan Medenî Kanunu'nda havâle câiz konumunda bir sözleşmedir.

V. HAVÂLENİN UNSUNLARI

Her hukukî sistemde bir sözleşmenin ancak kendisiyle tamamlanabildiği ve o akdin bir parçası olan şeye rükün denir. Hanefî mezhebine göre rükün, bir şeyin hakikatinde yahut mahiyetinde o şeyin varlığının dayanağı olan unsurdur.⁷⁹ Şafîlilere göre ise onun mahiyetinden olmasa da bir şeyin varlığının dayandığı faktördür.⁸⁰ Havâle bir hukukî sözleşme olduğuna göre kendisine ait unsurları vardır. İslam hukukçuları havâle sözleşmesinin rükünleri konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Hanefîlere göre, havâlenin rükünleri icâb ve kabuldür. İcâb, muhîlin alacaklıya “Seni, benden alacağın hususunda filancaya havâle ettim” demesi ve alacaklının da bunu kabul etmesi bunun sonucunda ise her ikisinin de bu durumu kabul ettiğini “kabul ettim, razı oldum” gibi sözlerle ifade etmesidir.⁸¹ Ancak cumhura (Malikî, Şafî ve Hanbelî) göre havâlenin rükünleri beştir⁸²:

- Muhîl: Borçlu olup, borcunu başkasının zimmetine nakledendir. Yani borçlu olan kimsedir.
- Muhtal/ Muhâl: Borçlu olunan, havâlenin yapıldığı malın verileceği kişidir.
- Muhâl aleyh: Zimmetine muhîlin zimmetinden borç nakledilen kişidir.
- Muhâl bih: Muhîlin zimmetinden muhâl aleyhe nakledilen borçtur.
- İrâde beyanı(Siğa): İcâb ve Kabuldür.

Havâlenin unsurları hususunda İslam hukukçuları şeklî bir ihtilaf ortaya koymuştur. Dolayısıyla havâle sözleşmesi, herhangi bir hukukî sözleşme gibi icâb ve kabul ile teşekkül etmektedir. İslam hukuku kitaplarında muhîlin icâbda bulunacağı, muhâlün leh ve muhâlün aleyhin bu icâbı kabul edecekleri öngörülmüşse de bunun aksi de mümkündür. Havâle sözleşmesinde muhâlün aleyh tarafından yapılan bir icâbın, alacaklı tarafından kabul

⁷⁹ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/105; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 5/61.

⁸⁰ Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, 8/409.

⁸¹ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/15.

⁸² İbn Kudame, *el-Muğni*, 5/468; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/193; Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr*, 8/417; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, 4/169.

edilmesinde bir mani yoktur.⁸³ Ayrıca İslam hukukçularının ifadelerinden anlaşıldığına göre havâle sözleşmesinde icâb sarâhaten olabileceği gibi zımnen de olabilmektedir.

Afgan Medenî Kanunu diğer akitler gibi havâle sözleşmesinin de icâb ve kabul ile tamamlanacağını kabul etmiştir. AMK (Afganistan Medenî Kanunu) burada borcu üzerine alan kimsenin icâbda bulunduğunu ve alacaklının da bu icâbı kabul ettiğini öngörmüştür. Ancak AMK'ya göre icâbın alacaklı tarafından yapılmasında da bir engel bulunmamaktadır. İslam hukukunda olduğu gibi AMK'da da havâle sözleşmesinde icâb sarâhaten olabildiği gibi zımnen de olabilmektedir.

VI. HAVÂLENİN KURULMASI

Havâlenin unsurları üzerine kısa bir açıklamada bulunduktan sonra bu kısımda havâle sözleşmesinin kurulma şeklini açıklayacağız.

A. Üçlü Anlaşma ile Kurulması

Havâle sözleşmesi; muhîl, muhâlün leh ve muhâlün aleyhin ortak anlaşma ve rızasıyla kurulabilir. İslam hukukçularının çoğuna göre bu şekilde yapılan bir havâlede, muhâlün leh olan şahsın havâle rızası şarttır. Zira borç, asıl borçlunun zimmetinden (muhîl) yeni borçlunun (muhâlün aleyhin) zimmetine intikal etmiştir. Borcun ödenmesi bakımından zimmetler birbirinden farklıdır. Zira insanlar borçlarına sadık olma ve zorluk çıkarmadan ödeme hususlarında farklıdır. Böyle bir havâle sözleşmesinde muhâlün leh hakkını kolayca elde edebilmesi için rızası gerekmektedir.

Bu tür havâle sözleşmesinde muhâlün leh ile muhâlün aleyhin de rızası gerekmektedir. Zira muhâlün aleyh borcu üstlenen kişidir. Dolayısıyla muhâlün aleyh borcu üzerine almazsa havâle sözleşmesi bir anlam ifade etmeyecektir. Zira havâle sözleşmesinin amacı muhâlün leh hakkının ödenmesidir. Eğer muhâlün aleyh ödemeyi kabul etmezse havâle geçersiz olur. Üç tarafın rızasıyla yapılan havâle sözleşmesinde muhâlün aleyhin rızası gerekli olmasına rağmen onun havâle akdinin gerçekleştirildiği mecliste bulunması şart değildir. Yani muhâlün

⁸³ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/270; *Mecelle*, md.681.

aleyh, havâle kendisine bildirildiği zaman havâleyi kabul ederse havâle sözleşmesi sahih olur.⁸⁴ Havâlenin bu türü *Mecelle*'nin 680. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: “Muhîl, borçlusuna (alacaklı): Seni filan üzerine havâle ettim deyip onlar (muhâlün leh ve muhâlün aleyh) da bunu kabul ederse havâle sözleşmesi münakit olur”. Yani *Mecelle*'nin bu maddesinden açıkça anlaşılacağı üzere havâle akdi muhîl, muhâlün leh ve muhâlün aleyhin beraberce rızası ile kurulmaktadır. Böyle bir havâle sözleşmesinde muhîlin rızası şarttır. Zira bu durumda muhîl, akdin taraflarından biri olmuş olur.

Afgan Medenî Kanunu'nun 1720. maddesinde havâle şu şekilde ifade edilmektedir: “Muhîlin, muhâlün lehin ve muhâlün aleyhin rızası havâlenin geçerli olması için şarttır.”⁸⁵ Bu maddede görüldüğü üzere havâle akdinin gerçekleşmesi için üç tarafın rızası gerekmektedir. Zira Afgan Medenî Kanunu'nda kimin rızasının gerekli olduğu kimin rızasının ise gerekli olmadığı akitte tutulan tarafa göre belirlenir. Yani her sözleşmede kim akdin taraflarından biri olursa rızası da gerekli olur. Sonuç itibariyle havâle akdinin kurulması için muhîl, muhâlün leh ve muhâlün aleyhin rızası gerekmektedir.

B. Muhâlün Leh ve Muhâlün Aleyhin Anlaşması ile Kurulması

Havâle sözleşmesi bazı durumlarda muhâlün leh ile muhâlün aleyh arasındaki anlaşmayla münakit olmaktadır. Ancak bu şekilde gerçekleştirilmiş havâle sözleşmesinde borcun muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine geçmesi için muhîlin rızasının gerekli olup olmadığı tartışılmıştır. Bu hususta İslam hukukçuları arasında iki farklı görüş bulunmaktadır.

Birinci görüş: Malikî, Şafiî ve Hanbelî âlimlerin çoğunluğuna ve Hanefîlerde de bir rivayete göre borç, ancak muhîlin rızası ile muhâl aleyhe aktarılır.⁸⁶ Örneğin Zeyd Amr'a, “senin üzerinde olan borcumu Ebû Bekir'e havâle et. Böylece sende olan hakkımı Ebû Bekir'den almış olayım” derse, Amr da Zeyd'in borcunun Ebû Bekir'e geçmesine razı olursa

⁸⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/99; Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/171; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/347; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/270.

⁸⁵ “Afgan Medeni Kanunu”, 1720 md.

⁸⁶ İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 5/444; İbn Kudame, *el-Muğni*, 5/470; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/193; İlîş, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed (1299/1882), *Minahu'l-Celil ala Muhtasari'l-Allame Halil*, Kahire 1294, (Minahu'l-Celil), 5/17.

havâle sahih olur. Eğer razı olmazsa havâle sahih olmaz. Bu durumda Zeyd'in borcu onu ödeyinceye kadar Amr'ın üzerinde kalmış olur. Bu görüşü savunanlar, havâlenin kuruluşunda muhîlin rızasını şart olarak görürler. Çünkü muhîlin üzerindeki borcu istediği gibi ödeme hakkı vardır.⁸⁷ Nitekim havâlede muhîlin rızasının olmaması, onun muhâlden (kendi hakkı olan) alacağı borçla ödemeye zorlanması demektir. Oysa muhîl buna zorlanamaz. Çünkü muhîlin borcunu istediği gibi ödeme hakkı vardır. Zira insanlar, alacakları borçtan kendi borçlarının ödenmesini hoş karşılamayabilirler.⁸⁸ Aynı şekilde havâle ibrâ etmektir ve mülk ettirme manası da bulunmaktadır. Diğer temlik edilen şeylerde olduğu gibi havâle de zorla yapılıncı ifsat olmaktadır.

İkinci görüş: Bu görüş Hanefî mezhebinde tercih edilmiştir. Bu görüşe göre muhîlin rızası havâle akdinin kurulması için şart değildir. Yani havâle sözleşmesi muhîlin rızasına bakılmaksızın kurulur. Muhammed'den *Ziyâdât*'ta nakledilen görüş de bu şekildedir.⁸⁹ Zira bu tür havâle muhîlin aleyhinde değil tam aksine faydasınadır. *Mecelle*'de de bu görüş benimsenmiştir.⁹⁰ Ayrıca Ali Haydar bu konuda özetle şöyle söylemektedir: *Mecelle*, havâlenin sahih olması için muhîlin rızasını şart koşmamıştır. Çünkü muhîl burada hiçbir zarar görmeyecektir. Ancak muhîlin rızası alınmadan kurulmuş bir havâle sözleşmesinde muhâlün aleyh, borcu ödedikten sonra muhîle rücû edemez.⁹¹ Ancak muhâlün aleyh tarafından muhâlün lehe yapılan ödemenin, muhâlün aleyhteki alacaktan yapılması şart koşulmuşsa muhîlin rızası havâle akdinin sahih olması için şarttır. Zira muhâlün aleyhin bu şartla havâleyi kabul etmesi, muhîlin alacağını isteme hakkını ortadan kaldırmaktadır. Böyle bir durumda hak sahibinin (muhîl) sözleşmeye muvâfakatı şarttır.⁹²

Bu tür ile üç taraf arasında kurulmuş havâle akdi arasında hukukî sonuçlar bakımından bir fark görülmemektedir. Yani bu tür havâlede borç artık muhîl zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder ve bundan sonra muhâlün aleyh, muhâlün lehe karşı sorumlu olur. Bu hususta *Mecelle*'nin 681. maddesinde şöyle bir örnek verilmektedir: Bir kişi başka bir kişiye

⁸⁷ İliş, *Minahu'l-Celîl*, 5/17.

⁸⁸ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, 5/341.

⁸⁹ Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 6/270.

⁹⁰ *Mecelle*, md. 681.

⁹¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, 5/341.

⁹² Babertî, *el-Înaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/347; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 5/444;

benim filandan olan şu kadar borcumu havâleten sen üzerine al derse ve diğ er taraf da bunu kabul ederse veya filanda olan şu kadar borcu benim üzerime havâleten kabul et deyip o da kabul ederse havâle sözleşmesi geçerli olacaktır. Hatta böyle bir icâb ve kabulden sonra muhâlün aleyh olan kişi pişman olsa da pişmanlığı fayda vermez.

Hanefî mezhebindeki bazı literatürde yukarıda bahsettiğimiz iki görüşü birleştiren şöyle bir görüşün de olduğu anlaşılmaktadır: Muhâlün leh ve muhâlün aleyh arasındaki havâle sözleşmesi muhîlin emriyle yapıldığında muhâlün aleyh, muhâlün lehe verdiği malı(borç) muhîlden isteyebilir. Aksi halde havâle sözleşmesi sahih olmakla birlikte muhâlün aleyh, muhâlün lehe verdiği malı(borç) muhîlden isteyemez.⁹³

Afgan Medenî Kanun'un 1720. maddesi şu şekildedir: “Muhîlin, muhâlün lehin ve muhâlün aleyhin rızası havâlenin geçerli olması için şarttır.”⁹⁴ Bu madde muhîlin rızasının, havâlenin sahih olması için gerekli olduğunu ifade etmektedir. Çünkü muhîl, havâle akdinde taraflardan biridir.

Netice olarak hem İslam hukukunda ve hem de Afgan borçlar hukukunda havâle sözleşmesinin münakit olabilmesi için muhîlin rızası şart değildir. Yani muhîlin rızası alınmadan sadece muhâlün aleyh ve muhâlün lehin anlaşması ile havâle akdinin kurulması sahihtir. Ancak günümüzde Afganistan'daki uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda muhîlin rızası alınmadan havâle sözleşmesinin gerçekleşmesi pek mümkün gözükmemektedir. Bundan dolayı havâle sözleşmesinde muhîlin rızasını gerekli gören ikinci görüşün daha isabetli olacağı görülmektedir. Bu konuda *Mürşidü'l-hayrân*, *Mecelle*'nin aksine havâle sözleşmesi yapılması için tarafların (muhîl, muhâlün leh ve muhâlün aleyh) rızasının beraberce gerekli olduğunu belirtmiştir.⁹⁵

C. Muhîl ve Muhâlün Aleyhin Anlaşması ile Kurulması

Havâle sözleşmesi bazen muhâlün aleyh ve muhîl arasındaki anlaşma ile kurulabilir. Ancak böyle bir durumda hukukî sonucun oluşabilmesi için muhâlün lehin rızası şart mıdır sorusu gündeme gelmektedir. Muhîl, borcunu başka birine havâle etmek isterse muhâlün lehin

⁹³ Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/171; Baberti, *el-İnye Şerhu'l-Hidaye*, 6/347.

⁹⁴ “Afgan Medeni Kanunu”, 1720 md.

⁹⁵ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.772.

rızasının gerekli olup olmadığı hususunda fukaha ihtilaf etmiştir. Bu ihtilafın sebebi “Zengin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali vakti yerinde olan birine havale edildiğinde, bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.” mealindeki hadiste yer alan emir kipi hakkında İslam hukukçuları arasında bulunan ihtilaftır. Yani bu hadisteki ifadenin bir izin mi yoksa emir mi olduğu tartışılmıştır. Dolayısıyla fukaha muhâlün lehin rızasının gerekli gerekmediği hususunda iki farklı görüş belirtmiştir.

Birinci görüş, Hanefî, Malikî, Şafî ve bir rivayete göre Hanbeli hukukçuların çoğunluğunun görüşüdür.⁹⁶ Onlar havâlenin kuruluşu için muhâlün lehin rızasını şart koşmaktadır. Eğer muhâlün lehin rızası yoksa havâle akdi sahih olmaz. Çünkü havâleyle geçen borç, muhâlün lehin hakkıdır. Kendisinin onayının olması gerekmektedir. Zira zimmetler yerine getirme hususunda kolaylık ve zorluk bakımından farklılık gösterir. Dolayısıyla muhâlün lehin rızası gerekmektedir. Ayrıca Hanefî mezhebinde muhâlün lehin rızası şart olmasına rağmen muhâlün lehin havâle akdinde mecliste hazır bulunmasının gerekli olup olmadığı hususunda iki farklı görüş vardır. Şöyle ki:

Ebu Hanîfe ve Muhammed, muhâlün lehin veya onun vekilinin havâle akdinin gerçekleştirildiği mecliste hazır bulunmasını ve onay vermesini şart koşmuştur. Onlara göre muhâlün lehin gıyabında havâle sözleşmesi kurulamaz. Ebû Yusuf’a göre ise muhâlün leh akit meclisinde hazır bulunmasa bile havâleyi kabul ettiği takdirde akdin kuruluşu gerçekleşir. Çünkü muhâlün lehin rızası, ancak havâle sözleşmesinden hukukî bir sonuç doğabilmesi (nefâz) için şarttır. Akdin kuruluşu için muhâlün lehin rızası şart değildir.⁹⁷ *Mecelle*’de 638. maddede şu görüş tercih etmiştir: “Havâle sözleşmesi sadece muhîl ve muhâlün aleyh olan kişi arasında gerçekleşmişse havâle sözleşmesi ancak muhâlün lehin kabulü ile kurulur.” Ebû Yusuf’un görüşü maslahata daha uygun olduğundan dolayı tercih edilmiştir.

⁹⁶ Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/325; (*Hâşiyetü'd-Desûkî*), 5/16; İlîş, *Minahu'l-Celîl*, 6/444; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 5/434; Merdavi, *el-İnsaffi Ma'rifeti'r-Racih Mine'l-Hilaf*, s. 228; Ebü İshak İbrahim b. Ali b. Yûsuf el-Firuzabadi Şirazi, *el-Mühezzeb fi Fikhi'l-İmam eş-Şafîi*, thk. Zekerîya Amirat (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiye, 1995), 2/193.

⁹⁷ İbn Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, 6/242; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, 4/29.

İkinci görüş, Hanbelî ve Zahirî hukukçuların görüşüdür.⁹⁸ Onlar, muhâlün aleyh zenginse ve borcu geciktirmiyorsa muhâlün lehin rızasının zorunlu olmadığını savunmuştur.⁹⁹ Bazı Hanbelî âlimler ise muhâlün lehin rızasının hiçbir şekilde zorunlu olmadığını görüşündedir. Yani muhâlün lehin rızası olmamasına rağmen havâle akdi nâfiz olmaktadır.

Hanbelîler bu son görüşe şu hadis-i şerifi delil göstermiştir: “Zenginin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali vakti yerinde olan birine havale edildiğinde, bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.” Bu hadisin delalet ettiği hususlar şunlardır:

- Hz. Peygamber (s.a.v) bu hadiste muhâlün aleyhin takip edilmesini ve ona müracaat edilmesi gerektiğini emretmiştir. Hilafına delil olmadıkça da emre tâbi olmak vaciptir. Öyleyse böyle bir durumda muhâlün lehin rızası aranmamaktadır.
- Muhîl, üzerindeki hakkı(borç) kendisi yahut vekili yerine getirmelidir. Bunu, îfâ görevini kendisi konumunda olan muhâlün aleyhe vermiştir. Böyle olunca da muhâlün lehin borcu kabul etmesi gerekir.

Ancak birinci grup fukahanın görüşü daha uygun görülmektedir. Onlara göre havâle akdinde muhâlün lehin rızası şarttır. Çünkü havâle ile muhâlün lehin hakkı, bir zimmetten (muhîlin zimmeti) başka birinin zimmetine (muhâlün aleyhin zimmeti) intikal eder. Böyle bir durumda hak sahibinin izni olmadan havâlenin gerçekleştirilmesi uygun değildir. Aynı şekilde havâle ancak hak sahibinin maslahatı için yapılmıştır ve hak sahibi de kendi maslahatını daha iyi gözetir. Ayrıca insanlar borç ödeme konusunda farklılık arz eder. Dolayısıyla havâle akdinde bir taraf olarak muhâlün lehin rızası gerekli görülür.

Afgan Medenî Kanunu'nun 1720. maddesi şu şekildedir: “Muhîlin, muhâlün lehin ve muhâlün aleyhin beraberce rızası havâlenin geçerli olması için şarttır.”¹⁰⁰ Bu madde muhîlin rızasının, havâlenin sahih olması için gerekli olduğunu ifade etmektedir. Çünkü muhâlün leh, havâle akdinde taraflardan biridir ve kanun nezdinde onun havâlede rızasının bulunması şarttır. Muhâlün lehin havâle akdinin gerçekleştiği mecliste bulunması hususunda ise AMK'nın

⁹⁸ Merdavi, *el-İnsafî Ma'rifeti'r-Racih Mine'l-Hilaf*, 5/227; İbn Kudame el-Makdisi, *el-Muğni*, 6/61.

⁹⁹ Merdavi, *el-İnsafî Ma'rifeti'r-Racih Mine'l-Hilaf*, 5/228.

¹⁰⁰ “Afgan Medeni Kanunu”, 1720 md.

ماده 1720: رضایت حواله دهنده وحواله گیرنده و شخص حواله داده شده شرط صحت حواله دانسته میشود.

havâleyle ilgili maddelerinde bir şey zikredilmemiştir. Ancak kanunda muhâlün leh rızası mutlak olarak zikredilmesine rağmen, AMK’da muhâlün leh akit meclisinde bulunması değil sadece rızasının gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla AMK’nin bu konuda Ebû Yusuf’un görüşünü benimsediği görülür.

D. Muhâlün Leh ve Muhîlin Anlaşması ile Kurulması

Havâle sözleşmesi bazen muhâlün leh ve muhîl arasındaki anlaşma ile mün’akid olabilmektedir. Ancak böyle bir havâlede borcun, asıl borçlunun zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal etmesi konusunda muhâlün aleyhin rızası şart mıdır sorusu gündeme gelmektedir. Bu konu ile ilgili İslam hukukçuları arasında iki farklı görüş vardır. Burada iki görüşü ve onunla ilgili delilleri inceleyeceğiz:

Birinci görüş Hanefî mezhebinin görüşüdür. Hanefî fukahasına göre, muhâlün aleyhin rızası, havâlenin sahih olması için şarttır. Yani Hanefî mezhebine göre havâle, ister mutlak olsun ister mukayyed olsun muhâlün aleyh tarafından kabul edilmedikçe mevkuf olmaktadır. Eğer havâleyi muhâlün aleyh kabul ederse sahih ve geçerli olur. Kabul etmezse batıl olur. *el-İnaye*’de geçtiği üzere “Muhâlün aleyhin rızası, bize göre (Hanefîler) şarttır.”¹⁰¹ Bu görüşün delilleri ve tahlîli şöyledir:

- Borcun ödenmesi muhâlün aleyhin sorumluluğundadır. Ancak bu sorumluluk muhîle karşıdır. Eğer muhîl bunu başkasına devretmek isterse muhâlün aleyhin rızası gerekir. Çünkü insanlar nasıl ki ödeme bakımından farklıysa malını isteme hususunda da farklılık arz ederler. Zira onlardan mizacı sert olanlar olduğu gibi, yumuşak olanlar da vardır.¹⁰²
- Bir diğer sebep ise muhâlün aleyh, havâlenin kendisiyle tamamlandığı kişilerdendir. Onun havâledeki rızası, muhîl ve muhâlün leh rızası gibidir.¹⁰³

Mecelle ’nin 682. maddesi aynı hükmü açıklamaktadır: “Muhîl ve muhâlün leh arasında yapılan sözleşme muhâlün aleyhin rıza ve kabulü üzerine yapılır.” Ayrıca Şafî mezhebindeki bazı fukahanın muhâlün aleyh muhîle borçlu değilse Hanefîler gibi düşündüğünü belirtmiştir.

¹⁰¹ Baberti, *el-İnaye Şerhu’l-Hidaye*, 6 /346.

¹⁰² Baberti, *el-İnaye Şerhu’l-Hidaye*, 6/364.

¹⁰³ Nevevî, *el-Mecmû*, 10/338.

Yani onlara göre, muhâlün aleyhin muhîle borçlu olmadığı durumlarda muhâlün aleyhin rızası şart değildir.

İkinci görüş Şafîî, Malikî ve Ahmed b. Hanbel'e aittir. Onlara göre muhîl ve muhâlün leh arasındaki anlaşma ile kurulmuş havâle, muhâlün aleyhin rızasına bağlı olmaksızın sahih olmaktadır.¹⁰⁴ Bu görüşün delilleri şunlardır:

“Zengin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali vakti yerinde olan birine havale edildiğinde, bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.” hadisinde Hz. Muhammed (s.a.v.) muhîle, muhâlün aleyhe havâle yapmasını emretmiştir. Burada muhâlün aleyhin rızasıyla ilgili bir şey zikredilmemiştir. Ayrıca bu mezheplere göre muhâlün aleyh, muhîle borçlu olmalıdır. Aksi halde havâle mümkün değildir. Dolayısıyla havâleden önce ödemeyi muhîle yapma zorunluluğu olan muhâlün aleyh, havâleden sonra muhâlün lehe karşı sorumlu olmaktadır. Bundan dolayı ona bir zarar gelmesi söz konusu değildir.¹⁰⁵ Akîl olarak da muhâlün aleyh muhîle borçluysa borçlu olduğu halde muhîl, muhâlün aleyhin rızası olmadan borcu onun üzerine havâle edebilir. Yani bu durumda havâle, satım(bey') akdine kıyasla muhâlün aleyhin rızasına dayanmamaktadır.¹⁰⁶

Ayrıca muhîl veya vekili, muhâlün aleyhten borcunu isteyebilir. Bu durumda muhâlün leh, muhîlin vekili olarak muhâlün aleyhten muhîlin borcunu almaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre eğer havâle sözleşmesi muhâlün leh ve muhîl tarafından yapılırsa muhâlün aleyhin rızası gerekli değildir.

Afgan Medenî Kanunu'nun 1720. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “Muhîlin, muhâlün lehin ve muhâlün aleyhin beraberce rızası, havâlenin sıhhat şartlarındandır.”¹⁰⁷ Bu madde muhâlün aleyhin rızasını havâlenin sıhhat şartlarından biri olarak kabul etmiştir. AMK'nun 1722. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “Muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması şart değildir. Muhâlün aleyh havâleyi kabul ettiyse havâle sahih olur ve muhâlün aleyh, borcu muhâlün lehe vermekle mükellef olur.”¹⁰⁸ Bu madde muhâlün aleyhin

¹⁰⁴ Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, 2/188; el-Baci, *el-Muntakâ Şerhu'l-Muvatta*, 5/67; İbn Kudame, *el-Muğni*, 6/579.

¹⁰⁵ Senhüri, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/429.

¹⁰⁶ İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/61; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Meani Elfazi'l-Minhac*, 3/262.

¹⁰⁷ “Afgan Medeni Kanunu”, 1720 md.

¹⁰⁸ “Afgan Medeni Kanunu”, 1722 md.

muhîle borçlu olmasının havâle akdinin gerçekleşmesi için şart olmadığını ifade etmektedir. Yani muhâlün aleyhin havâleyi kabul etmesi yeterlidir. Dolayısıyla bu konuda AMK’undaki hükümlerin Hanefî literatüründeki ile aynı olduğu görülmektedir.

VII. HAVÂLENİN ÇEŞİTLERİ

A. İslam Borçlar Hukukunda Havâlenin Çeşitleri

Hanefî mezhebinde havâle, mutlak ve mukayyed olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Diğer mezheplerde ise böyle bir ayırım söz konusu değildir. Onlara göre “havâle” denildiğinde mukayyed havâle anlaşılmaktadır. Fakat Hanefîlerin e bu şekildeki taksimi, diğer mezheplerin bu konudaki görüşlerinin daha iyi anlaşılması bakımından önemlidir. Hanefî hukukçular tarafından havâlenin başka yönlerden taksimi de yapılmıştır. Yeri geldikçe onlar üzerinde de durulacaktır.

İslam borçlar hukukunda havâlenin mutlak ve mukayyed olarak tasnifi, onu diğer hukuk sistemlerinden ayırmaktadır. Bu sebeple Hanefîlerin görüşünden hareketle havâlenin çeşitleri ayrı ayrı ele alıp aralarındaki farklar belirtilecektir.

1. Mutlak Havâle

Mutlak havâle sözleşmesi, muhîlin, muhâlün aleyh elinde bulunan varlıktan verilmek üzere belirli bir şartla sınırlı olmayan havâle sözleşmesidir.¹⁰⁹ Mutlak havâle sözleşmesinde asıl borçlunun muhâlün aleyh olan kişinin zimmetinde bir borç veya onun elinde bir varlık olması gerekli değildir. Muhâlün aleyh muhîle borçlu olacağı gibi, olmayabilir de. Ancak muhâlün aleyh muhîle borçluyorsa, havâle yapılırken “o borçtan verilmek üzere” şeklinde kayıt getirilmemelidir. Aksi hâlde havâle mukayyed hale gelir. Yani muhâlün aleyh, muhîle borçlu değilken yapılan havâleyi kabul etmek “mutlak havâle” olacağı gibi borçlu olduğu hâlde ödemenin o borçtan yapılması şart koşulmaksızın yapılan havâle de mutlak havâledir.¹¹⁰

ماده 1722: فقره دوم: مدیون بودن حواله داده شده از حواله دهنده شرط نبوده، هر وقتیکه شخص حواله داده شده حواله را قبول نماید، حواله صحت یافته به پرداخت دین به حواله گیرنده ملزم می گردد. گر چه شخص حواله داده شده مدیون حواله دهنده نباشد.

¹⁰⁹ Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, 6/16; Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/173; Baberti, *el-Înaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/353; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkam* (Konstantiniyye: Matabaa-i Ebü'z-Ziya, 1330), 679 md.

¹¹⁰ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 5/294; Senhûrî, *el-Vasît fi şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/421.

Mecelle de havâle akdın sahih olabilmesi için muhâlün aleyhin muhîle borçlu olmasını şart koşmamıştır.¹¹¹

Hanefî mezhebi dışındaki diğer üç mezheb, daha önce de belirttiğimiz gibi havâle sözleşmesinin sahih olabilmesi için muhâlün aleyhin muhîle borçlu olmasını şart koşmaktadır. O hâlde bu mezheplere göre havâle dâima mukayyedir. Hanefîlerin “mutlak” olarak vasıflandırdığı havâle, onlara göre havâle sayılmaz. Hatta onlar bunu havâle olarak da isimlendirmemektedir. Eğer borçlu, alacaklısını kendisine borçlu olmayan üçüncü bir şahsa havâle etmişse onlara göre bu havâle değil vekâlet sözleşmesidir,. Dolayısıyla burada vekâletin hükümleri uygulanır.¹¹² Malikîler, bu çeşit havâleye “hamâle” adını vermektedir.¹¹³ Böyle bir durumda üç tarafın rızası gereklidir. Muhâlün aleyh olan üçüncü şahıs ise muhîlin kefilidir. Bu takdirde muhâlün leh, alacağını hem muhîlden hem de muhâlün aleyhten talep etme hakkına sahiptir.

Havâle, havâle edilen borcun vadesibakımından “müphem” ve “gayr-ı müphem” kısımlarına ayrılır.

- a. Müphem havâle, nakledilen borcun, vadeli veya vadesiz olduğu belirlenmeyen havâledir.
- b. Gayr-ı müphem havâle, nakledilen borcun, vadeli veya vadesiz olduğu belirlenmiş havâledir.¹¹⁴

Her birinin doğurduğu hukukî sonuçlar farklıdır. Bu sonuçlar üzerinde ayrıca durulacaktır.

2. Mukayyed Havâle

Havâle sözleşmesinde muhîl, muhâlün leh ve muhâlün aleyh olmak üzere üç kişi bulunur. Havâlenin mutlak veya mukayyed oluşuna müessir taraf, üçüncü şahıs olan muhâlün aleyhtir. Muhâlün aleyh muhîle borçlu ise yâhut elinde muhîle ait bir vedî’ya veya gasbedilmiş bir mal varsa ve havâle bu borç ve mallardan verilmek üzere yapılmışsa bu bir mukayyed havâledir. Bu durumda muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması şarttır. Bütün mezheplere göre

¹¹¹ *Mecelle*, 2/686 md.

¹¹² İbn Kudame, *el-Muğni*, 5/579.

¹¹³ İmam Malik b. Enes el-Esbahi, *el-Müdevvenetü’l-Kübra Rivayetü’l-İmam Sahnun b. Said* (Beyrut: Darü’l-Kütübi’l-İlmiye, 1994), s. 149.

¹¹⁴ Baberti, *el-İnaye Şerhu’l-Hidaye*, 5/353; *el-Fetâva’l-Hindiyye*, 3/298; Ali Haydar, *Dürerü’l-Hükkam Şerhi Mecelleti’l-Ahkam*, 2/160.

durum aynıdır. Ancak Hanefî mezhebinde, mukayyed havâlede ayrıca havâlenin muhîl tarafından muhâlün aleyh zimmetindeki alacağa kayıtlı olması şart koşulmuştur. Yani muhîl, havâleyi muhâlün aleyhteki alacağından verilmek üzere yapmalıdır. Dolayısıyla muhîl, muhâlün aleyhteki alacağı ile havâleyi kayıtlamamışsa muhâlün aleyh her ne kadar muhîle borçluysa da buna mukayyed havâle denmez. Başka bir deyişle mukayyed havâle sözleşmesi, asıl borçlunun (muhîlin) muhâlün aleyh elinde olan varlıktan verilmek üzere yapılmış bir havâle sözleşmesidir.¹¹⁵ Afgan Medenî Kanunu de mukayyed havâleyi bu şekilde tarif etmiştir.¹¹⁶

Tariften de anlaşıldığı gibi, mukayyed havâlede muhâlün aleyh, muhîle ya borçludur veya elinde ona ait bir mal vardır. Muhâlün aleyhin alacağı ise bu malla kayıtlıdır. Bu duruma göre mukayyed havâleyi üç kısma ayırabiliriz:

- a. Muhîlin, muhâlün aleyh zimmetindeki alacağından verilmek üzere yapılan havâledir. İslam hukukunda buna borçla mukayyed havâle “الحوالة المقيدة بالدين” denilmektedir.

Örneğin Ahmet’in Mahmut, Şerif’in de Ahmet’ten bin lira alacağı vardır. Ahmet, Şerif’e, “Mahmut’taki alacağımakarşılık seni Mahmut’a havâle ettim” der ve Şerif de bu havâleyi kabul ederse bu, borçla sınırlı bir havâle sözleşmesi olacaktır.

- b. Muhîlin, muhâlün aleyh elinde emanet olarak bulunan malından verilmek üzere havâledir. Buna İslam hukukunda emanetle kayıtlı havâle “الحوالة المقيدة بالموعدة” denilmektedir.
- c. Muhîlin, muhâlün aleyh elindeki gasp gibi tazmini gereken malından verilmek üzere yapılan havâledir. Buna İslam hukukunda tazmini gereken bir ayınla kayıtlı havâle “الحوالة المقيدة بعين المضمونه” denilmektedir.¹¹⁷ Mukayyed havâlenin bu şekilde taksimi, havâle sözleşmesinin doğurduğu hukukî sonuçlar açısından önemlidir. Konu, havâlenin sonuçları adlı başlıkta detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

¹¹⁵ Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi* 6/16; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 4/173; Ekmeleddîn Baberti, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye* (Beyrut: Daru'l-Fikr, ts.), 8/353; *el-Bahru'r-Râik*, 6/274; *Dürer'u-l Hukkam*, 2/678 md.; Muhammed Kadri Paşa (ö. 1306/1888), *Mürşidü'l-hayrânîlâ Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân* (Bulak: Metba'atı'l - Kubra' l- Emiriyye, 1891), 769 md.; *el-Vasît fi şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, s. 420,421.

¹¹⁶ “Afgan Medeni Kanunu”, 1745 md.

¹¹⁷ Baberti, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye*, 5/35; Şeyh Nizâm, *el-Fetâva'l-Hindiyye* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2010), 3/369; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, 5/294.

Mukayyed havâle, genel olarak alacağın temlikî şeklinde gerçekleşir. Borcun îfâ yollarından biri olarak kabul edilmiştir. Çünkü muhîl borcunu havâle ile muhâlün aleyhe olan borcu karşılığında devretmesi bir bakıma temliktir.¹¹⁸

B. Afgan Borçlar Hukukunda Havâlenin Çeşitleri

Afgan Medenî Kanunu havâleyi, önce havâletü'd-deyn ve havâletü'l-hak olmak üzere ikiye ayırmıştır. Afgan Medenî Kanunu'nun 1717. maddesinde belirtildiği gibi havâleyi (havâletü'd-deyn) Hanefî mezhebinedayandırmış ve havâleyi mutlak ve mukayyed olmak üzere iki ana bölüme ayırmıştır.¹¹⁹

1. Mutlak Havâle

Afgan Medenî Kanunu'nda havâle sözleşmesinde muhîl, muhâlün leh ve muhâlün aleyh olmak üzere üç taraf bulunmaktadır. Havâle sözleşmesinin mutlak veya mukayyed oluşunda etkili kişi, üçüncü taraf olan muhâlün aleyhtir. AMK'nun 1718. maddesine göre mutlak havâle, borcun muhâlün aleyh zimmetinde veya elinde bulunan malından verilmek üzere kayıtlı olmayan havâledir.¹²⁰

Hanefî mezhebinde olduğu gibi Afgan Medenî Kanunu'na göre de mutlak havâlede muhîlin, muhâlün aleyhin zimmetinde bir alacağı yahut bir malı olması şart değildir. Yani muhâlün aleyh muhîle borçlu olabileceği gibi borçlu olmayabilir de. Ancak muhâlün aleyh muhîle borçluysa havâle sözleşmesi yapılırken muhîl alacaklıya alacağını o borçtan verilmek üzere kayıtlılandırması şarttır. Aksi durumda havâle mutlak değil mukayyed olacaktır.¹²¹

2. Mukayyed Havâle

AMK'nun 1719. maddesine göre muhâlün aleyh, muhîle borçlu ise veya elinde muhîle ait bir emanet yahut gasp edilmiş bir alacak varsa ve havâle akdinde bu borç ve alacağın

¹¹⁸ Senhûrî, *el-Vasût fî şerhi 'l-Kânûni 'l-Medenî*, 3/344.

¹¹⁹ "Afgan Medeni Kanunu", 1717 md.

ماده 1717: حواله یا مطلق ویا مقید می باشد.

¹²⁰ "Afgan Medeni Kanunu", 1718 md.

ماده 1718: حواله مطلق اینست که مدیون داین خود را بر شخص دیگری به طور غیر مقید حواله تادیه دین بدهد، شخص حواله داده شده آن را از مدرک دینی که حواله دهنده بر ذمه وی دارد یا دینی که از لحاظ مال و دیعت یا مال غصب شده نزد وی دارد، اداء نماید. یا طوری باشد که حواله دهنده و شخص حواله داده شده، هیچگونه حقوقی بر یکدیگر نداشته باشند.

¹²¹ Yasin, *Ticaret Hukuku*, s. 51.

bedelinden alacaklıya alacağını vermek üzere yapılmışsa söz konusu havâle mukayyed havâle ismini alır. Bir başka ifadeyle mukayyed havâlede muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması şarttır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, AMK başlangıçta havâleyi iki kısma ayırır. Bunlardan birisi havâletü'd-deyn iken diğeri havâletü'l-haktır. Daha sonra havâletü'd-deyni Hanefî mezhebine göre ayırma yoluna gider. Böylece havâleyi 1718 ve 1719. maddelerinde belirtildiği gibi mutlak ve mukayyed olarak ikiye ayırır. Tarifler dikkate alındığında mutlak ve mukayyed havâleyi tanımlamada İslam hukuku ile AMK arasında herhangi bir fark yoktur.

VIII. HAVÂLENİN ŞARTLARI

Bu başlık altında iki konu ele alıp incelenecektir. Bunlar:

- İslam hukuku ve Afgan Medenî Kanunu'nda havâle akdinin tarafları ile ilgili şartlar
- İslâm hukuku ve Afgan Medenî Kanunu'nda havâle akdinin konusu ile ilgili şartlar

A. Taraflar ile İlgili Şartlar

Havâle akdin sahih olarak kurulması ve nefâzı için akdin taraflarında bulunması gereken şartlar vardır. Havâle akdinin taraflarında olması gereken şartlar, tarafların rızası ve onların ehliyetidir. Ancak tarafların rızası ile ilgili bilgi “havâle akdin kurulması” başlığı altında ayrıntılı olarak yer zikredilmişti. Dolayısıyla burada havâle akdinin üç tarafının hukukî ehliyetini ayrı ayrı ele alıp inceleyeceğiz.

1. Muhîlin Ehliyeti

Muhîl, muhâlün lehe borcu olan ve bu borcu muhâlün aleyhin zimmetine havâle eden kişidir. Havâle sözleşmesinin in'ikâdı ve nefâzı için, muhîlin ehliyet sahibi olması gerekir. Muhîlin ehliyeti için şunlar gereklidir:

Muhîlin mümeyyiz olması, başka bir ifade ile akıl sahibi olması, akdin sahih olabilmesi için şarttır.¹²² Yani muhlin âkil olması akdin geçerlilik (sıhhat) şartıdır. Dolayısıyla temyiz sahibi olmayan çocuk veya akıl hastası tarafından yapılan havâle akdi bâtıldır.¹²³

Muhîlin bâliğ olması, havâle akdinin yapılması için şart olmasının yanında akdin hukukî sonuç doğurması için lâzımî bir şarttır.¹²⁴ Mümeyyiz çocuk tarafından yapılan havâle sözleşmesi, velisinin onayına bağlıdır. Zira havâle sözleşmesi aslında ibrâdır. Ayrıca havâle sözleşmesinde muâvaza akdi anlamı vardır. Özellikle mukayyed havâle olduğunda akli eren çocukla alışverişte olduğu gibi bunda da akit gerçekleşebilir.¹²⁵ *Mecelle*'nin 684. ve 685. maddelerinde, mümeyyiz olmayan çocuğun borç havâlesi bâtil, mümeyyiz olanın ise veli veya vasisinin iznine bağlı olarak sahih kabul edilmiştir. Ayrıca *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 770. ve 771. maddelerinde de benzer ifadeler söz konusudur.

İslam hukuku literatüründe muhîlin sağlığı ve hürriyeti şart değildir. Dolayısıyla muhîlin hür olması ve sağlıklı olması da gerekli değildir.¹²⁶

2. Muhâlün Lehin Ehliyeti

Muhâlün lehin âkil olması, havâle akdinin sıhhat şartlarındandır. Dolayısıyla, muhâlün leh, ayırt etme gücüne sahip olmadığı takdirde havâle akdi bâtil sayılır.¹²⁷ Ayrıca Muhâlün lehin bâliğ olması havâle sözleşmenin nefâz şartıdır. Yani bâliğ olmayan çocuk tarafından yapılan havâle akdi, velisinin iznine mevkuftur. Söz konusu onayın aranmasının gerekçesi, havâle akdi vesilesiyle çocuğun zarar görmesini engellemektir. Zira bu akit bâliğ olmayan çocuk için hem zarar hem de fayda doğurma ihtimali içerir.¹²⁸ Veli tarafından sözleşmeye izin verildiğinde muhâlün aleyhin muhîlden daha zengin olması gerekir. Aksi halde velinin verdiği izin herhangi bir hüküm ifade etmez.¹²⁹ Muhâlün lehin bâliğ ve âkil olması şartları, havâle

¹²² Şeybâni, *el-Asl*, 10/ 447.

¹²³ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, 5/ 341; Bilmen, *Kamus*, 6/289.

¹²⁴ Şeybâni, *el-Asl*, 10/447; Bilmen, *Kamus*, 6/289.

¹²⁵ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 648.

¹²⁶ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/341; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/290; Bilmen, *Kamus*, 6/291.

¹²⁷ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/341; Bilmen, *Kamus*, 6/289; *Mecelle*, md. 684.

¹²⁸ Bilmen, *Kamus*, 6/290.

¹²⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/341; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/290.

sözleşmesinin “muhâlün leh ile muhâlün aleyh” veya “muhâlün leh ile muhîl” arasında olması durumuna göre değişiklik arz etmez.

3. Muhâlün Aleyhin Ehliyeti

Muhâlün aleyh’in âkil olması havâle sözleşmesinin geçerlilik(sihhat) şartlarındandır. Muhâlün aleyhin ayırt etme gücünden yoksun olması veya çocuk olması durumunda gerçekleşen havâle akdi batıl sayılır.

Muhâlün aleyh olan kişinin bâliğ olması sözleşmenin in’ikâdı için gerekli bir şarttır. Dolayısıyla bâliğ olmayan bir kişi tarafından kurulmuş havâle sözleşmesi bâtıldır. Böyle bir durumda veli onay verse bile akit geçerli hale gelmez. Çünkü bu durumda havâle akdi, muhâlün aleyh açısından zararlı bir muamele olacaktır. Dolayısıyla âkil ve bâliğ olmayanlar, velilerinin rızasıolsa dahi havâle akdini gerçekleştiremezler.¹³⁰

Afgan Medenî Kanunu’nun havâle ile ilgili bölümlerinde havâle sözleşmenin taraflarında bulunması gereken şartlarla ilgili yeterli bir açıklama yoktur. Havâle ile bağlantılı olan maddelere müracaat ettiğimizde ise havâle akdinin tarafları için tek bir şartın zikredildiğini görmekteyiz ki o da muhîlin rızasıdır. 2210. maddesinde geçtiği üzere “muhîlin ve muhâlün aleyhin rızası havâlenin geçerli olması için şarttır.”¹³¹ Bu maddede havâle akdinde üç tarafın da rızası havâlenin sıhhat şartlarından biri olarak sayılmışve havâle akdinin taraflarında olması gereken diğer şartlardan bahsedilmemiştir. Şu kadar var ki havâle akdinin taraflarında bulunması gereken diğer şartlar konusunda bilgi edinmek için Afgan Medenî Kanun’undaki “akit” bahsine müracaat etmemiz gerekir.

Akdi kuran kişide bulunması gereken şartlar şunlardır: Afgan Medenî Kanunu’ndaki akit maddelerine göre hangi akitte olursa olsun akdin sahih olabilmesi için akdi yapan kişinin akıl sahibi ve baliğ olması gerekir. Akdi yapan kişide bulunması gereken şartlar, Afgan Medenî Kanunu’nun 542. maddesinden 587. maddesine kadar olan maddelerinde zikredilmiştir. Akdi yapanın rızasının bulunup bulunmaması ile ilgili konular bu maddelerde yer alır.

¹³⁰ Kâsânî, *Bedâiü’s-Sanâi*, 6/16; Mecelle, md. 684; Bilmen, *Kamus*, 6/289-290.

¹³¹ “Afgan Medeni Kanunu”, 1720 md.

Burada bizi alakadar eden kısım ise maddelerde akdi yapanın ehil olması ve rızası açısından akdin geçerliliğini açıklayan kısımdır. 542. maddede ifade ettiğine göre yetkisi elinden alınmadıkça yahut kanun ile sınırlandırılmadıkça herkes akit yapabilir. Buradaki herkes lafzı her akdi gerçekleştirebilecek şahıs demektir. Bu madde kanun tarafından kişinin yetkisi kısıtlanmadıkça yahut elinden alınmadıkça akit kurma özgürlüğünü açıkça ifade etmiştir.

AMK'nun 543. maddesi şöyle bir mefhum arz eder: “Velisi izin verse bile ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük çocuğun tasarrufu geçerli değildir.”¹³² 544. maddede ise şöyle açıklanmıştır: a) Ayırt etme gücüne sahip olan küçük çocuğun tasarrufu tamamen menfaatine olduğunda velisi izin vermese bile sahihtir. Ancak tamamen zararına olduğunda velisi izin verse bile batıl olur. b) Bu tasarruf hem fayda hem zarar taşıyor ise velinin onayı yahut çocuğun reşit olması şarttır.¹³³ MK'nin 545. maddesinde de şöyle geçmektedir: a) Deli ya da bunak olduğu için üzerine hacr konulan kimsenin tasarrufu batıldır. b) Deli ya da bunak olduğu halk arasında yaygın değilse yahut akdi yapan karşı taraf bunu bilmiyorsa deli ve bunak olduğuna dair karar çıkmadan önceki tasarrufları batıl değildir.¹³⁴

Bu maddeler açıktan ve dolaylı olarak âkil ve bâliğ olmanın akdi gerçekleştirmek için şart olduğunu ortaya koymaktadır. Bu akit mülk edindirme, tevsikât yani teminat akitleri ya da başka türlü bir akit olsa bile sahih olmaktadır. Ayrıca havâle akdi tevsikât akitlerinden olduğu için diğer akitlerde koşulan şartlar havâlede de aranmaktadır. Dolayısıyla AMK göre üç tarafın da havâle akdine ehil olabilmesi için akıllı, baliğ ve rıza olması şarttır.

İslâm hukuku ve Afgan Medenî Kanunu havâle akdinde taraflarda olması gereken şartlarda ittifak hâindedir. Ancak İslam hukukuna göre bülüğ, havâle akdinin nefazı için şarttır ve AMK'ya göre bülüğ akdin sıhhat şartlarındandır. Bu sebeple İslâm hukukunca ve Afgan Medenî Hukukunca deli olan ve bunamış olan kişinin havâle akdi geçerli değildir. Ayrıca İslâm hukuku ve AMK arasında farklılık noktası, AMK'ya göre delilik ve bunaklığa dair mahkeme

¹³² “Afgan Medeni Kanunu”, 543 md.

madde 543: تصرف صغیر غیر ممیز باطل پنداشته میشود، اگر چه ولی وی اجازه داده باشد.

¹³³ ماده 544: (1) تصرف صغیر ممیز که کاملاً به منفعت وی باشد، جواز دارد، اگر چه ولی وی اجازه داده باشد. (2) تصرف متضمن نفع و ضرر نداده باشد. در صورتیکه تصرف مذکور کاملاً بضرر وی باشد، باطل پنداشته میشود گر چه ولی وی اجازه داده باشد. (3) تصرف متضمن نفع و ضرر با اجازه ولی در حدود صلاحیت وی یا اجازه شخص ناقص اهلیت بعد از رسیدن به سن رشد موقوف میباشد.

¹³⁴ “Afgan Medeni Kanunu”, 545 md.

madde 545: (1) تصرف مجنون و معتوه بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته میشود. (2) تصرف قبل از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته نمی شود، مگر اینکه حالت جنون و معتوه بودن حین عقد شایع بوده یا طرف مقابل به آن علم داشته باشد.

kararının şart olmasıdır. Yani AMK'ya göre böyle bir hüküm yoksa delilik ve bunaklık sözleşme için mani sayılmaz; ancak şu iki durum bundan müstesnadır:

- Delilik hali sürekli ise ve bunaklığı halk arasında yayılmışsa akit kurulamaz.
- Akdi yapan taraf bundan haberdarsa akit batıl olur.

Afgan Medenî Kanun'unda deliliğin tasarrufa engel olması için hâkim tarafından hüküm verilmesi şarttır. Ama İslâm hukukunda böyle bir şart söz konusu değildir. Ancak bu konuda diyebiliriz ki, kanun tarafından delinin tasarrufunun kısıtlanmasının faydalı olduğu kesindir. Zira delilik sebebiyle akit konusunda oluşabilecek birçok sorun ayrıca batıl iddiaların ve inkârların önüne geçilebilir. Kanun, toplumda olası problemleri ortadan kaldırmak için ihtiyata dayalı söz konusu şartları kaçınılmaz saymıştır.

B. Konu ile İlgili Şartlar

Havâle akdinin konusu, İslam hukuku literatüründe “muhâlün bih” şeklinde ifade edilmektedir. Havâle sözleşmesinin konusunun (mevzû) daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle aşağıdaki hususların belirtilmesinde fayda vardır.

Hanefî mezhebine göre havâle akdinin gerçekleşebilmesi için muhîlin muhâlün lehe borçlu olması şarttır. Aksi hâlde havâle akdi söz konusu olamaz. Hanefî fakihleri bu konuda ittifak hâlinindedir. Dolayısıyla muhîl, muhâlün lehe borçlu değilken muhâlün aleyh muhâlün lehe herhangi bir ödemede bulunmasını isterse buna havâle sözleşmesi değil kefâlet sözleşmesi denir.¹³⁵

Diğer mezheplerin aksine Hanefî hukukçular, havâlenin sahih olabilmesi için muhâlün aleyhin muhîle borçlu olmasının gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte muhâlün aleyh muhîle borçlu olmayabilir de.¹³⁶ *Mecelle* ve *Mürşidü'l-Hayrân*'da da aynı hüküm kabul edilmiştir.¹³⁷ Bu sebeple havâle sözleşmesinde muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması şart olmadığından Hanefî hukukçular havâleyi, mutlak ve mukayyed olmak üzere iki kısma ayırmış ve ayrı ayrı değerlendirmiştir.

¹³⁵ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/171; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/290.

¹³⁶ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/290.

¹³⁷ Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkam*, 686m.

Hanefî dışındaki diğer mezheplere göre muhâlün aleyh olan kişinin asıl borçluya (muhîle) borçlu olması şarttır. O halde muhâlün aleyh muhîle borçlu değilken havâleyi kabul edip borcu ödeyecek olursa buna havâle denmez. Bu, muhâlün aleyhin bir teberrûsudur.¹³⁸

Dolayısıyla havâle sözleşmesinde Hanefî mezhebine göre bir veya iki borcun, diğer mezheplere göre ise mutlaka iki borcun bulunması gerekir.

İslâm hukukunda bu borçlardan nakledilene “muhâlün bih olan borç” kendisiyle ödemede bulunulacak borca da (yani muhâlün aleyhin muhîle olan borcuna) “muhâlün aleyh olan borç” denir. İslam hukuku ve Afgan borçlar hukukunda havâle sözleşmesinin konusu, muhîlin “muhâlün aleyhe olan” borcudur. Bununla ilgili olarak bazı şartlar ileri sürülmüş, akdin sıhhati için bunların gerçekleşmesi istenmiştir. Dolayısıyla havâle akdinin konusu ile ilgili şartlar aşağıda zikredilmiştir:

1. Konunun Sahih ve Lâzım Bir Borç Olması

İslam hukukuna göre havâle sözleşmesinde bir deynin havâle akdine mevzû olabilmesi için o deynin sahih bir deyn olması gerekmektedir.¹³⁹ İslam hukukuna göre ancak ifa ve ibrâ ile borçlu zimmetinden düşen borç sahih bir borcudur.¹⁴⁰ Yani eğer borcun ifâ ve ibrâ dışında arızî sebeplerle düşmesi mümkünse o borç sahih ve lâzım bir borç değildir.

Havâle akdinde muhâlün bih olan borcun bağlayıcı bir borç olması şartı en çok Henefî mezhebinde mutlak ve açık bir şekilde görünmektedir. Zira bağlayıcı olamayan borçların zimmetten düşme ihtimali vardır. Hâlbuki havâle akdinden amaç muhâlün aleyhi, muhâlün lehe karşı sorumlu kılmaktır. Bu da ancak zimmetteki borcun, bağlayıcı olması ile olabilir.

Dolayısıyla eğer bey akdinde şart muhayyerliği varsa semenin havâle edilmesi sahih olmaz. Ancak şart veya meclis muhayyerliği olmadığı takdirde havâle akdinin yapılması sahihtir. Zira bu borç bağlayıcı bir deyn olduğundan ancak ödenmesi veya ibrâsı ile borçlu zimmetinden düşer. Aynı şekilde kadın, duhülden sonra alcaklısını, kendisine mehir borcu olan

¹³⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, 5/579.

¹³⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/343-344.

¹⁴⁰ Cürcânî, *Mu'cemü't-Ta'rifât*, s. 93; Muhammed Amîm el-İhsân el-Müceddidî el-Bereketî, *Kavâidü'l-Fıkh*, Karaçi, es-Sadefü Bibilşariz, 1986, s. 296; Hüsamüddîn el-Hüseyn b. Alî b. Haccâc b. Alî es-Siğnâkî, *el-Kâfi Şerhü'l-Pezdevî*, thk. Fahrüddîn Seyyid Muhammed Kânit, y.y., (Mektebetü'r-rüşd li'n-Neşri ve't-Tevzi', 2001), 3/1126.

kocasına havâle edebilir. Çünkü bu duhül ile bir bağlayıcılık kazanır ve ancak ifâ veya ibrâ ile kocasının zimmetinden düşer. Ancak bu iki örnekteki durumun tersi olursa havâle yapılması sahih olmaz. Yani veresiye bir satışta satıcı, alacaklısını şart veya meclis muhayyerliği varsa müşterisine havâle edemez. Zira buradaki borç, müşterinin muhayyerlik hakkını kullanarak sözleşme akdini feshetmesi ile düşebilir. Ayrıca kadın duhülden önce alacaklısını, kendisine mehir borcu olan kocasına havâle edemez. Çünkü bu durumda borcun tamamı veya yarısı ifâ ve ibrâ dışında talak veya da eşlerden birinin ölümü gibi arızı sebeplerle borçlu zimmetinden düşebilir.¹⁴¹

Hanefî literatüründe bir borcun sahih ve bağlayıcı borç olup olmadığını tayin etmekle ilgili şu genel kural vardır: “Hakkında kefâlet sözleşmesi sahih olan borcun havâlesi de sahihtir.”¹⁴² Zira kendisine kefâlet olunabilen borç sahih bir borçtur. Dolayısıyla kefâleti sahih olmayanın havâlesi de sahih olmaz. Bu noktadan hareketle bir kadın nafakasını daha sahih bir borç olmadığı takdirde başkasına havâle edemez. Zira zayıf bir borçtur. Yani talakla ya da eşlerden birinin ölümüyle düşer. Ancak bu durumda istihsânen kefâletin geçerli olduğunu söylemişlerdir. Kadının mehrine gelince onun havâlesi geçerli olur zira o sahih ve güçlü bir borçtur. Çünkü ancak ifâ yahut ibrâ ile borçlunun zimmetinden düşebilir.¹⁴³

Hanefî mezhebi dışında diğer mezhepler muhâlün bih olan borcun bağlayıcı olduğunu açıkça söylememekle birlikte Şafî ve Malikî literatüründe verilen örneklerden bu şartın gerekli olduğunu çıkarabilmekteyiz. Malikîler’e göre çocuğun ve mahcûrün (kısıtlı) borcu gibi borçlar havâle akdine konu olamaz.¹⁴⁴ Zira bu kimselerin yaptığı işlemler onların temsilcisinin onayına kadar mevkuftur. Dolayısıyla bu gibi borçlar bağlayıcı olmadığından havâle sözleşmesine mevzu olamaz. Şafî fukahasına göre muhâlün bih olan malın bağlayıcı olması yahut bağlayıcı olmaya muhtemel olması gerekir. Yani bazen borç ârizî bir sebepten bağlayıcı olmayabilir. Ancak bu ârizî sebebin belirli bir zamanda ortadan kalkması ile borç bağlayıcı olur. Dolayısıyla muhayyerlik zamanında satılan şeyin semeninin üzerinde havâle akdi sahih olur. Çünkü bu

¹⁴¹ *Mevsuatü'l-Fıkhiyye* (Kuveyt: Vezartü'l-Evkaf ve'Şuunü'l-İslamiyye, 1983), "18/199. Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16.

¹⁴² Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/343-344; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 5/45.

¹⁴³ *Mevsuatü'l-Fıkhiyye* (Kuveyt: Vezartü'l-Evkaf ve'Şuunü'l-İslamiyye, 1983), "18/199.

¹⁴⁴ Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/236.

durumda bağlayıcı olmamasına rağmen bağlayıcı olma imkânı vardır.¹⁴⁵ Yani muhayyerlik bittiğinde borç bağlayıcılık kazanır. Hanbelî fukahasının çoğunluğu muhâlün bih olan borcun lâzım (bağlayıcı) olmasını şart görmemiştir.¹⁴⁶ Dolayısıyla bu mezhebe göre mükâtebe akdinden doğan kitâbet bedeli gibi bağlayıcı olmayan borçların havâle akdine mevzu olabilmesi mümkündür.

2. Konunun Malum Olması

Daha önce de belirttiğimiz gibi Hanefî mezhebi dışındaki diğer üç mezhebe göre havâle akdinde iki borcun bulunması gerekir. Birincisi muhîlin muhâlün leh zimmetinde olan borcu, ikincisi muhâlün aleyhin muhîl zimmetinde olan borcudur. Çünkü bu mezheplere göre havâle sözleşmesi, bir borcun başka bir borç karşılığında satılmasından ibarettir. Yani muhîl, muhâlün lehe olan borcunu muhâlün aleyhdeki alacağı karşılığında satın almaktadır.¹⁴⁷

Dolayısıyla İslam hukukuna göre havâle akdinin sıhhati için iki borcun da malum olması gerekir. Zira havâle akdi ile muhâlün aleyh borç altına girmektedir. Eğer muhâlün aleyh kendi üzerine üstlendiği borcu bilmezse sorumluluğunun bir anlamı kalmaz. Bu konuda İslam hukukçuları ittifak etmiştir.¹⁴⁸ Ayrıca havâle sözleşmesi bey' kabul edilirse meçhul olan şeyin satışı fukahanın ittifakıyla geçerli görülmemiştir. Eğer havâle sözleşmesi ifâ kabul edilirse meçhul bir şeyin ifâsı mümkün görülmemiştir. Nitekim havâle sözleşmesinde hakkın intikâli söz konusu olduğunda borcun meçhul olmaması gerekir. Dolayısıyla havâle sözleşmenin fikhî değerlendirmesi ne olursa olsun borcun malum olması şarttır. *Mecelle*'nin 688. maddesinde kefâletin sahih olduğu her borçta havâlenin de geçerli olduğu ancak muhâlün bîhin malum olması gerekliliği ifade edilir. Buna binâen meçhul borcun havâlesi geçerli değildir. Yani filancadaki borcunun havâlesini kabul ettim denirse havâle geçerli olmaz."¹⁴⁹

¹⁴⁵ Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/196.

¹⁴⁶ Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/197.

¹⁴⁷ Rafii, *Fethu'l-Aziz Şerhu'l-Veciz*, 10/342; İbn Kudame, *el-Muğni*, 6/579; eş-Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, 2/188; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/236.

¹⁴⁸ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/270; İliş, *Minahu'l-Celil*, 6/26; Derdir, *eş-Şerhu's-Sağîr*, 4/170; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Meani Elfazi'l-Minhac*, 3/194; Merdavi, *el-İnsaf fi Ma'rifeti'r-Racih Mine'l-Hilaf*, 2/225; İbn Kudame, *el-Muğni*, 6/470.

¹⁴⁹ Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkam*, 688 m.

Mülâhaza: Meçhul borçla havâle geçerli olmazken bazen meçhul borçla yapılan kefâlet sahih olur. Mesela bir kişi başka bir kişiye senin filancadaki borcunun havâlesini kabul ettim dese ve o kişi de razı olsa havâle sahih olmaz ve zikrolunan şahıs istenilen şey kendisinde sabit olsa ödemeye zorlanamaz. Çünkü havâle zimmete nakletmektir ve muhîl bu intikal ile berâeti kazanır. Ancak böyle bir durumda kefâlet akdi sahih olur. Çünkü kefâlet akdi bir zimmetin başka zimmete katılmasını ifade eder. Yani kefâlet akdinde asıl borçlunun zimmetinden borç düşmez. Dolayısıyla bazen meçhul olan bir şey üzerine kefâlet akdi sahihken havâle sahih olmaz. Havâle sözleşmesinin mevzûu her zaman malum olmalıdır.¹⁵⁰

3. İki Borcun Birbirine Denk Olması

Hanefî mezhebinde havâle akdinin sahih olması için iki borcun bulunmasına gerek yoktur. Dolayısıyla iki borcun birbirine denk olması da söz konusu değildir. Şafîî, Malikî ve Hanbelî hukukçuların çoğunluğu havâle akdinin sıhhati için iki borcun birbirine denk olması şartını ileri sürmüştür. Yani muhâlün bih olan borcun ve muhâlün aleyh olan borcun cins, sıfat gibi önemli özelliklerinde iki borcun birbirine denk olması gerekmektedir. Çünkü havâle akdinde muhîlin zimmetinde olan borç muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder. Aynı zamanda havâle bir ivazlı (معاوضة) sözleşmesi gibidir. Dolayısıyla iki borç birbirine denk olmalıdır.

Konunun iyice anlaşılması adına iki borç arasındaki denklik için gerekli hususları inceleyeceğiz.

a. Cinsinin Denk Olması

Havâle akdinin sahih ve geçerli olması için, muhâl bih olan borcun muhâlün aleyh olan borç ile aynı cinsten olması gerekir. Yani altın cinsinden olan borç altın karşılığında gümüş cinsinden olan borç ise gümüş karşılığında havâle edilebilir. Diğer paralar da aynı hükme tabidir. Dolayısıyla bu mezheplere göre kendi cinsinden olmayan bir şeyle havâle yapılması geçerli olmaz.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkam*, 2/25.

¹⁵¹ Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi* 6/19; İbn Rüşd, *Bidaye*, 3/225; Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr*, 4/170; el-Yemani, Yahya b. Ebi'l-Hayr el-İmrani, *el-Beyan fi Fıkhil İmam eş Şafîi*, 6/256; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/157.

Havâle akdinin geçerli olabilmesi için iki borcun aynı cinsten olma şartı, insanların muamelelerinde zorlanmaya sebebiyet vermektedir. Çünkü bu durumda havâle akdinin sahası çok dar olacaktır. Yani dolarla lira bu şartlar altında havâle yapılamaz. Dolayısıyla insanların maslahatı ve piyasadaki uygulamaya göre Hanefî mezhebinin görüşü¹⁵² maslahata daha uygundur.

b. Miktarının Denk Olması

Havâle akdinin sahih olabilmesi için havâle edilen borç ile buna tekabül eden muhâlün aleyhin zimmetineki borcun miktarı aynı olmalıdır. Bu şart genel bir şart değildir. Yani burada kastedilen, nakli istenilen borç ile tamamen veya kısmen buna tekabül edecek borcun birbirini karşılmasıdır. Muhîlin muhâlün aleyhteki alacağı, muhâlün lehe olan borcundan fazla veya eksik olabilir. Ancak havâle edilen borcukarşılacak miktar aynı olmalıdır. Örneğin muhîl, muhâlün lehi 2000 lira borçla, üçüncü bir şahıstaki 3000 lira alacağından 2000 lirası karşılığında havâle ederse havâle geçerli olur. Ayrıca meseleye tersinden baktığımızda da durum aynıdır.¹⁵³

Bu mümasalet sağlanmadığı durumda havâle, yalnızca muhîlin yararına olan bir muamele olur. Yani muhîlin muhâlün aleyhteki alacağı muhâlün lehe olan borcundan fazla ise muhîl havâle ile faize sebep olmuştur. Eğer muhâlün aleyhteki alacağı borcundan az ise yine kendisi için caiz olmayan bir yarar sağlamak söz konusudur.¹⁵⁴ Ancak bu hükümler havâleyi, borcun borç karşılığında satışı olarak kabul etmekten kaynaklanmaktadır.

c. Sıfatının Denk Olması

Havâle sözleşmesinin geçerliliği için şartlardan biri de iki borcun aynı sıfatı taşımasıdır. Yani ceyyid para ancak ceyyid para karşılığında havâle edilebilir. Eğer iki borcun özellikleri

¹⁵² İki borcun aynı cinsten olmasının gerekli olmadığı görüşü

¹⁵³ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi* 6/19; İbn Rüşd, *Bidaye*, 4/225; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, 4/170; el-Yemani, Yahya b. Ebi'l-Hayr el-İmrani, *el-Beyan fî Fıkhil İmam eş Şafîi*, 6/256; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/195; Merdavi, *el-İnsaf fî Ma'rifeti'r-Racih Mine'l-Hilaf*, 5/227.

¹⁵⁴ Rafii, *Fethu'l-Aziz Şerhu'l-Veciz*, 10/342; İbn Kudame, *el-Muğni*,4/579; el-Haytemi, *Tuhfetu'l-Muhtac bi Şerhi'l-Minhac*, 5/230; Mansur b. İdris, el-Buhûtî el-Hanbeli (ö. 1051), *Keşşafü'l-Kına'an Metni'l-İkna'*, Matbaatu'l-Amire eş-Şerefiyye, Mısır 1991, 2/187; Bilmen, *Kamus*, 6/293.

aynı değilse havâle sözleşmesi geçerli olmaz.¹⁵⁵ Zira havâle sözleşmesi de karz akdi gibi bir irfâk akdidir. Yani havâle akdi de karz gibi kıyasa aykırı olarak insanların ihtiyaçları için meşru olmuştur. Eğer özellikleri farklı borçlar arasında havâle sahih olursa havâle akdinin taraflarından birinin menfaati diğerinin ise zararı söz konusu olur. Böyle olunca bir çeşit faiz söz konusu olur. Dolayısıyla faizden kurtulmak için iki borç aynı sıfatı taşımalıdır.¹⁵⁶

d. Vadesinin Denk Olması

Bu durum Şafîî, Hanbelî ve Zahirî hukukçular tarafından şart koşulmuştur. Onlara göre havâle akdinin sahih olabilmesi için iki borcun vadeli veya vadesiz olması gerekir. Yani eğer bu iki borçtan birisi vadeli, diğeri vadesiz ise aralarında havâle akdi yapılmaz. Aynı şekilde iki borcun vadeleri birbirinden farklı ise bu durumda da aralarında havâle akdi yapılması mümkün değildir.¹⁵⁷

İki borcun müeccel veya muaccel olma konusunda eşit olması, akdin kurulması esnasında gerekmektedir. Yani havâle akdinin kurulmasından sonra muhâlün aleyh ile muhâlün leh kendi aralarında rızalarıyla muaccel borcun vadesini kaldırıp müeccel borca da vade koyabilir.¹⁵⁸ Tabii bu şart, havâle akdinin sahih olabilmesi için iki borcun gerekli olduğunu söyleyenlerin görüşünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Hanefî mezhebindeki gibi havâle akdinin sahih olabilmesi için iki borcun olması şart değilse böyle bir şart (iki borcun da müeccel ve muacceliyet konusunda aynı olması) söz konusu değildir.

Hanefî literatüründe havâle akdinde vade konusu ile ilgili şöyle bir açıklama yapılmaktadır: Havâle akdinin yapıldığı esnada akdin tarafları vade konusunda hususi bir anlaşma yapmamışlar ise muhâlün bih olan borcun durumu havâle akdinden önceki ile aynı olacaktır. Yani muhâlün bih olan borç havâleden önce müeccel ise havâleden sonra da müeccel

¹⁵⁵ Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi* 6/19; Dirdâr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, 4/170; İbn Rüşd, *Bidaye*, 4/225; el-Yemani, Yahya b. Ebi'l-Hayr el-İmrani, *el-Beyan fi Fıkhil İmam eş Şafii*, 6/256; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/195; Merdavi, *el-İnsaf fi Ma'rifeti'r-Racih Mine'l-Hilaf*, s. 226,227.

¹⁵⁶ İbn Kudame, *el-Muğni*, 6/579; eş-Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, 2/188; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil* 3/236.

¹⁵⁷ Yemani, Yahya b. Ebi'l-Hayr el-İmrani, *el-Beyan fi Fıkhil İmam eş Şafii*, 6/257; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/195; Merdavi, *el-İnsaf fi Ma'rifeti'r-Racih Mine'l-Hilaf*, 4/225; İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/469.

¹⁵⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/579.

olur, havâleden önce muaccel ise havâleden sonra da muaccel olur.¹⁵⁹ Çünkü muhâlün bih olan borç, muhîlin zimmetinde olduğu gibi aynı şekliyle muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder.¹⁶⁰

Ancak havâle akdinin tarafları, akdin yapılması esnasında havâlenin müeccel veya muaccel olması hususunda özel bir anlaşma yapabilirler. Dolayısıyla onların anlaşması ile muaccel bir deyn ile yine muaccel şekilde havâle sözleşmesi yapılması mümkün olduğu gibi müeccelen havâlesi de mümkündür.¹⁶¹

Afgan Medenî Kanunu'nda havâle akdi ile ilgili bilgiler “Üzerinde havâle akdi sahih olan borçlar” başlığı altında incelenmektedir. AMK'nin 1723. maddesi der ki: “Hakkında kefâlet sözleşmesi sahih olan borcun havâle sözleşmesi de sahihtir. Ancak meçhul borçlar da havâle sahih olmaz.”¹⁶² Bu madde havâle akdinin konusunun hangi borçlar olabileceği konusunda havâleyi kefâlete kıyas eder. Yani kefâleti sahih olan borçların havâle akdi de sahih olurken kefâleti geçerli olmayanın havâlesi de sahih olmaz. Zira kendisine kefâlet olunabilen borç sahih bir borçtur. Ayrıca bu genel kuraldan meçhul borçları istisna eder. Çünkü kefâlet akdi meçhul borçlarda da sahih olur. Ancak havâle akdi meçhul borçlar üzerinde yapılamaz. Zira kefâlet sözleşmesinde borç, bir zimmetten başka bir zimmete intikâl etmez. Halbuki havâle sözleşmesi ile borç asıl borçlunun zimmetinden muhâlün aleyh olan kişinin zimmetine intikal eder.

AMK'nun 1723. maddesi, Hanefî mezhebinin bu husustaki genel kuralları gibidir. Afgan hukukçular bu maddeyi *Mecelle*'nin 687. maddesinden almıştır. Dolayısıyla bu konuda AMK'nun Hanefî fıkhı ile aynı olduğunu söyleyebiliriz. AMK'nda havâle akdine konu olabilecek borçlar ile ilgili sadece iki şart bulunmaktadır. Birincisi, bir borç hakkında kefâlet akdi sahih ise o borcun üzerinde havâle akdi de sahih olur. İkinci ise havâle akdine konu olan borcun malum bir borç olmasıdır. Çünkü AMK Hanefî mezhebini takip ederek havâle akdinin sahih ve geçerli olması için iki borcun olmasının gerekli olmadığı ile ilgili görüşü benimsemiştir. Dolayısıyla iki borç arasındaki denklik gibi şartlara gerek kalmamıştır.

¹⁵⁹ Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 5/174; es-Suğdî, *en-Nütef fi'l-Fetâvâ*, 2/755; Mecelle, md. 697; Bilmen, *Kamus*, 6/ 303.

¹⁶⁰ Bâbertî, *el-Înâye*, 7/248. Bardakoğlu, “Havâle”, s. 511.

¹⁶¹ Şeybâni, *el-Asl*, 10/465; es-Serahsî, *el-Mebsût*, 20/70; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/342.

¹⁶² *Afgan Medeni Kanunu*, 1723. md.

ماده 1723: دینیکه کفالت در آن صحت دارد، حواله آن نیز صحیح میباشد، مشروط بر اینکه معلوم باشد. حواله بدین مجهول صحیح نیست.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM VE AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ SONUÇLARI VE HAKKIN HAVÂLESİ

Havâle sözleşmesi hem borç hem de havâle akdinin tarafları arasındaki ilişki bakımından farklı hukukî sonuçlara sahip bir akittir. İslam hukuku bilginleri havâle sözleşmesinin mahiyetindeki farklılıkların bir sonucu olarak havâle akdinin hukukî sonuçları konusunda ihtilaf etmişlerdir.

Havâle sözleşmesi tamamlandıktan sonra meydana gelen hukukî sonuçları şu şekilde sıralamak mümkündür: Havâle sözleşmesinin sonucu asıl borçlunun borçtan kurtulması ve borcun muhâlün aleyhin zimmetine intikal etmesidir. Ayrıca borca bağlı teminatlar gibi birtakım haklar da sona erer. Dolayısıyla havâle akdi tamamlandıktan sonra mulahün leh, muhâlün aleyhe karşı muhâlün bihi talep hakkı kazanır. Bununla birlikte Hanefî mezhebine göre muhâlün aleyhin zimmetine geçce borcun tevâ gibi durumlarda ödenmemesi ihtimaline karşı asıl borçlunun bazı durumlarda mesuliyetinin devam etmesi gerekir.¹⁶³

Ayrıca mutlak havâlede muhâlün aleyh borcu îfâ ettikten sonra hakkını almak için muhîle rüçû hakkı kazanır. Tevâ gibi bir durum gerçekleşmiş ise muhâlün leh de hakkını almak için muhîle rüçû edebilir. Havâle akdinin bu hukukî sonuçları; borç, havâle akdinde karşılıklı ilişkiler ve borca bağlı teminatlar bakımından ayrı ayrı ele alınıp incelenecektir.

I. İSLAM VE AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA BORÇ BAKIMINDAN HAVÂLENİN SONUÇLARI

İslam hukukunda havâle akdinin mahiyetinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bu noktada havâle sözleşmesi ile borcun muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine tam olarak mı intikâl ettiği yoksa sadece talep hakkının mı intikal ettiği hususundaki önemli meselelerdendir.

¹⁶³ *Mecelle* madde 690; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 2/310; Bardakoğlu, “Havâle”, *DİA*, s. 510; Cheron / Fahmy, s. 427-428.

Muhâlün bihin mahiyetiyle ilgili olarak bir grup İslam hukukçusu, havâle sözleşmesi ile hem borcun kendisinin hem de borcun talep hakkının muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal ettiğini ve böylece asıl borçlunun tam olarak borçtan kurtulduğu görüşünü savunmaktadır. Bir grup İslam hukukçusu iseise havâle sözleşmesinin yapılması ile ancak borcun talep hakkının muhîlden muhâlün aleyhe intikal ettiğini savunur. Dolayısıyla borç asıl borçlunun (muhîl) zimmetinde kalmaya devam eder ve muhâlün leh, hakkını muhîlden değil muhâlün aleyhten mutâlebe eder.¹⁶⁴

Birinci bölümde zikredildiği üzere havâle sözleşmesinin tamamlanması ile muhâlün aleyh ve asıl borçlu (muhîl) arasındaki havâle konu olan deyn, muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder. Ebu Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre havâle sözleşmesi ile borç, muhîlin zimmeti açısından sona erer. Yani onlara göre havâle ile hem borcun kendisi hem de talep hakkı muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder.¹⁶⁵ Bu görüşe göre havâle akdi ile kefâlet arasındaki esas fark budur. Kefâlet akdinde alacaklı hem asıl borçlu hem de onun kefiline karşı talep hakkı kazanırken havâle akdinde muhâlün leh hakkını ancak muhâlün aleyhten talep edebilir. Zira havâle akdinin gerçekleşmesi muhîl açısından ibrâ hükmündedir. Muvakkat ibrâ ile alacaklının (muhâlün lehin) malını almak için belirli durumlarda tekrar muhîle rücû hakkına sahip olması kastedilmektedir. Tevâ olarak adlandırılan bu hususlar tezimizin son bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Hanefî mezhebinde tercih edilen görüş ise havâle sözleşmesi ile hem borcun zatı hem de borcun mutâlebesinin muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal etmesidir. Ayrıca Hanefî mezhebindeki klasik literatürde de hüküm aynıdır.¹⁶⁶ *Mecelle'nin* 690. maddesinde ise bu görüş zimnen kabul edilmiştir. Ayrıca *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 766. maddesinde şu şekilde ifade edilir: "Havâle sözleşmesi ile borç ve onun talep hakkı muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder." Bu maddede havâle akdi ile hem borcun zatı hem de borcun mutâlebesinin intikal ettiği görüşü açık bir şekilde kabul edilmiştir.¹⁶⁷ Hanefî mezhebinin muteber eserleri dikkate alınarak bu görüş ile ilgili deliller ve tartışmalar aşağıda sıralanmıştır.

¹⁶⁴Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/172; İbn Âbidîn, *Reddî'l-Muhtâr*, 5/340

¹⁶⁵Ebû Yusuf, *İhtilâfu Ebî Hanîfe ve'bni Ebî Leylâ* s. 54; Şeybânî, *el-Asl*, 10/ 445; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/566.

¹⁶⁶ Cessâs, 3/221.

¹⁶⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/566.

Ebu Hanîfe'ye göre havâle sözleşmesi ile deyn, asıl borçlunun (muhîlin) zimmetinden havâleyi kabul edenin (muhâlün aleyhin) zimmetine intikal eder ve muhîlin zimmeti borçtan kurtulur. Dolayısıyla bundan sonra muhâlün leh hakkını muhîlden mutâlebe edemez.¹⁶⁸

Hanefî hukukçularından Zeylaî'ye atfedildiği üzere havâle sözleşmesi ile hem borcun zatı hem de talep hakkı intikal eder. Hanefî mezhebinde tercih edilmiş bu görüş, Ebû Yusuf'un görüşüdür. Zeylaî'nin havâle sözleşmesi ile sadece borcun talep hakkının nakledildiğine ilişkin görüşü ise Muhammed'den nakledilmiştir.¹⁶⁹ Birinci görüşün gerekçesi icmâdır. Ayrıca muhâlün lehin muhâlün aleyhi borçtan ibrâsı veya borcu ona hibe etmesinin geçerliliği konusunda ve muhâlün lehin asıl borçluyu ibrâsı veya borcu ona hibe etmesinin geçerli olmadığı hususunda icmâ vardır.¹⁷⁰ Nitekim bu görüş sahipleri icmânın yanında aklî delillerle de havâle akdi vesilesiyle borcun tam olarak nakledildiğini gerekçelendirmektedir. Havâle, nakil ve tahvil anlamına gelmektedir. Bundan dolayı havâle akdine izafe edilen nesnenin de intikal etmesi gerekir. Havâle işlemine izafe edilen ise borcun mutâlebesi değil zâtıdır. Aksi takdirde havâle sığalarında: “Seni şu alacağım hususunda filanın üzerine havâle ediyorum” ya da “Borcunu havâleten üzerime alıyorum” gibi kullanımlar söz konusu olamazdı. Dolayısıyla böyle bir ifade, havâle akdi ile borcun muhâlün aleyhe intikali sonucunu gerektirmektedir. Borcun talep hakkı borcun zatına tabi olduğundan dolayı borcun intikali talep hakkının da intikali anlamına gelir.¹⁷¹

Hanefî mezhebinde diğer görüşü savunan hukukçular görüşünü icmâya dayandırarak havâle sözleşmesi ile sadece borcun talep hakkının muhîlden muhâlün aleyhe intikal ettiğini savunmaktadırlar. Ayrıca icmâ edildiği üzere muhâlün aleyhten önce asıl borçlunun borcu ödemesi halinde alacaklı bu ödemeyi kabul etmek zorundadır. Nasıl ki muhîlin îfâsı bağışlama hükmünde değilse kabule bağlı da değildir.¹⁷² Nitekim alacaklının muhâlün aleyhi deynden ibrâsı muhâlün aleyh tarafından reddedilmesi halinde geri dönmez. Ancak muhâlün leh tarafından borcun hibe edilmesinin geçerli olabilmesi için muhâlün aleyh tarafından kabul edilmesi gereklidir. Dikkat edilecek olursa kefâlet akdinde alacaklının kefilî ibrâsı veya borcu kefile hibe etmesi benzer bir

¹⁶⁸ Ebû Yusuf, 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*), s. 54; Serahsî, *el-Mebsût*, 20/52.

¹⁶⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/340.

¹⁷⁰ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/340

¹⁷¹ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17-18.

¹⁷² Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18.

durumu gözler önüne serer. Havâle sözleşmesi ile borç, muhîlin zimmetinden tam olarak muhâlün aleyhin zimmetine nakledilmiş olsaydı, hibe ve ibrâ hükümlerinin aynı olmaması gerekirdi. Alacaklının muhâlün aleyhi ibrâ etmesi halinde -muhâlün aleyhin istemesi ile de olsa- muhâlün lehine muhîle rücû etme hakkı yoktur. Havâle için söz konusu olan bu durum kefâlet akdi için geçerlidir. Ancak havâle akdinde borcun hibe edilmesi halinde muhâlün aleyh muhîle rücû hakkı kazanır. Zira borcu elde etmiştir. Mutlak havâle sözleşmesinde de durum aynıdır.¹⁷³

Yukarıda zikredilen görüşler değerlendirildiğinde havâle ile borcun tamamının veya sadece talep hakkının intikal ettiğinin kabul edilmesi Hanefî mezhebinde hukukî sonuçlar açısından farklılık göstermemektedir. Zira bu ihtilaf teknik anlamdadır. Bununla birlikte Hanefî hukukçular havâle sözleşmesi ile deynin intikal etmesi hususunda ittifak etmekle beraber bu intikalın tarzı hususunda farklı görüşler ileri sürmüştür.¹⁷⁴ Nitekim yukarıda zikrettiğimiz iki farklı görüş sahibi de şu hususlarda ittifak etmiştir:

- Havâle akdi tamamlandıktan sonra tevâ durumu söz konusu ise borç, muhâlün aleyhten muhîle döner.
- Havâle akdinden sonra muhîl tarafından borcun ifası için muhâlün lehine rızası gerekli değildir.
- Muhâlün leh hakkını kabzetmeden muhîl ölürse borç, muhîlin terekesinden ve diğer hak sahipleri gibi alınacaktır.
- Muhâlün lehine muhîli, borcu muhâlün aleyhten kabz etmesi için vekil tayin etmesi geçerli değildir.
- Havâle sözleşmesi fesh ile sona erer.
- Muhâlün lehine deyni muhâlün aleyhe hibe etmesi durumunda muhâlün aleyh, alacak hakkına halef olmakla asıl borçluya rücû hakkı kazanır.
- Müşteri, alacaklısını satıcıya havâle ettiği zaman satıcının satılan malı hapsedme hakkı ortadan kalkmaz. Ayrıca muhâlün lehine, asıl borçlunun deynine karşılık elinde olan rehini hapsedme hakkı, bu borcun başka birine havâle yapılması ile düşmez. Bu durumun aksine satıcının alacaklısını müşteri üzerine havâlesi veya mürtehinin alacaklısını rehin veren üzerine havâle etmesi halinde ise satılan malı ve

¹⁷³ İbn Âbidîn, *Reddû 'l-Muhtâr*, 5/340-341.

¹⁷⁴ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17.

rehini hapis hakkı düşer. Bu gibi hususlar havâle sözleşmesi ile deynin intikal ettiğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.¹⁷⁵

Bununla birlikte bazı hukukî sonuçlar açısından havâle sözleşmesi, tevâ durumu meydana gelene kadar asıl borçlunun borcunu tecili olarak kabul etmesi, havâle ile sadece talep hakkının intikal ettiği anlamına gelir. Bazı hususlarda ise havâle sözleşmesi muhîl açısından ibrâ olarak kabul edilir ki bu durumda havâle sözleşmesi ile borcun zâtı ve mutâlebesi muhîlin zimmtinden muhâlün aleyhin zimmtine nakledilmiş olur.¹⁷⁶ Ayrıca Muhammed'in görüşü havâle sözleşmesinde alacaklının asıl borçluya ibrâsının sahih ve bazı hususlarda tekrar asıl borçluya rücû hakkını kazanması arasındaki zıtlığın açıklanması gerekmektedir.¹⁷⁷

Çalışmamızın birinci bölümünde zikredildiği gibi fıkhîta genel kanaate göre havâle sözleşmesi, deyn yani zimmet borcu için sahih olmuştur.¹⁷⁸ Bu durumda havâle sözleşmesi ile deyn, muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder. Zira deyn hükmî bir niteliğe sahiptir. Ayn ise somut bir niteliğe sahiptir.¹⁷⁹ Dolayısıyla havâle sözleşmesi hükmî bir mahiyete sahip olduğu ve zimmette sonuç doğuran bir sözleşme olduğu için onunla aynların intikal etmesi doğru değildir.¹⁸⁰ Aynın intikal etmesi için hakikî şekilde bir intikal ve zilyetliğin el değiştirmesi lazımdır.¹⁸¹ Bunun için havâle sözleşmesinde muhâlün bih, para gümüş veya altına dayalı deyn olabilir. Bununla birlikte karz ve selem sözleşmesinden ya da gasptan kaynaklanan zimmetteki alacaklar da havâle sözleşmesine konu olabilmektedir.¹⁸²

Hanefî mezhebinde çoğunluk hukukçular tarafından kabul edilen görüşe göre havâle sözleşmesi tamamlandıktan sonra muhîl artık borcundan kurtulur.¹⁸³ Ancak Züfer'e göre havâle akdi tamamlandıktan sonra borç muhîlin zimmetinden düşmez. Yani havâle sözleşmesi kefâlet akdi

¹⁷⁵ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/341.

¹⁷⁶ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, 6/267; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 5/341-342.

¹⁷⁷ Bardakoğlu, "Havâle", s. 510.

¹⁷⁸ Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 120.

¹⁷⁹ Ayn ve deyn farkı hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: *Mecelle*, madde 158-159; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/566.

¹⁸⁰ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/99.

¹⁸¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/566.

¹⁸² Şeybânî, *el-Asl*, 10/ 446.

¹⁸³ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/99.

gibidir.¹⁸⁴ Merğinanî bu konuda çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe katılmaktadır.¹⁸⁵ *Tuhfetü'l-fukahâ'nın* müellifi Semerkandî de aynı kanaattedir. Nitekim ona göre havâle sözleşmesi asıl borçlunun deynden kurtulması şartıyla yapılan kefâlet sözleşmesi gibidir. Zira havâle akdi asıl borçluyu deynden kurtaran nitelik taşır.¹⁸⁶ Ayrıca *Mecelle*'nin 648. maddesine göre asilin borçtan kurtulması şartıyla yapılan kefâlet sözleşmesi havâle akdi hükümündedir.

Hanefî mezhebi dışındaki diğer üç mezhebe göre havâle sözleşmesi, muhâlün aleyh ile muhîlin icap ve kabulü ile yapılan bir akittir. Bu akdin hukukî anlamda temel sonucu, deynin muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikalidir. Yani bu sözleşme ile muhîlin zimmeti borçtan beri hale gelir ve muhâlün leh hakkını muhîlden değil muhâlün aleyhten ister.

Afgan Medenî Kanunu havâleyi tevsikât akitlerinden saymış ve onu 1716. maddede şu şekilde tanımlamıştır: “Havâle sözleşmesi, deynin ve onun talep hakkının asıl borçlunun zimmetinden muhâlün aleyh olan kişinin zimmetine geçmesidir.”¹⁸⁷ Dolayısıyla AMK'da havâle sözleşmesi, Hanefî mezhebindeki râcih olan görüşe göre düzenlenmiştir. Yani AMK'ya göre de havâle ile hem borcun zatı hem de borcun mutâlebesi muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder.

Özet olarak havâle sözleşmenin temel hukukî sonucu muhîlin borçtan beri olmasıdır. Hanefî mezhebinde râcih olan görüşe göre havâle sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte asıl borçlunun zimmeti deynen kurtulmuş olur. Ancak Hanefîlerden sadece Züfer'in görüşüne göre havâle sözleşmesi ile asıl borçlu deynden berî olamaz. Yani ona göre havâle bu konuda kefâlet gibidir. Dolayısıyla Züfer'e göre havâle sözleşmesi sadece teminat sözleşmesidir. Yani ona göre havâle akdi kefâlet gibidir. Dolayısıyla havâle ile asıl borçlu borçtan kurtulmaz ve havâle ile sadece borç teminat altına alınır.¹⁸⁸ *Bedâiü's-Sanâi'in* müellifi Kâsânî de bu konuda birinci görüşü tercih ederek havâle akdinin aslında intikal ve tahvilden geldiğini söylemektedir.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, 3/247; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/99; Bardakoğlu, “*Havâle*”, *DİA*, s. 510.

¹⁸⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/99.

¹⁸⁶ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, 3/247.

¹⁸⁷ “*Afgan Medeni Kanunu*” 1716. md.

¹⁸⁸ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17.

¹⁸⁹ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17.

Nitekim AMK da Hanefî mezhebindeki râcih olan bu görüşü tercih etmiş ve havâle ile hem borcun hem de borcun mutâlebesinin muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal edeceği kanaatini benimsemiştir.

Havâle sözleşmesinin borç bakımından hukukî sonucunu izah ettikten sonra havâle akdinin diğer hukukî sonuçlarını da izah edeceğiz. Bunun için akitteki üçlü ilişkinin sonuçları ele alınacaktır. Konu önce İslam hukukunda ardından da Afgan Medenî Kanunu'nda incelenecektir.

II. KARŞILIK İLİŞKİSİ BAKIMINDAN HAVÂLENİN SONUÇLARI

Havâle sözleşmesi üçlü bir hukukî ilişkiye dayanır. Aynı zamanda bu üç ilişki arasında havâleden farklı olarak ikili deyn ilişkisinin olabilmesi için havâle akdinin hükümlerinin taraflar arasındaki ilişkiler açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Muhîl ile Muhâlün Lehin Hukukî İlişkisi Bakımından

1. Borçlunun Değişmesi

Havâle akdi tamamlandıktan sonra borç, muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder. Havâleden önce muhîl borçlu iken artık muhâlün aleyh borçlu sıfatını kazanır. Bu sözleşme ile muhîl tamamen borçtan kurtulup kurtulamadığı konusu İslam hukukçuları arasında ihtilaflıdır. Bu kısımda dört mezhebin de görüş ve delilleri ele alınacaktır.

Hanefî mezhebinde racih olan görüşe göre havâle akdi tamamlandıktan sonra asıl borçlu (muhîl) muhâlün lehe karşı sorumluluktan kurtulur. Yani muhâlün leh borcunu muhîlden, muhîlin kefilinden veya muhîl ölmüş ise mirasçılarından talep edemez. Muhâlün leh borcunu muhâlün aleyh veya varsa onun kefilinden talep edebilir.¹⁹⁰ Ancak Hanefî mezhebine göre bu talep edememe durumu mutlak değildir. Örneğin tevâ gibi bazı durumlarda muhîl borçtan kurtulamaz. Çünkü havâle akdinde amaç muhâlün leh borcunun ödenmesidir. Eğer muhâlün aleyh tarafından borcun ödenmesi imkânsız hale gelirse muhîl borçtan kurtulamaz. Muhîlin hangi durumlarda borçtan berî olamayacağını “Muhâlün Lehine Muhîle Rucüsü” başlığı altında inceleyeceğiz.

¹⁹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/53.

Züfer'e göre havâle akdi muhîlin borçtan kurtulması sonucunu doğurmaz. Çünkü havâle akdi, kefâlet gibi teminat akdidir ve muhîlin borçtan berâeti teminat amacıyla bağdaşmaz.¹⁹¹ Ancak Züfer'in bu görüşü Hanefî mezhebindeki diğer hukukçular tarafından kabul edilmemiştir. Çünkü böyle bir durumda borç, hem kefâlette hem de havâlede her ne kadar güvence altına alınıyorsa da esas olarak bunlar birbirinden farklı muamelelerdir. Örneğin havâle akdinin özü borcun naklidir. Bu durumda borç asıl borçludan (muhîlden) yeni borçluya (muhâlün aleyhe) nakledildiği zaman muhîlin zimmetinde borç kalmamaktadır. Kefâlette ise borcun bir zimmetten başka bir zimmete intikali söz konusu değildir. Burada sadece bir zimmeti başka bir zimmete eklemek söz konusudur.¹⁹²

Eğer havâle sözleşmesinde alacaklı (muhâlün leh), asıl borçlunun (muhîl) borçtan kurtulmasını kabul etmeyip sadece borcun havâlesini kabul edebilir. Bu şekilde kurulan havâle sözleşmesinde muhâlün aleyh muhîlin kefilidir. Bu durumda akde havâle hükümlerinin değil kefâlet ile ilgili hükümlerin uygulanması gerekir. Böylece muhâlün leh, borcunu hem muhîlden hem de muhâlün aleyhten talep hakkı kazanır.¹⁹³

İslam hukukçularına göre satış akdinde semen, müşteri tarafından ödenmedikçe satıcının akdin konusunu hapsedme hakkı vardır.¹⁹⁴ Satıcının semeni almak üzere başka bir şahsa havâle edilmesi durumunda mebîi hapsedme hakkı düşer¹⁹⁵ ve müşteriye mebîi teslim etmesi gerekir.¹⁹⁶ Müşterinin borcunun müeccel veya muaccel olması neticeyi değiştirmez. Bunun gerekçesi havâle akdinin yapılması ile satıcının müşteriye karşı olan mutâlebe hakkına bundan sonra sahip olmamasıdır.¹⁹⁷

Müşterinin bedel almak için satıcıyı başka bir şahsa havâle etmesi halinde satıcının malı hapsedme hakkının devam edip etmeyeceği hususunda İslam hukukçuları arasında ihtilaf

¹⁹¹ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17; Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/171; el-Merginânî, *el-Hidâye*, 3/99; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/4; Baberti, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye*, 7/241.

¹⁹² Merginânî, *el-Hidâye*, 3/99; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/4; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/347; Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/171; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18.

¹⁹³ Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/153. *Mecelle*, md. 649.

¹⁹⁴ Bilal Aybakan, "Hapis hakkı", *DİA*, c. 16, İstanbul, 1997, s. 65; Mustafa Kisbet, "İslam Hukukuna Göre Satım Akdinde Malın Kabz ve Teslimi", *Uludağ Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, 2010, s. 132.

¹⁹⁵ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/561.

¹⁹⁶ *Mecelle*, md. 282; Bilmen, *Kamus*, 6/52.

¹⁹⁷ Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/172; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 5/344.

bulunmaktadır. Havâle akdi ile hem borcun hem de talep hakkının muhâlden muhâlün aleyhe intikal ettiğini savunan Ebû Yusuf'a göre satıcının hapis hakkı devam etmez. Ancak havâle ile sadece talep hakkının intikal ettiği görüşünü esas alan Muhammed'e göre havâle mutlak ise hapis hakkı devam ederken mukayyed ise hapis hakkı düşer. Çünkü mutlak havâlede talep hakkı muhâlde kalırken mukayyed havâlede muhâlde kalmamaktadır.¹⁹⁸

Hanefî dışındaki diğer üç mezhebe göre havâle sözleşmesi bir tasfiye işlemi¹⁹⁹ olarak değerlendirilmektedirler. Bundan dolayı havâle akdi tamamlandıktan sonra asıl borçlu (muhâl) tam olarak borçtan berî olur. Ancak bu berî olma, havâle akdi hüküm ifade ettiği sürecedir. Havâle sözleşmesi herhangi bir sebeple geçersiz olduğunda muhâlin berâeti da batıl olacaktır. Bu kısa izahattan sonra üç mezhebin görüşlerini inceleyeceğiz.

Malikî hukukçularına göre mücerret havâle sözleşmesi ile borç muhâlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder ve borç tam anlamıyla muhâlin zimmetinden düşer. Aksine bir sözleşme yapılmadıkça muhâlün leh, hakkını almak için muhîle rücû edemez. Fakat muhâl, muhâlün lehin aleyhine hile yaptıysa veya muhâlün lehin haberi olmadan onu müflis birine havâle ettiyse muhâlün lehin muhîle rücû etme hakkı doğar.²⁰⁰ Ayrıca muhâlün aleyhin iflası, ölümü veya borcu inkâr etmesi gibi durumlarda muhâlün lehin hakkını almak için tekrar muhîle rücû edebileceğini akit yapılırken şart koşmuşsa bu şarta riayet etmesi gerekir. Ancak Malikî hukukçulardan İbn Araf'e'ye göre bunun gibi şartlar havâle sözleşmesinin hedefi ile uygun değildir.²⁰¹

Şafîî hukukçularına göre havâle akdi tamamlandıktan sonra borç muhâlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder. Muhâl, muhâlün lehe olan borcundan muhâlün aleyh de muhîle olan borcundan kesin olarak kurtulur. Muhâlün leh artık muhâlden borç talebinde bulunamaz. Şafîî fukahaya göre muhâlün aleyhin müflis olarak ölmesi, borcu inkâr etmesi veya iflası gibi durumlar muhâlün lehe, muhîle rücû hakkını vermez. Zira bu mezhebe göre havâle sözleşmesi, aslında deynin kabzıdır. Muhâlün leh tarafından havâle sözleşmesinin kabul edilmesi,

¹⁹⁸ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 4/561; Kâsânî, *Bedâii's-Sanâi*, 6/250.

¹⁹⁹ Bu mezheplere göre havale ile bir borç başka bir borç ile tasfiye olmaktadır. Bundan dolayı muhil tamamen borçtan kurtulur.

²⁰⁰ Bacî, *el-Muntakâ Şerhu'l-Muvatta*, 6/67; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/241.

²⁰¹ Sahnun, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 4/149.

sözleşmenin şartlarının kabul ve itiraf edilmesi olarak kabul edilir. Dolayısıyla havâle sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan hususlar havâle sözleşmesini etkilemez.²⁰²

Şafiî mezhebinin kaynaklarında yer alan bilgilere göre muhâlün lehine muhîle müracaatı ancak havâle akdi geçersiz olduğu durumda mümkündür. Örneğin muhâlün lehine, sözleşme yapılırken muhâlün aleyhine borç ödeyecek güce sahip olmasını şart koşarsa havâle sözleşmesi geçersiz olur ve muhâlün lehine için rücu hakkı sabit olur.²⁰³

Hanbelî literatüründe ise şartlarına uygun olarak kurulmuş havâle sözleşmesinden sonra alacağın intikâli hususunda Malikî ve Şafiî hukukçularla aynı görüştedir. Muhîlin borçtan berâeti hususu ise havâle sözleşmesinin teşekkül yapısına göre değerlendirilmektedir. Şöyle ki:

a) Havâle sözleşmesi eğer muhâlün lehine muvâfakatı ile yapılmışsa muhîl tam olarak borçtan kurtulur. Bu durumda muhâlün aleyhine borcu inkâr etmesi veya iflasına karar verilmiş olması yahut müflis olarak ölmesi hükmü değiştirmez. Muhâlün lehine belirtilen hususlarda muhîle rücu etme hakkı da kalmaz. Ancak havâle sözleşmesinin yapıldığı esnada muhâlün lehine, muhâlün aleyhine alacağı ödeyecek güce sahip olmasını açık bir şekilde şart koşmuşsa muhâlün lehine alacağını almak için muhîle rücu edebilir.

b) Havâle muhâlün lehine rızası olmadan yapıp daha sonra da muhâlün aleyhine vefat ettiği veya müflis olduğu anlaşılmışsa Malikî mezhebine göre havâle sözleşmesi muhâlün aleyhine için bağlayıcı bir sözleşme değildir. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.) havâlenin, ödeme gücü olana yapıldığı zaman kabul edilmesini emretmiştir. Ayrıca böyle bir durumda muhâlün lehine zararı da söz konusudur.²⁰⁴ Hanbelî hukukçulara göre şartlarını taşımayan havâle sözleşmesi vekâlet sözleşmesi hükmündedir.²⁰⁵

Zâhirî hukuçulara göre havâle sözleşmesinin geçerli olabilmesi için muhâlün aleyhine ödeme gücüne sahip olması gerekir. Ancak havâle sözleşmesinin yapılmasından sonra muhâlün aleyhine müflis hale gelirse muhîle tekrar sorumluluk dönmez ve muhâlün lehine muhîle rücu edemez.

²⁰² Şafiî, *el-Ümm*, 3/203; Nevevî, *el-Mecmû*, 10/338; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/190; Bilmen, *Kamus*, 6/307.

²⁰³ Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 343; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/186.

²⁰⁴ İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/58; Mansur b. İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 2/187.

²⁰⁵ Mansur b. İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 2/187.

Eğer asıl borçlu, muhâlün lehi aldatırsa yani muhîl, muhâlün lehi ödeme gücüne sahip olmayan bir kişiye havâle etmişse böyle bir havâle sözleşmesi geçerli olmaz. Muhâlün lehin muhîlin ödeme gücüne sahip olmadığını bilip bilmemesi sonucu değiştirmez. Çünkü Zâhirî mezhebine göre havâle sözleşmesinin ödeme imkânına sahip kimselere yapılması gerekmektedir.²⁰⁶

Afgan Medenî Kanunu'nun ikinci bölümünün dördüncü fıkrasında muhîl ve muhâlün lehin haklarına ilişkin hükümler, pek çok maddede yer almıştır. Örneğin AMK 1727. maddesine göre muhâlün leh ve muhâlün aleyhin rızasıyla yapılan havâle akdiyle muhîl ve varsa onun kefilî borçtan berî olur. Aynı zamanda muhâlün lehin muhâlün aleyhe karşı alacak hakkı korunur. Ancak muhîlin ve kefilinin berâeti muhâlün lehin hakkının korunmuş olması şartıyla sınırlıdır.²⁰⁷

Afgan Medenî Kanunu, muhîl ile muhâlün leh arasındaki ilişkiler hususunda Ebû Yusuf'un görüşünü esas almıştır. Bu durumda muhîl, havâle ile hem borç hem de mutâlebeden berî olmuştur. Ancak muhîlin berâeti, muhâlün lehin hakkının korunması şartıyla sınırlıdır. Dolayısıyla tevâ ve muhâlün aleyhin havâleyi inkârı gibi durumlarda muhâlün leh muhîle rücû edebilir. Afgan Medenî Kanunu'ndaki bu konunun Ebû Yusuf'un görüşü ile aynı olduğu görülmektedir.

AMK'nin bu maddesinin *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 871. maddesinin tercümesi olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca AMK'nin bu maddesi *Mecelle*'nin 690. maddesi ile aynı hükmü taşımaktadır. Dolayısıyla AMK bu konuda Hanefî mezhebindeki râcih görüşü tercih etmiştir. Söz konusu durum Afgan hukukçularının kanunlaştırma merhalelerinde *Mecelle*'den oldukça fazla istifâde ettiğini göstermektedir.

Özet olarak havâle akdinin hukukî sonuçlarından biri de borçlunun değişmesidir. Yani havâleden önce muhâlün lehe karşı muhîl sorumlu iken havâleden sonra muhîlin yerine muhâlün aleyh geçer. Başka bir ifade ile havâle akdi tamamlandıktan sonra asıl borçlu (muhîl) artık borçtan kurtulur ve muhâlün aleyh muhîl yerine borçlu olur.

²⁰⁶ İbn Hazm, *el-Muhalla*, 8/109.

²⁰⁷ *Afgan Medeni Kanunu*" 1716. md.

ماده 1727: هرگاه حواله گیرنده حواله را بپذیرد و شخص حواله داده شده به آن راضی گردد، حواله دهنده و کفیل او در صورت موجودیت کفیل از دین و مطالبه بری الذمه شناخته میشوند و در عین حال حق مطالبه حواله گیرنده از شخص حواله داده شده ثابت می گردد. برانت حواله دهنده کفیل او به سلامت حق حواله گیرنده، مقید دانسته میشود.

Havâle akdi tamamlandıktan sonra muhîl, muhâlün lehe karşı sorumlu olur mu yoksa tamamen borçtan kurtulur mu? Bu konuda Hanefî hukukçuları ve diğer üç mezhep hukukçuları arasında havâlenin mahiyetindeki ihtilaftan dolayı ihtilaf bulunmaktadır.

Hanefî mezhebindeki racih olan görüşe göre havâle akdi tamamlandıktan sonra asıl borçlu (muhîl), muhâlün lehe karşı sorumluluktan kurtulur. Yani bundan sonra muhâlün leh borcunu muhîlden, muhîlin kefilinden veya muhîl ölmüş ise mirasçılarından talep edemez. Ancak muhâlün aleyhten talep edebilir. Bununla birlikte Hanefî mezhebine göre bu berî olma durumu mutlak değildir. Örneğin tevâ gibi bazı durumlarda muhîl borçtan kurtulamaz. AMK’nda havaledede bu görüşe göre düzenlenmiştir. Ancak Züfer’e göre havâle akdi muhîlin borçtan kurtulması sonucunu doğurmaz. Çünkü ona göre havâle akdi kefâlet gibidir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Hanefî mezhebi dışındaki diğer üç mezhep hukukçuları havâle sözleşmesini bir tesviye işlemi olarak görmüştür. Buna göre havâle sözleşmesi yapıldıktan sonra muhîlin zimmeti tam olarak kurtulmuş olur. Ancak bu tam kurtuluş, havâle sözleşmesinin hüküm ifade ettiği sürecedir. Dolayısıyla havâle sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz olması durumunda muhîlin borçtan kurtuluşu da hükümsüz olacaktır.

Tercihe şayan olarak görülen görüş ise Hanefî mezhebine aittir. Zira tevâ durumunda muhâlün muhîle rücû etmemesi borcun helaki anlamına gelir. Ancak söz konusu meselede Hanefîlerin görüşü ile amel edecek olursak²⁰⁸ borcun tamamı helaktan korunmuş olur. Ayrıca bu durumda İslam hukukunun genel kaidelerine de uygunluk söz konusudur. Diğer taraftan borçlu, borcunu havâleyle güvence altına alma düşüncesiyle muhâlün aleyhe havâle etmeye razıdır. Cumhurun görüşü ile amel ettiğimiz takdir de ise havâlenin amacına aykırı davranmış oluruz. Çünkü ifade edildiği üzere havâlenin amacı borcun helaki değil, güvence altına alınmasıdır. Bütün bu gerekçelere dayanarak sonuç itibariyle diyebiliriz ki söz konusu meselede Hanefîlerin görüşü tercihe şayandır.

2. Muhâlün Lehin Muhîle Rücû Edebilmesi

İslam hukuku ve Afgan borçlar hukukuna göre havâle sözleşmesi tamamlandıktan sonra borçlu prensip olarak değişir. Yani havâle ile muhîl borçtan ve mutâlebeden kurtulur. Bu kuralın

²⁰⁸ Hanefî hukukçuların bu husustaki görüşü tevâ durumunda muhâlün muhîle rücû etmesidir.

Hanefî mezhebi dışında diğerk üç mezhebe göre bir istisnası yoktur. Çünkü onlara göre muhîl tam olarak borçtan kurtulmuştur. Ancak Hanefî mezhebine göre bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bu kısımda bu genel kuraldan istisna olan hususları inceleyeceğiz.

Hanefî mezhebine göre muhîl, havâle sözleşmesinin yapılması ile borçtan kurtulur. Ancak bu kurtuluşun şartı muhâlün leh hakkının telef edilmemesidir. Nasıl satım sözleşmesinde konunun telef olmadan satın alana teslim edilmesi gerekli ise havâle sözleşmesinde de muhâlün leh hakkının korunması gerekir. Aksi halde havâle sözleşmesi feshedilir ve muhâlün leh muhîle rücû hakkı kazanır. Hanefî hukukçularının görüşü şu hadise dayanır: ²⁰⁹ “Zengin borcunu ödemeyi ertelemesi zulümdür. Sizden biriniz hali vakti yerinde olan birine havale edildiğinde, bu havaleyi kabullenip o kişiye müracaat etsin.” Ayrıca Şureyh ve başkaca sahabeden, müslümanın varlığının heder edilemeyeceğine²¹⁰ dair rivayetler Hanefî hukukçular tarafından bazı hallerde rücû hakkının doğmasını gerektirir. Muhâlün leh muhîle rücû etmesi havâlenin kısımlarına göre değişir. Bu sebeple konuyu mutlak ve mukayyed havâlede olmak üzere incelememiz icap eder:

- a. Mutlak Havâlede Muhâlün Leh muhîle Rücû Edebildiği Durumlar
- b. Muhâlün Aleyhin Havâleyi İnkâr Etmesi

Muhâlün leh muhîle rücû edebildiği durumlardan biri muhâlün aleyhin havâleyi inkâr etmesi ve muhâlün leh veya muhîlin elinde havâleyi isbat edici bir delilin bulunmamasıdır.²¹¹ Söz konusu durumda muhâlün leh muhîle rücû edebilir. Çünkü bu halde muhâlün leh hakkı zâyî olacaktır.

Ancak muhîl veya muhâlün leh elinde havâleyi isbat edecek bir delil varsa muhâlün aleyhin havâleyi inkâr etmesi hükümsüzdür. Bu inkâr muhâlün lehe muhîle rücû hakkını vermez. Çünkü muhâlün leh delil varken, delil vasıtasıyla hakkını muhâlün aleyhten alabilir. Dolayısıyla rücû etmesine gerek yoktur. Bu konuda Hanefî hukukçuları ittifak halindedir.²¹²

²⁰⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/47; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/351.

²¹⁰ Tirmizi, *Buyu*, 68.

²¹¹ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18-19; Baberti, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/351, İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/351; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/173; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.783.

²¹² Serahsî, *el-Mebsût*, 20/47; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/351.

a) Muhâlün Aleyhin Müflis Olarak Ölmesi

Havâle akdi tamamlandıktan sonra muhâlün aleyh, ardında alacağı karşılayabilecek kadar varlık veya tamamını ödeyebilecek kefil bırakmadan müflis olarak ölürse muhâlün leh muhîle rücû edebilir.²¹³ Zira rücû edemezse hakkı zâyi olacaktır. Hâlbuki havâlenin amacı muhâlün lehe hakkının ödenmesidir. Bu durumda muhâlün leh, hakkını elde edebilmek için muhîle rücû hakkı kazanır. Ancak muhâlün aleyhin terekesi borcun ödenmesi için yeterli durumda ise veya borcun ödemesi için bir kefil varsa muhâlün leh muhîle rücû hakkı yoktur. Çünkü böyle bir durumda havâle sözleşmesi henüz sona ermemiş kabul edilir. Bu hüküm havâle sözleşmesinin mutlak havâle olması durumunda geçerlidir. Havâle sözleşmesi mukayyed ise muhâlün aleyhin ölümüyle havâle sözleşmesi geçersiz hale geldiğinden muhâlün leh muhîle rücû hakkı kazanır.²¹⁴ Çünkü muhâlün aleyhin varisleri şahsi mallarıyla onun borçlarını ödemek zorunda değildir. Mukayyed havâle ile ilgili muhîle rücû hususları aşağıda izah edilecektir.

Muhâlün leh tereke ile ilgili diğer borçları varsa ve tereke de bu borçların tümünü karşılayacak durumda değilse muhâlün leh, diğer alacaklıların payları nispetinde terekeyi paylaşır. Muhâlün leh kalan borcunu almak için muhîle müracaat edebilir.²¹⁵ Ancak borun niteliği aynı şekilde muhîle döner. Örneğin alacağı vadeli ise peşin ödemesini isteme hakkı yoktur.²¹⁶ İntikal eden alacağın yalnız bir kısmına kefil bulunduğu durumda da hüküm aynıdır.²¹⁷

Yukarda zikredilen gerekçeler sebebiyle muhâlün leh muhîle rücû hakkı vardır. Fakat şu konu bir istisna olarak kabul edilmiştir: Havâle sözleşmesini kabul eden muhâlün aleyh, havâle edilen borcu ödeyemeyip muhâlün lehi tekrar asıl borçluya havâle ederse ve o da borcu ödeyemezse bu durumda muhâlün leh muhâlün aleyhe rücû hakkı düşer ve borç, asıl borçlunun (muhîl) zimmetinde kalır.²¹⁸

²¹³ Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, 4/173; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18-19; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 783.

²¹⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/186. Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-Muamelati's-Şer'iyye*, s. 231.

²¹⁵ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/292; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.792.

²¹⁶ İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/351,

²¹⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/187

²¹⁸ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/291.

b) Hâkimin Muhâlün Aleyhin İflâsına Karar Vermesi²¹⁹

Muhâlün aleyh hayatta iken hâkim tarafından iflâsına karar verilmesi durumunda muhâlün lehin hakkını alması için muhîle rücû hakkının verilip verilmemesi hususu Hanefî fukahası arasında ihtilafa sebebiyet vermiştir.

Ebu Hanîfe'ye göre muhâlün aleyh hayatta iken hâkim tarafından iflasına karar verilirse muhâlün lehe hakkını alması için muhîle rücû hakkı verilmez. Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre ise böyle bir durumda muhâlün lehin hakkını alması için muhîle rücû hakkına sahip olması gerekir. Bu ihtilafın sebebi Hanefî mezhebinde meşhur bir meseleye dayanmaktadır. Söz konusu mesele hür bir kişinin borç nedeniyle iflasına karar verilip verilmeyeceği meselesidir. Ebu Hanîfe'ye göre hür bir kişinin borçtan dolayı iflasına karar verilmesi ve onun hacr altına alınması caiz değildir. Zira ona göre varlık denilen şey akşam gelir sabah gider. Yani bir kişi bugün fakir ise yarın zengin biri olabilir. Dolayısıyla havâle sözleşmesinde fakirlik bir rücû nedeni olamaz. Ayrıca muhâlün aleyhin gâib olması durumunda da hüküm ayındır. Yani fakirlik gibi gâiblik de rücû nedenlerinden değildir. Ebu Hanîfe'nin görüşün aksine Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre ise hür bir kişinin borç nedeniyle iflasına karar verilip hacr altına alınması caizdir.²²⁰

Ebu Hanîfe'nin görüşü Hanefî hukukçularınca daha fazla itibar görmüştür. *Mürşidü'l-hayrân*'ın 784. maddesinde de Ebu Hanîfe'nin görüşü esas alınmıştır. *Mecellede* ise ne muhâlün aleyhin müflis olarak ölmesi ne de muhâlün aleyhin hayatta iken iflasına hâkim tarafından karar verilmesi durumuna dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*'da bu hususlar ile ilgili açıklamalardan sonra bu konuda Ebu Hanîfe'nin görüşünü mezhebin râcih görüşü olarak belirtmiştir.²²¹

c) Havâle Akdinin Feshedilmesi²²²

Havâle akdi diğer akitler gibi şarta bağlı muhayyerlik veya ikâle yoluyla feshedilebilir. Havâle sözleşmesi herhangi bir sebep ile feshedilince muhâlün leh, hakkını almak için muhîle rücû

²¹⁹ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/19; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/173; Baberti, *el-Înaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/352; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/351.

²²⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/48; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/173; Babertî, *el-Înaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/352.

²²¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/185.

²²² Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/351; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/270.

hakkı kazanır. Zira havâle akdinin feshedilmesi ile borç asıl borçluya (muhîl) döner. Dolayısıyla muhâlün leh de muhîle rücû edebilir.²²³

Buraya kadar mutlak havâlede muhâlün lehin muhîle rücû edebilmesi hususları izah edilmiştir. Mukayyed havâle ile ilgili hususlar ise aşağıda incelenecektir.

b. Mukayyed Havâlede Muhâlün Lehin Muhîle Rücû Edebildiği Durumlar

Mutlak havâledeki gibi mukayyed havâlede de muhâlün lehin muhîle rücû edebilmesi için özel durumlar söz konusudur. Bu durumlar aşağıda incelenecektir.

a) Muhâlün Aleyhin Zimmetindeki Borcun Düşmesi

Daha önce zikredildiği üzere mukayyed havâle iki borçtan oluşur: Bunlardan biri muhîlin (borcu havâle eden) muhîle (alacaklı) olan borcu iken diğeri muhâlün aleyhe (borcu üstlenen) olan borcudur. Yani mukayyed havâle akdinde muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması şarttır.

Mukayyed havâlede iki borç birbirine bağlı olduğu için mukayyed havâleden sonra herhangi bir sebeple deynin düşmüş olması muhâlün leh için muhîle rücû hakkını sabit hale getirecektir.

Havâle akdi mukayyed şekilde yapıldıktan sonra muhâlün aleyhin zimmetindeki borcun kavâleden önce düştüğü ortaya çıkarsa havâle hükümsüz olup borç muhîle rücû edecektir. Borç muhîle rücû ettikten sonra muhâlün lehin borcunu sadece muhîlden talep edebilecektir. Yani bundan sonra muhâlün leh hakkını almak için muhîle rücû etmelidir.

Ancak havâle akdi yapıldıktan sonra muhâlün aleyhin üzerinde bulunan borcun arızı bir sebeple düşmesinden dolayı havâle sözleşmesi hükümsüz hale gelmez. Mesela satıcının, müşteride olan borcundan ödenmek üzere gerçekleştirdiği havâlede malın istihkakı havâleyi geçersiz kılar. Öyle ki havâle esnasında muhâlün aleyhin borçlu bulunmadığı anlaşılmıştır. Söz konusu durumda teslim edilmeden önce konunun telef olması veya şart, görme ve ayıp muhayyerliği gibi sebeplerle geri verilmesiyle havâle geçersiz olmamaktadır.²²⁴ Dolayısıyla muhâlün aleyh için muhâlün lehe

²²³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/188.

²²⁴ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/300; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/294; *Meclle* md., 693; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.785; Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-Muamelati's-Şer'iyye*, s. 231-232.

borcunu ödemek bir zarurettir. Zira havâle yapıldığı sırada muhâlün aleyh borçlu bulunmaktadır. Muhâlün aleyh borcu ödedikten sonra muhîle rücû ederek ödediğini talep edebilmektedir. Üstelik havâle olunan borçla kayıtlı bulunan vedîanın muhâlün aleyhin kusuru olmaksızın helak olması tazmini gerektirmez.

Muhâlün aleyhin üzerinde bulunan emanet vasfındaki mal, tazminatı gerektirecek bir şekilde helake uğrarsa muhâlün lehine muhîle rücû hakkı ortadan kalkar. Öyle ki söz konusu durumda telef olan malın yerine kıymetinin verilmesi gerekli hale gelmektedir. Dolayısıyla muhâlün aleyh, kendi kusuru sebebiyle helak olan malın yerine kıymetini vermek zorundadır.²²⁵

b) Muhâlün Aleyhin Zimmetindeki Borcun İstihkâkı

Deyn ile kayıtlı mukayyed havâlede malın (emanet veya mağsûb olması durumu değiştirmez) istihkâkı (başkasına ait çıkması) muhâlün lehine tekrar muhîle rücû sebeplerindedir.

Muhâlün aleyhin elinde bulunan ve mukayyed havâle akdi ile kayıtlı olan malın başkasına ait olmasının ortaya çıkması havâleyi hükümsüz kılar. Dolayısıyla borç asıl borçluya (muhîl) döner. Neticede muhâlün leh hakkını almak için muhîle rücû hakkı kazanır. Burada muhâlün aleyhin elindeki malın emanet veya gasbedilmiş olması sonucu değiştirmez. Emanet dışındaki malın, -muhâlün aleyhin kusuru olsun ya da olmasın- helakı durumunda ise havâle bâtil olmadığı için muhâlün leh rücû hakkına sahip değildir.²²⁶

Muhâlün lehine hakkı/alacağı muhîlin vefat etmesi sonucunda terekeye geçer. Böyle bir durumda muhâlün leh, muhîlin diğer alacaklılarıyla aynı derecede midir? Yoksa muhâlün leh herhangi bir imtiyaz hakkına sahip midir? Sorusu ortaya çıkmaktadır. Hanefî hukukçular konuyla ilgili farklı kanaate sahiptir. Çoğunluğuna göre muhâlün leh mezkûr mallarda herhangi bir ayrıcalık hakkına sahip değildir. Zira muhîlin diğer alacaklıları da bulunmaktadır. Bunun yanı sıra onlara göre muhîlin muhâlün aleyhin zimmetinde sabit olan alacakları, havâle vasıtasıyla muhâlün lehine mülkiyetine geçmez. Çünkü havâle sözleşmesi temlik/mülk edindirmek değil borcun bir zimmetten başka bir zimmete naklidir. Bu sebeple vefattan sonra terekenin kâfi olmadığı durumlarda muhâlün

²²⁵ Merginânî, *el-Hidâye*, 3/ 100. Baberti, *el-İnâye Şerhu'l-Hidaye*, 6/353; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/293; *Mecelle* md., 695. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.787. Bilmen, *Kamus*, 6/301.

²²⁶ Baberti, *el-İnâye Şerhu'l-Hidaye*, 6/354; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, 6/274; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/293; *Mecelle* md., 694; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.788; Bilmen, *Kamus*, 6/301.

leh ve diğerk hak sahipleri, hakları nispetinde söz konusu terekede müşterek hak sahibi olurlar. Miras olarak kalmış olan mallar aralarında bölündükten sonra muhâlün lehin geriye herhangi bir hakkı kaldıysa söz konusu hakkı muhâlün aleyhten isteyemez. Bu durumda muhîle ait yeni bir malın ortaya çıkmasını beklemek zorundadır. Zira o alacak ancak ortaya çıkacak olan bu maldan karşılanabilir.²²⁷

Söz konusu husus muhîl vefat ettikten sonra da değışmez. Yani muhîlin varisleri muhâlün aleyhten alacaklarını isteme hakkına sahip değildir. Çünkü mezkûr mal, havâle akdi sonucunda muhîlin mülkiyetinden çıkmış sayılmaktadır. Züfer, söz konusu durumu rehin alan kimsenin elindeki rehine benzetmektedir. Zira burada da rehin alan kimsenin rehin üzerinde öncelik hakkı bulunmaktadır.

Züfer'in serdettiğı bu deliller bazı fakihler nezdinde kabul görmemiştir. Söz konusu fakihlere göre muhâlün aleyhin zimmetine nakledilen alacak veya malın mülkiyeti, her ne kadar havâle edilen alacakla mukayyed olsa da hala muhîlin mülkiyetinden çıkmış değildir. Havâle sözleşmesiyle gerçekleştirilmesi hedeflenen şey alacağın naklidir temlik değildir. Bu sebeple söz konusu alacak ya da malın, rehin gibi düşünülmesi doğru değildir. Çünkü rehin alan kişi elindeki merhûna bizzat mâliktir. Bu da ona merhûn olan mal üzerinde ayrıcalık hakkı tanımaktadır. Muhâlün leh ise muhâlün aleyhin mülkiyetinde olan mala sahip değildir.²²⁸

Mecelle 692. maddesini düzenlerken Züfer'in serdettiğı görüşü tercih etme yoluna gitmiştir. Zira *Mecelle* Cemiyeti, Züfer'in bu görüşünün maslahat açısından daha münasip olup tercihe şayan olduğu kanaatinde dir. Ayrıca o dönemde yapılmakta olan havâle muameleleri, söz konusu esas dikkate alınarak gerçekleştirilmekteydi. Bu sebeple *Mecelle* heyeti, Züfer'in içtihadının maslahata daha uygun olduğu kanaatini taşımaktaydı. Söz konusu durum *Havâle* kitabına ait *Mecelle* Cemiyeti Mazbatasında açıkça ifade edilmiştir. Ancak Züfer'e ait içtihadın nispeten zayıf olmasına rağmen bunun esas tercih edilmesi, o zamanki Hanefî uleması açısından birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Hatta *Mecelle* cemiyetinin başkanı Cevdet Paşa sırf bu sebepten ötürü görevinden azledilmiştir. Kaynaklar, mezkûr tartışmaların on bir ay boyunca devam ettiğini

²²⁷ Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/174; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/354; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/294; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.790; Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-Muamelati's-Şer'iyye*, s. 232.

²²⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 4/174; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.790; Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-Muamelati's-Şer'iyye*, s. 232; Bilmen, *Kamus*, 6/301.

nakletmektedir. Bu açıdan bakılırsa *Havâle* kitabına ait *Mecelle* Mazbatası özel bir ehemmiyete sahiptir.²²⁹

Muhâlün leh vefat edince onun yerine varisleri geçer. Muhâlün leh açısından söz konusu olan hükümler onlar açısından da aynen geçerlidir.²³⁰

B. Muhîl ile Muhâlün Aleyhin Hukukî İlişkisi Bakımından

Özellikle Hanefî hukukçular havâlenin muhîl ile muhâlün aleyh arasındaki havâle sözleşmesinden doğan hukukî sonuçları incelemiştir. Muhîl ile muhâlün aleyh arasındaki ilişki bakımından havâle akdinin hukukî sonuçları, havâlenin mutlak ve mukayyed olmasına göre farklılık arz eder. Dolayısıyla konuyu mutlak ve mukayyed havâle açısından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

1. Mutlak Havâlede

Mutlak havâleyle borcun muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine nakledildiğini daha önce zikretmiştik. Yani havale akdi muhâlün aleyhin zimmetinde muhîlin borcunu muhâlün lehe ödemek üzere bir yükümlülük oluşturur. Muhâlün aleyh, muhîlin yerine geçer ve muhâlün lehin alacağını muhîl yerine üstlenir. Muhîlin kendisinden herhangi bir alacağı olmayan muhâlün aleyh, üstlendiği alacağı ödedikten sonra eğer havâle muhîlin rızasıyla gerçekleşmişse muhâlün aleyh muhîle rücû ederek ödediği malı talep edebilir. Fakat muhîlin rızası olmaksızın gerçekleştirilen havâle akitlerinde muhâlün aleyh, muhîle rücû etme hakkına sahip değildir.²³¹ Bundan dolayı akdin oluşumunda muhîlin rızası önem arz etmektedir.

Eğer muhâlün aleyh borçtan ibrâ edilirse muhîle rücû edemez. Çünkü ibrâ bir iskattır. Muhâlün aleyh, muhîlden havâle edilen miktarı talep eder, ödediği miktarı değil. Örneğin, havâle edilen dirhem ise ve dinar ödenmişse veya tersi durumda havâle edilen miktar olan dirhemi talep eder. Aynı şekilde, iyi para(جيدة) yerine kötü para(رديئة) vermişse iyi parayı talep eder. Aynı şekilde bir şey üzerine sulh yapmışsa havâle edilen miktarı talep eder. Çünkü rücû mülkiyet hükmündedir ve o havâle borcuna malik olur, ödenen miktara değil. Ancak borcun cinsinden daha azına sulh

²²⁹ Ebü'l-Ula Mardin, *Medeni Hukuku Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1946, s.34.

²³⁰ Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-Muamelati's-Şer'iyye*, s. 233.

²³¹ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17-18; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/269; Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, 4/173- 174.

yapılmışsa ödenen miktarı kadar rüçû eder. Çünkü bu durumda havâle edilen miktarla rüçû etmek faize yol açar. Ancak sulh bir iskâttir. İskât ise ibrâdır.²³²

Eğer muhâlün aleyh muhîle borçlu ise ve havâle mutlak ise muhîl ödeme öncesinde muhâlün aleyhten alacağını talep edebilir. Ödeme yapıldığında borç takas yoluyla düşer. Bu konuda *Mürşidü'l-hayrân*'nın 892. maddesi şöyle der: "Mutlak havâlede muhîlin muhâlün aleyh üzerindeki hakkı kesilmez. Eğer muhâlün aleyhin muhîle borcu varsa veya muhîlin muhâlün aleyhte emanet ya da gasbedilmiş bir malı varsa muhîl havâleden sonra da muhâlün aleyhten talepte bulunabilir. Ta ki muhâlün aleyh havâle edilen borcu muhâlün lehe ödeyene kadar. Ödeme yapıldığında ödenen miktar kadar borcu takas yoluyla düşer. Eğer muhâlün aleyh muhîle borçlu değilse ve muhîlin emriyle havâle edilen borcu ödemişse ödediği miktarı muhîlden geri isteme hakkına sahiptir. Eğer muhîlin emri olmadan ödemişse gönüllü olarak yapmış sayılır ve ödediği miktar için muhîle rüçû hakkına sahip değildir."²³³

Mürşidü'l-hayrân'ın bu maddesinin kaynağı aslında *Mecelle*'nin 691. maddesidir. Sonuç olarak, muhîle rüçû etmenin sebebi, onun emriyle borcunu ödemektir. Muhâlün aleyh, havâle edilen borç miktarını talep eder, fiilen ödediği miktarı değil. Eğer borç yerine başka bir şey ödemişse havâle edilen borç miktarını talep eder ödenmiş şeyi değil. Bazı durumlarda havâle edilen borç ile muhâlün aleyhin fiilen ödediği miktar arasında fark olabilir. Örneğin muhâlün aleyh muhâlün leh ile borcun bir kısmı üzerine sulh yapmışsa muhâlün aleyh muhîlden fiilen ödediği miktarı talep eder, havâle edilen borç miktarını değil. Çünkü sulh, bir kısmını düşürmektir ve düşürme ibrâdır.²³⁴

Eğer asıl borçlu (muhîl), havâle sözleşmesi gerçekleştikten sonra kendisi borcunu ödemek isterse muhâlün aleyhin böyle bir ödemeye engel olma hakkı yoktur. Çünkü muhîlin zimmeti havâle sözleşmesi ile her ne kadar deynden kurtulmuşsa da hükmen deyn muhîlin zimmetinde bâkî sayılır. Nasıl ki havâle sözleşmesi yapıldıktan sonra muhâlün leh tevâ durumuna düşerse borç tekrar muhîlin zimmetine dönerse bu durumda da muhâlün leh, muhîle rüçû eder.²³⁵

²³² İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/274; Babertî, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/355. Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17-18.

²³³ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 892. İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/274.

²³⁴ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/16-19. Serahsî, *el-Mebsût*, 20/71.

²³⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/71.

2. Mukayyed Havâlede

Mukayyed havâle sözleşmesi yapıldıktan sonra muhîl ile muhâlün aleyh arasındaki hukukî ilişkinin sonuçları Hanefî hukukçular ile diğer mezhep hukukçuları arasında ihtilafıdır. Bundan dolayı bu kısımda Hanefî ve diğer mezheplerin görüşleri incelenecektir.

a. Hanefî hukukçularının Görüşleri

Mukayyed havâle, muhîlin muhâlün aleyhten alacaklı olması ve muhâlün aleyhin havâle edilen borcu kendi zimmetindeki borçtan veya elindeki emanet ya da gasp edilmiş maldan ödemesi esasına dayanmaktadır. Mukayyed havalde muhâlün aleyhin zimmetindeki borcun, havâle edilen borcu ödemek için tahsis edilmiş olması şarttır. Böyle bir havâlenin hukukî sonuçları şunlardır:

a) Muhîlin muhâlün aleyhten alacağını talep etmemesi sonucunu doğurur. Yani havâle sözleşmenin yapılması ile muhîl alacağını muhâlün aleyhten talep edemez. Bu durumda muhâlün aleyh, havâle konu olan malı muhîle ödemez. Şayet öderse bu durum muhâlün lehe karşı yükümlülüğünü etkilemez. Ancak ödeme yaptıktan sonra ödediği miktarı muhîlden geri isteyebilir.²³⁶ *Mecelle'nin* 692. maddesi ve *Mürşidü'l-hayrân'ın* 893. maddesi bu durumu benimsemiştir. Bu nedenle, Hanefîlere göre muhîl, muhâlün aleyhten borcu talep edemez. Çünkü havâle bu borçla sınırlandırılmıştır ve bu borç her ne kadar gerçek anlamda rehin olmasa da rehin mesabesinde kabul edilir. Gerçek anlamda rehin sayılmamasının iki nedeni vardır:

- Muhâlün aleyh, havâle edilen borcu muhâlün lehe ödemediği önce iflas ederse muhâlün leh havâle konu olan borç üzerinde diğer alacaklılara göre öncelik hakkına sahip olmaz.

- Bu borç muhâlün aleyh nezdinde telef olursa rehinin helâkine karşılık borcun düşmesi gibi havâle edilen borç düşmez.²³⁷

b) Havâle, muhîlin muhâlün aleyh üzerindeki bir alacağıyla sınırlandırılmışsa ve borçlunun bu borçtan beri olduğu veya havâleden önce bir sebeple borcun sona erdiği ortaya çıkarsa havâle sözleşmesi batıl olur ve buna bağlı olarak muhâlün aleyhin yükümlülüğü düşer. Örneğin satıcı, alacağını satış bedeli için alıcıya havâle etmiş ve sonra satılan mal istihkak edilmişse havâle batıl

²³⁶ Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, 4/173,174.

²³⁷ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17.

olur. Çünkü muhâlün aleyhin bedeli ödeme yükümlülüğü düşmüştür. *Mürşidü'l-hayrân'ın* 900. maddesi ve *Mecelle'nin* 693. maddesi bu hükmü benimsemiştir.²³⁸

Borcun sona ermesi havâleden sonra arızî bir sebeple de olabilmektedir. Örneğin satıcı alacağını, satış bedeli olarak alıcıya havâle etmiş ve sonra satılan mal teslimden önce satıcının elinde helak olmuşsa alıcının (muhâlün aleyhin) bedeli ödeme yükümlülüğü düşse de havâle sözleşmesi batıl olmaz. Çünkü bu durum muhâlün aleyhin yükümlülüğünü etkilemez. Zira bedel satışla ve teslimden önce belirlenir ve malın helak olması sahih olarak kurulan havâleyi etkilemez. Muhâlün aleyh ödeme yaparsa ödediğini muhîlden geri isteyebilir. *Mürşidü'l-hayrân'ın* 901. maddesi ve *Mecelle'nin* 693. maddesi buna göre düzenlenmiştir.²³⁹

c) Havâle sözleşmesine konu olan yükümlülük iptal de edilebilmektedir. Örneğin satış bedeli ve mal istihkak edilmişse muhâlün aleyh (alıcı) istihkaktan önce satıcının alacaklısına bedeli ödemişse ödediğini veya yerine borcu ödeyen muhîlden ya da borcu tahsil eden muhâlün lehten geri isteyebilir. Çünkü satışın iptali havâlenin iptaline yol açmıştır ve muhâlün aleyh bu durumda muhâlün lehe ödemekle yükümlü olmadığı bir borcu ödemiş olur. Dolayısıyla bunu geri isteyebilir. *Mürşidü'l-hayrân'ın* 905. maddesinde de bu benimsenmiştir.²⁴⁰

d) Havâle, muhîlin muhâlün aleyh nezdindeki bir malın bedeline bağlanmışsa muhâlün aleyh bu malı satın bedelinden borcu ödemekle yükümlü olur. Muhâlün aleyh satıştan önce ödemeye zorlanamaz. Ancak muhîl veya muhâlün leh tarafından ya satışa ya da satılan malın bedelinden ödemeye zorlanabilir. *Mürşidü'l-hayrân'ın* 895. maddesi ve *Mecelle'nin* 696. maddesinde bu durum düzenlenmiştir.²⁴¹

e) Havâle muhâlün aleyh nezdindeki bir emanete bağlanmışsa ve bu emanet muhâlün aleyhin kusuru olmaksızın helak olmuşsa havâle sözleşmesi batıl olur ve muhâlün aleyhin yükümlülüğü düşer. Emanet istihkak edilirse de durum aynıdır. Ancak emanet muhâlün aleyhin kusuru ile helak olursa veya gasp edilmiş bir mal ise ve helak olursa bu durum havâle sözleşmesini batıl kılmaz. Çünkü muhâlün aleyh malın değeri üzerinden muhîle karşı sorumlu olur ve muhîl

²³⁸ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/299; *Mecelle* md. 693; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 900.

²³⁹ *Mecelle* md. 693. Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md. 901.

²⁴⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/71; *Mürşidü'l-hayrân*, md. 905. Merğînânî, *el-Hidâye*,3/100; Baberti, *el-Înaye Şerhu'l-Hidâye*, 6/353.

²⁴¹ *Mürşidü'l-hayrân*, md. 895; *Mecelle* md. 696. İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/354.

yerine borcu ödeme yükümlülüğü devam eder. *Mecelle*'nin 695. maddesi ve *Mürşidü'l-hayrân*'ın 903-904. maddeleri bu hükmü benimsemiştir.²⁴²

Havâleye konu olan mal ister emanet ister tazmin hükmünde olsun istihkak edilmesi durumunda havâlenin batıl olması şöyle açıklanabilir: Havâleye konu olan malın muhâlin mülkiyetinde olmadığı ortaya çıkmıştır. Böylece havâle temelini kaybeder ve dolayısıyla muhâlün aleyh yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlanamaz.

Hanefî mezhebi dışındaki diğer üç mezhebin görüşleri bu konuda farklıdır. Bu kısımda üç mezhebin görüşleri incelenecektir.

Daha önce zikredildiği üzere Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerde havâlenin mukayyed (sınırlı) olması şarttır. Burada şu soru ortaya çıkar: Havâleye konu olan yükümlülüğün batıl olması durumunda muhâlün aleyhin muhâlün lehe karşı yükümlülüğü nedir?

Bu konu, Malikî hukukçuları arasında ihtilafıdır. İbnü'l-Kâsım, havâlenin geçerli kalmaya devam edeceğini ve yeni borçlunun muhâlün lehe ödeme yapmakla yükümlü kalacağını, daha sonra ise ödediğini muhâlden geri isteyebileceğini savunur. Ancak Malikî mezhebinde tercih edilen görüş havâlenin düşeceği ve muhâlün lehin muhâle başvurusu gerektiği yönündedir.²⁴³

Şafîî kaynaklarında gelince konu havâle sözleşmesine konu olan yükümlülüğün batıl olma sebebinin havâle öncesine dayandığı ifade edilir. Onlar kabzın gerçekleşmediği durumlar ile kabzın gerçekleştiği durumlar arasında ayırım yaparlar. İlk durumda onlar, Hanefîlerle aynı görüşte olup muhâlün aleyhin yükümlülüğünün düşeceğini, ikinci durumda ise muhâlün lehe karşı yükümlülüğün devam edeceğini kabul ederler. Ancak Hanefîlerden farklı olarak havâleye konu olan yükümlülük muhâlün aleyhin muhâlün lehe borcu ödemesinden sonra batıl olursa muhâlün aleyhin sadece ödemeyi alan tarafa yani muhâlün lehe rücû edebileceğini söylerler.²⁴⁴ Hanbelî hukukçulara gelince mezhepte konu Şafîî hukukçuların hükümleriyle aynı istikamettir.²⁴⁵

²⁴² Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/173; *Mecelle* md. 695; *Mürşidü'l-hayrân*, md. 903 ve 904.

²⁴³ Sahnun, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 4/149; Baci, *el-Muntakâ Şerhu'l- Muvatta*, 5/69; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/232; ed-Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, s. 326.

²⁴⁴ Mansur b. İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 2/188.

²⁴⁵ Ahmed b. Hanbel, *el-İknâ' fi Fıkhi'l-İmâm*, 187.

Afgan Medenî Kanunu'nun dördüncü bölümünde havâle akdinde muhâlün aleyhin muhîle karşı hakları ve sorumlulukları, aynı zamanda muhîlin muhâlün aleyhe karşı hakları ve sorumlulukları mutlak ve mukayyed olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir:

Mutlak havâlede muhîlin muhâlün aleyten borcunu talep hakkı ancak borcun ödenmesi ile düşer. Yani sadece havâle sözleşmesi ile değil borcun ödenmesiyle muhîlin talep hakkı sakıt olur. Bu husus MK'nin 1729. maddesinde geçmektedir. "Mutlak bir havâle muhîlin talep hakkını sakıt etmez ve havâle sözleşmesinden sonra muhâlün aleyh tarafından muhâlün lehe borç ödeninceye kadar muhîlin borcunu talep hakkı vardır. Muhâlün aleyhin borcun bir miktarını ödemesi ile muhîlin o miktarda talep hakkı sâkıt olur. Eğer muhâlün aleyh muhîle borçlu değilse muhâlün aleyh muhîlden hakkını almak için rücû edebilir. Ancak ödeme için muhîlden izin almadıysa o zaman muhâlün aleyh teberrû etmiş olur".²⁴⁶

AMK'nin bu maddesinden aşağıdaki meseleler anlaşılmaktadır:

- Mutlak havâlede muhâlün aleyhin muhîle borçlu olmaması halinde muhîlin muhâlün aleyhten talep hakkı düşmez. Yani mutlak havâlede muhîlin talep hakkı havâle sözleşmesi ile düşmez. Ancak muhâlün aleyh tarafından borcun ödenmesi ile muhîlin talep hakkı düşer.
- Eğer muhâlün aleyh borcunun bir miktarını muhâlün lehe öderse bu miktara göre muhîlin talep hakkı düşer. Yani muhâlün aleyhin muhâlün lehe 100 TL ödemesi gerekiyorsa ve muhâlün aleyh muhîle 50 TL vermişse muhîlin sadece 50 TL'de talep hakkı düşer. 100 TL ödemesi halinde ise muhîlin talep hakkı tamamen düşer.
- Muhâlün aleyh muhîle borçlu değilse ve borcu muhîlin emri ile ödemişse muhâlün aleyh muhîle hakkını almak için rücû edebilir. Ancak bu ödeme muhîlin emri ile olmamışsa muhâlün aleyh muhîle rücû edemez ve ödemesi teberrû hükmündedir.

Mukayyed havâlede muhîlin talep hakkı havâle sözleşmesi ile bitmiş olur. Bu husus AMK'nin 1730. maddesinde şöyle ifade edilmektedir: "Mukayyed havâlede havalenin

²⁴⁶ *Afgan Medeni Kanunu*" 1729. md.

ماده 1729: در حواله مطلق، مطالبه حواله دهنده از شخص حواله داده شده قطع نگردیده، میتواند بعد از حواله تا زمانیکه شخص حواله داده شده دین را بحواله گیرنده تادیه نکرده، از او مطالبه نماید. در صورت ادای دین به اندازه آنچه تادیه نموده از نمه او ساقط میگردد، اگر شخص حواله داده شده مدیون حواله دهنده نباشد و به امر او از طرف او قرض را اداء نماید، به اندازه مثل آن رجوع می نماید و اگر به غیر او قرض را اداء نموده باشد، متبرع شناخته میشود.

yapılmasından sonra muhîlin muhâlün aleyhten borcunu talep hakkı kesilir ve muhâlün aleyh artık borcunu muhîle ödeyemez. Muhâlün aleyh bunun aksine bir işlem yaparsa muhâlün lehe karşı sorumlu olur ve muhâlün leh muhîle rücû edebilir.”²⁴⁷

AMK'nin bu maddesinden şu sonuçlar çıkarılabilir:

- Mukayyed bir havâlede akdın inikadı ile muhîlin muhâlün aleyhten borcunu talep etme hakkı düşer.
- Mukayyed havâlede muhâlün aleyh muhîle borcu veremez. Yani havâle akdinden sonra muhâlün aleyhin muhâlün lehe borcu vermesi gerekir. Muhâlün aleyh muhîle borcunu öderse muhâlün lehe karşı sorumlu olur ve ihmalkâr davranmış sayılır. Bu durumda muhâlün leh hakkını almak için muhîle rücû edebilir.

Havâle konusunda özellikle de muhîl ile muhâlün aleyh arasındaki ilişkilerde İslam hukuku ile Afgan Medenî Kanunu'nu karşılaştırdığımızda İslam hukukçularının bu yöndeki araştırmalarında temel ve faydalı konulara yer verdiği görülmektedir. Afgan Medenî Kanunu ise bu konu ile ilgili hususları kısa ve öz bir şekilde incelemiştir. Diğer yandan AMK, konu ile ilgili terimlerin tanımlarını ele almamıştır. Dolayısıyla AMK'nin konuları düzenleme hususunda fıkıhtan az miktarda faydalandığını söyleyebiliriz.

İslam hukuku AMK için temel bir kaynak olmasına rağmen AMK İslam hukukundaki tertibi takip etmemiştir. Zira İslam hukuku bir konuyu ele alırken önce tanımını sonra unsurları ve şartları daha sonra da o konu ile ilgili hukukî sonuçları izah eder. Ancak AMK'da bu tertip aynı değildir. AMK, İslam hukukundaki tertibi takip etmediğinden dolayı özellikle havâle sözleşmesinin hukukî sonuçları hususunda şöyle bir düzensizliğe kapı aralamaktadır: Havâle sözleşmesinde üç taraf arasındaki ilişki İslam hukukundaki gibi ayrı ayrı beyan edilmemiş aksine farklı yerlerde incelenmiştir. Bundan dolayı üç taraf arasındaki ilişkiyi anlamak zordur. Dolayısıyla konuların iyi bir şekilde anlaşılması için AMK'nin İslam hukukunda ve özellikle *Mecelle*'deki yöntemi takip etmesi daha uygun olacaktır.

Önemli olan başka bir husus ise Afgan Medenî Kanunu'nda mutlak ve mukayyed arasındaki farktan, bu iki havâle türü arasında karıştırılan bazı hususlardan ve bundan kaynaklanan

²⁴⁷ *Afgan Medeni Kanunu*” 1730. md.

sonuç ve hükümlerden açıkça bahsedilmemiş olmasıdır. Bu AMK'nin bir kusurudur ve bu kusurun sebebi Afganistan'da kanunlaştırma sırasında *Mecelle* veya *Mürşidü'l-hayrân*'da yer alan maddelerin bazen hatalı bir şekilde kısaltılmasıdır. Dolayısıyla AMK'nin söz konusu kusurunun giderilmesi için konunun çeşitli yönlerine ilişkin hukukî materyallerin oluşturulması gerekmektedir.

C. Muhâlün Leh ile Muhâlün Aleyhin Hukukî İlişkisi Bakımından

Havâle edilen (muhâlün leh) ile borcun havâle edildiği kişi (muhâlün aleyh) arasındaki hukukî ilişki, borcun havâle edenin (muhîl) zimmetinden havâle edilen kişinin (muhâlün aleyh) zimmetine geçmesi ve havâle edilen kişinin borcun kendisi, garantileri, nitelikleri ve savunmaları açısından havâle edenin yerini almasıyla özetlenebilir. Hanefî hukukçular havâle işleminin etkisi konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Züfer, havâlenin kefâlet gibi bir zimmetin diğerine eklenmesi olduğunu, borcu veya talebi nakletmediğini ve sadece bir güvence sözleşmesi olduğunu söylemiştir. Diğer Hanefî hukukçular ise havâlenin dil açısından nakil anlamına geldiğini²⁴⁸ ve bir borcun zimmetten nakledildiğinde zimmette nakledilen borcun kalmayacağını belirtmişlerdir. Kefâlet ise ekleme anlamına gelir ve burada şer'î hükümler dilsel anlamlara uygundur. Nakil ve transfer ancak asıl borçlunun zimmetinin boşalmasıyla gerçekleşir. Ayrıca Hanefî mezhebinde bu görüş tercih edilen görüşüdür.²⁴⁹ Havâlenin bir nakil olduğu konusunda anlaşılıktan sonra neyin nakledildiği konusunda mezhep içindeki hukukçular ihtilafa düşmüşlerdir.

Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, havâlenin borcu değil, sadece talep hakkını naklettiğini, asıl borcun havâle eden üzerinde kaldığını savunmuştur. Çünkü havâle, ödeme güçlüğüne kadar bir ertelemedir. Bu nedenle sadece havâlede sadece talep hakkı nakledilir. O bu durumu şu şekilde gerekçelendirmiştir: Muhâlün leh, muhâlün aleyhi ibrâ ettiğinde bu geçerlidir ve kefilin ibrâsı gibi reddedilmekle geri dönmez. Eğer asıl borç muhâlün aleyhe naklolunsaydı havâle öncesi ibrâ gibi reddedilmekle geri dönmesi gerekirdi. Ayrıca muhîl havâle edilen miktarı öderse muhâlün leh olan kişi bunu kabul etmeye zorlanır. Borç havâle ile nakledilmiş olsaydı muhîl bu ödemeyi yabancı biri gibi bağış olarak yapmış olurdu ve yabancı biri borcu ödemeyi bağışladığında alacaklı bunu kabule zorlanamaz.²⁵⁰

²⁴⁸ Fidan naklinde olduğu gibi

²⁴⁹ Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/174; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/347.

²⁵⁰ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/296; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/345.

Ebû Yusuf ve diğer Hanefîler ise havâle sözleşmesi rükun ve şartlarıyla tamamlandığında sözleşmenin hukukî sonucunun muhîlin borçtan kurtulması olduğunu söylemişlerdir.²⁵¹ Çünkü havâle sözleşmesi, muhîlin zimmetini hem talepten hem de borçtan kurtarır. Zira havâle bir ibrâdır ve bununla borç ile talep birlikte nakledilir. Bu görüşü şu gerekçelere dayanmışlardır: Muhâlün leh, havâleden sonra muhîle hibe etse veya onu borçtan ibrâ etse bu hibe veya ibrâ geçerli olmaz. Borç onun zimmetinde kalsaydı bunların geçerli olması gerekirdi. Ayrıca muhâlün leh, muhâlün aleyhi borçtan ibrâ etse veya ona hibe etse bu geçerli olur. Bu da borcun muhâlün aleyhin zimmetine geçtiğini ve muhîlin zimmetinin kurtulduğunu gösterir.²⁵² Hanefî mezhebinde bu ihtilafın hukukî sonuçları şunlardır:

Rehin veren (râhin) borcu alacaklıya (mürtehin) havâle ettiğinde rehini geri alabilir mi? Muhammed'e göre, zimmeti borçla meşgul olduğu için geri alamaz. İmam Ebû Yusuf ve çoğunluk fakihlere göre ise havâle ile zimmeti borçtan berî olduğu için geri alabilir. Ayrıca, havâle edilen (muhâlün leh) havâleden sonra havâle edeni (muhîl) ibrâ etse bu ibrâ geçerli olur mu? Muhammed'e göre borç zimmetinde kaldığı için geçerli olur. Ebû Yusuf ve çoğu fakihe göre ise havâle ile borçtan kurtulduğu için geçerli olmaz. Hanefîlerde tercih edilen görüşüne göre ise havâle sözleşmesi ile hem borç hem de borcun talep hakkı muhîlin zimmetinden muhâlün aleyh zimmetine intikal eder ve böylece muhîl borçtan kurtulur.²⁵³

Muhâlün leh ile muhâlün aleyh arasındaki ilişki bakımından havâle sözleşmesinin hukukî sonuçları, *Mürşidü'l-hayrân'ın* 890. ve 896. maddelerinde düzenlenmiştir. 896. madde şöyle der: "Borç, muhîl üzerindeki niteliğiyle muhâlün aleyhin zimmetine geçer. Eğer muhîlin üzerindeki borç vadeli ise muhâlün aleyhe de vadeli olarak geçer. Dolayısı ile hemen ödeme yapması gerekmez. Eğer muhîl ölürse vade devam eder ancak muhâlün aleyh olan kişi ölürse borç muaccel hale gelir ve onun terekesinden ödenir. Tereke yeterli değilse muhâlün leh kalan borç için muhîle rücû eder ve vadesi geldiğinde alacağını alır."²⁵⁴ Bu maddelere göre havâle sözleşmesi ile muhâlün leh, muhâlün aleyhten alacağını talep etme hakkını elde eder. Muhâlün leh, muhâlün aleyhten yeni bir hakla değil, havâle edenden talep edeceği aynı hakla talepte bulunur. Çünkü havâle, muhîlin

²⁵¹ Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/174; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/345.

²⁵² Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/172; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/348.

²⁵³ İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/348.

²⁵⁴ *Mürşidü'l-hayrân*, md. 896.

üzerindeki borcun aynı niteliklerle muhâlün aleyhe nakledilmesidir. Muhâl üzerindeki borç vadeli ise muhâlün aleyhin alacaklıya karşı yükümlülüğü de vadeli olur.²⁵⁵

Muhâl üzerindeki borcun aynı niteliklerle muhâlün aleyhe geçtiği görüşü, modern mevzuatın Hanefî mezhebine benzer şekilde düzenlediği gibi özel bir halefiyete yol açtığı anlamına gelir.²⁵⁶ Muhâlün aleyhin havâleden sonra alacaklıyla ilişkisi muhâlin havâleden önceki hukukî durumu gibidir. Yani muhâlün aleyh, alacaklıya karşı muhâlin havâleden önce ileri sürebileceği itirazları ileri sürebilir ve alacaklı, havâle sözleşmesinden önce olan fer'i haklarından ve teminatlarından havâleden sonra da yararlanır. Eğer muhâlün lehin borcu havâle sözleşmesinden önce icra edilebilir şekilde birbelgeye dayanıyorsa bu belgeyle muhâlün aleyhe de icrada bulunabilir.²⁵⁷

Muhâlün aleyhin muhâlün lehe karşı ileri sürebileceği defiler ve muhâlün lehin muhâlün aleyhe karşı hakkını güvence altına alan teminatlar, muhâlün leh ve muhâlün aleyh arasındaki hukukî ilişki açısından havâle sözleşmesinin en önemli sonuçlarıdır. Bu sonuçları şu şekilde ifade edebiliriz:

1. Muhâlün Aleyhin Def'ileri ve İtiraz Hakkı

Defiler; Havâle sözleşmesi ile borç, muhâlden muhâlün aleyhe geçtiğinden muhâlün aleyh, alacaklıya karşı havâleden önce ileri sürebileceği tüm defileri ileri sürebilir. Örneğin havâle edilen, yükümlülüğün geçersiz olduğunu veya başka bir nedenle havâle edilenin talebini reddedebilir. Çünkü alacaklının hakkı havâle edilenden fazla olamaz. Burada soru şudur: havâle eden havâle edilene olan bir borcuyla takas yapabilir mi? Eğer takas şartları havâleden önce gerçekleşmişse sözleşme konusu ortadan kalktığı için geçersiz olur. Çünkü konu zaten sona ermiş bir borcun havâlesi olacaktır. Ancak takas şartları sözleşmeden sonra gerçekleşmişse havâle edilen kişi bunu ileri süremez. Çünkü bu sadece asıl borçlunun hakkıdır. Aksi takdirde asıl borçlu borcu iki kez ödemiş olur. Bunlardan biri havâle yoluyla iken diğeri takas yoluyla.²⁵⁸

Ancak borçlu (havâle eden) ile muhâlün aleyh olan kişi arasındaki ilişkiden doğan defilere gelince muhâlün aleyh, bu tür defileri alacaklıya karşı ileri süremez. Çünkü muhâlün lehe karşı yükümlülüğü, kendisi ile muhâl arasındaki hukukî ilişkiden bağımsızdır. Bu durumda havâle

²⁵⁵ *Mecelle* md. 697.

²⁵⁶ Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 134.

²⁵⁷ Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 135.

²⁵⁸ Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, 4/172; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/348.

sözleşmesi, soyut bir sözleşmedir. Yani bu sözleşmenin geçerliliği muhâlün aleyh ile muhîl arasındaki önceki hukukî ilişkiye bağlı değildir.²⁵⁹

Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezhepler havâleyi borcun başka bir borçla ödenmesi olarak kabul ettiği için muhâlün aleyhin muhîle borçlu olmasını şart koşturmuşur. Bu görüşe göre muhâlün aleyhin alacaklıya karşı sorumluluğu müstakil değil, muhîl ile aralarındaki hukukî ilişkiye bağlıdır.²⁶⁰ Dolayısıyla muhâlün aleyh olan kişinin muhîl ile olan ilişkisinden meydana gelen defi ve itirazları muhâlün lehe karşı kullanma hakkı vardır. Görüldüğü üzere mutlak havâle konusunda diğer mezhepler de Hanefîler gibi düşünmektedir.

2. Teminatlar (Borca Bağlı Fer'i Haklar)

Havâlenin sonuçlarından biri borçlunun değişmesidir ve havâle sözleşmesi ile borcun aynı kalması gerekmektedir. Ancak muhâlün lehe teminat teşkil eden fer'i haklar, havâleden sonra sona mı erer yoksa borçla birlikte muhâlün aleyhin zimmetine mi intikal eder? İslam hukukçuları tarafından bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Ebû Yusuf'a göre muhîl veya kefilî tarafından borcu güvence altına almak için tesis edilen rehini, havâleden sonra muhâlün leh elinde tutamaz. Bu rehini sahibine geri vermesi gerekir. Yani bunun gibi satılan şeyin semenini almak üzere müşteri tarafından üçüncü bir şahsa havâle edilen satıcı, havâleyi kabul ettikten sonra satılan şeyi elinde tutmaya devam edemez. Çünkü muhîl havâle ile borçtan kurtulmuştur. Dolayısıyla muhîl, birinci meselede söz konusu edilen rehini ikinci meselede ise satılan şeyi isteme hakkına sahiptir. Muhammed'e göre ise muhîl bu haklara sahip değildir. Çünkü rehinin amacı, muhâlün leh hakkını güvence altına almaktır. Muhâlün leh havâleden önce hakkını alıncaya kadar nasıl rehini elinde tutabiliyorsa havâleden sonra da tutabilir. Borcun muhîle dönmesi halinde muhâlün leh bu haklardan yararlanabilir.²⁶¹ *Mürşidü'l-hayrân'ın* 890. maddesi Muhammed'in bu görüşüne göre düzenlenmiştir.²⁶²

²⁵⁹ Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/425- 426; Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 143-144; Subhi Mahmasani, *en-Nazariyyetu'lAmme li 'l-Mücebatı ve'l-'Uküdü fi'ş-Şeriatı'l-İslamiye*, 2/355.

²⁶⁰ Mansur b. İdris, *Keşşafü'l-Kıma an Metni'l-İkna*, 2/185; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/230.

²⁶¹ Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/172; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/349.

²⁶² *Mürşidü'l-hayrân*, md. 890.

Havâlenin rehin ve hapis hakkı üzerindeki etkisi, Hanefî hukukçular arasında tartışmalıdır. Borçlu, rehin alan alacaklısını üçüncü bir tarafa havâle ederse veya alıcı satıcıyı fiyat konusunda başka birine havâle ederse alacaklı rehini veya satıcı malı elinde tutmaya devam edebilir mi? Ebû Yusuf'a göre havâleden sonra rehin alan alacaklının rehini elinde tutmaya veya satıcının malı elinde tutmaya devam etmesi caiz değildir. Çünkü havâle, muhîlin borcundan kurtulmasına sebep olur. Dolayısıyla rehini verenden rehini geri alabilir veya satıcıdan malı teslim alabilir.²⁶³ Bu görüşe göre havâle, borçlunun borcunu ödemiş olması veya alıcının satıcıya malın bedelini ödemiş olması ile eşdeğer bir ödeme şeklidir.

Bu görüşün aksine Muhammed, borçlunun havâle ile tamamen borcundan kurtulmadığını ve borçlu kalmaya devam ettiğini savunur. Bu nedenle alacaklı rehinli malı veya satılan malı elinde tutmaya devam eder. Çünkü hapis hakkı ödemenin gerçekleştirilmesi içindir ve ödeme henüz gerçekleşmemiştir. Muhâlün leh, muhâlün aleyhten hakkını alamayıp muhîle başvurduğunda bu teminatlardan yararlanabilir. *Mürşidü'l-hayrân* da bu görüşü benimsemiştir.²⁶⁴ Hanefî hukukçular, rehin verenin borçlu dışında biri olması durumunu ele almamıştır. Abdulvedûd Yahya, bu durumda rehin verenin kefil gibi değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Yani ona göre havâle, alacaklının hakkını güvence altına alınmasına bağlıdır.²⁶⁵

Zikredilenlerden anlaşılacağı üzere Ebû Yusuf'un görüşüne göre havâle sözleşmesi, tüm teminatların havâle anından itibaren düşmesine yol açar. Muhammed ise teminatların devam ettiğini ancak bunların havâle edilenin yükümlülüğünü değil havâle edenin yükümlülüğünü güvence altına aldığını savunur. Bu durum havâle edilenin havâle edene başvurma nedenlerinden biri gerçekleştiğinde geçerlidir.

Muhâlün aleyhin Borçtan Kurtulması; *Mecelle* ve *Mürşidü'l-hayrân*, muhâlün aleyhin nelerle muhâlün lehe karşı yükümlülüğünden kurtulacağını şöyle ifade eder:

- Muhâlün aleyh, ödeme yaparak veya takas gibi diğer ibrâ sebepleriyle zimmetini borçtan kurtarmış olacaktır. Borcu ödediğinde ödediği miktarı muhîlden geri alabilir veya ödediği miktar ile muhîlin kendisine olan borcu arasında takas yapabilir.²⁶⁶

²⁶³ Zeylâî, *Tebyînu'l-Hakâik*, 4/172; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/349.

²⁶⁴ *Mürşidü'l-hayrân*, md. 894.

²⁶⁵ Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 147-149.

²⁶⁶ *Mürşidü'l-hayrân*, md. 911; *Mecelle* md. 699.

- Muhâlün aleyh, borcu üçüncü bir kişiye havâle ederse yükümlülüğünden kurtulur.²⁶⁷
- Muhâlün leh, muhâlün aleyhi ibrâ ederse, borç onun zimmetinden düşer ve muhâlün aleyh borçtan beri olur. Böyle bir durumda muhâlün aleyh muhîle borçlu olsa ve ibrâyı kabul etmese de geçerlidir.²⁶⁸
- Eğer muhâlün leh, muhâlün aleyhe hibe eder ve o da bu hibeyi kabul ederse muhâlün aleyhin zimmeti borçtan kurtulur. Dolayısıyla muhâlün aleyh ibrâ edildiği miktarı ve muhâlün bihi almak için muhîle rücû edebilir.²⁶⁹ Ayrıca *Mürşidü'l-hayrân'ın* 913. maddesi şöyle der: "Havâle edilenin borçtan ibrâsı veya borcun ona (muhîle) hibesi geçerli değildir."²⁷⁰ Bu hüküm Ebû Yusuf'un görüşünün bir uygulamasıdır. Bu görüşe göre borç, havâle sözleşmesi ile muhâlün aleyhe geçmiştir. Bu nedenle, ibrâ veya hibe muhîle değil muhâlün aleyhe yapılmalıdır. Çünkü borçlu olmayan birine temlik etmek veya onu borçtan ibrâ etmek sahih olmaz.

Şafiî hukukçularına göre iki farklı görüş vardır. Yani Şafiî mezhebinde hem borca bağlı fer'i haklar havâle sözleşmesi ile intikal eder görüşü hem de havâle sözleşmesi ile bu hakların düşeceği görüşü vardır.²⁷¹ Malikî ve Hanbelî kaynaklarında bu konu ile ilgili açık bir şekilde bir açıklama yoktur. Ancak bu iki mezhebe göre muhîl, havâle sözleşmesi ile tam olarak borçtan kurtulur. Dolayısıyla Malikî ve Hanbelî mezhebine göre her iki borca bağlı fer'i hakların düşebileceğini söyleyebiliriz. Çünkü muhîl borçtan kurtulmuş ise bu borç ile bağlı olan hakları da düşer.

Afgan Medenî Kanunu'nda havâle sözleşmesi ile muhâlün aleyh, asıl borçlu yerine geçer. Başka bir ifade ile havâle akdinin hukukî sonucu olarak muhâlün aleyh, muhîlin (asıl borçlu) yerini alır. Dolayısıyla havâle ile muhîlin üzerinde olan sorumluluklar muhâlün aleyhin zimmetine geçer. AMK'nin 1731. maddesine göre havâle sözleşmesiyle borç muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder. Muhîlin zimmetindeki borç mu'accel ise havâle ile mu'accel olarak intikal eder. Müeccel (vadeli) ise muhâlün aleyh ancak zamanında ödemek ile mükelleftir.²⁷² AMK'nin bu maddesi

²⁶⁷ *Mürşidü'l-hayrân*, md. 910; *Mecelle* md. 699.

²⁶⁸ *Mürşidü'l-hayrân*, md. 911; *Mecelle* md. 699.

²⁶⁹ *Mürşidü'l-hayrân*, md. 912; *Mecelle* md. 699.

²⁷⁰ *Mürşidü'l-hayrân*, md. 913.

²⁷¹ Haytemî, *Tuhfetu'l-Muhtac bi Şerhi'l-Minhac*, 5/227; Şirazi, *el-Mühezzeb fi Fıkhî'l-İmam eş-Şafîi*, 1/328.

²⁷² "Afgan Medeni Kanunu" 1731. md.

muhâlün aleyh ile muhâlün leh arasındaki hukukî ilişkiyi izah eder. Yani muhâlün lehine muhâlün lehine karşı hakkı ne ise muhâlün aleyhine karşı da aynıdır. AMK'nin bu hükmü *Mecelle*'nin 796. maddesi ve *Mürşidül Hayran*'ın 876. maddesinden istifade edilerek oluşturulmuştur.

Ayrıca AMK'nin 1727. maddesi muhâlün lehine muhâlün aleyhten borç isteme hakkının olduğunu belirtir. Yani muhâlün leh havâle sözleşmesinin hukukî bir sonucu olarak muhâlün aleyh üzerinde mülâzemet hakkı kazanır ve muhâlün aleyhten borcu isteyebilir. Dolayısıyla muhâlün aleyhin muhâlün lehine hakkını vermesi vaciptir ve muhâlün aleyhin zengin olduğu halde mûmâtale (geciktirme) yapması caiz değildir.

İslam hukuku muhâlün aleyh ile muhâlün leh arasındaki fikhî ilişkiyi çeşitli yönlerden incelemiştir. Yani İslam hukukunda muhâlün aleyh ile muhâlün leh arasındaki münasebetler şu şekildedir:

- Daha önce ifade edildiği gibi muhâl, havâle sözleşmesinin yapılması ile borçtan kurtulur. Yani borç ve talep hakkı havâle sözleşmesi ile muhâlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder. Dolayısıyla muhâlün aleyh muhâlün lehe karşı sorumlu olur.
- Havâle sözleşmesi yapılmadan önce muhâlin muhâlün lehe karşı ileri sürebileceği savunma/defi ve itiraz hakları muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder.
- Muhâlün aleyh, muhâlin muhâlün lehten alacağını kendi borcu ile takas edemez. Çünkü borçlu borcunun üzerinde tasarruf hakkına sahip değildir. Ancak muhâlün lehteki kendi alacağı ile karşılıklı alıp verme yapabilir.
- Mutlak havâle sözleşmesinde muhâlün aleyh ile muhâl arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan savunmalar/defiler, muhâlün lehine aleyhine kullanılamaz. Çünkü muhâlün aleyhin muhâlün leh aleyhine sorumluluğu onun muhâl ile arasındaki hukukî münasebete bağlı olmayan bir ilişkidir. Ancak mukayyed havâle sözleşmesinde durum aynı değildir. Yani mukayyed bir havâle sözleşmesinde muhâlün lehine muhâlün aleyhin kusuru olmaması durumunda helak olması veya

ماده 1731: دین بر شخص حواله داده شده به همان صفتی تعلق می گیرد که بر حواله دهنده داشت. در صورتی که دین بر حواله دهنده بصورت معجل باشد، شخص حواله داده شده باید آنرا معجل تادیه نماید و در صورتیکه دین موجل باشد، شخص حواله داده شده بتادیه آن مکلف نمیگردد، مگر حین رسیدن موعد تادیه.

istihkak edilmesi gibi durumlarda muhâlün aleyhin hem muhîle hem de muhâlün lehe karşı sorumluluktan kurtulmuş olduğunu ifade etmiştik. Bu husus, muhâlün aleyh ile muhîl arasındaki hukukî ilişkiden meydana gelen savunmaları/defileri muhâlün lehin aleyhine kullanılabileceğini göstermektedir.

- Teminatlar (Borca Bağlı Fer'i Haklar): Bu konu hem mezhepler arasında ve hem de Hanefî mezhebi içinde ihtilafıdır. Hanefî mezhebinde Ebû Yusuf'un görüşüne göre havâle sözleşmesi yapıldıktan sonra borçla ilgili her fer'i hakkı onun zimmetinden düşer. Muhammed'e göre ise böyle haklar onun zimmetinden düşmez. Şafîî hukukçular arasında konuyla ilgili iki görüş vardır. Yani hem havâle sözleşmesi ile intikal eden hem de buna karşılık olan borç ile bağlı fer'i hakların havâle sözleşmesi ile düşeceği görüşü bulunmaktadır. Malikîler ve Hanbeliler ise teminat konusundan açık bir şekilde bahsetmemiştir. Ancak bu mezheplerin muhîlin havâle ile kesin olarak borçtan kurtulduğunu söylemesine dayanarak her iki borca bağlı fer'i hakların düşebileceğini ifade etmek mümkündür.

Afgan Medenî Kanun'u muhâlün aleyh ile muhâlün leh arasındaki hukukî ilişkiden doğan sonuçları farklı açılardan beyan etmektedir:

AMK, muhâlün leh için muhâlün aleyhten açık bir şekilde borç ve talep hakkı beyan etmektedir. Zira havâlenin anlamı budur. Yani asıl borçlunun (muhîl) zimmeti havâle sözleşmesi ile borçtan berî olur. Bundan sonra borç ve onun talep hakkı muhâlün aleyhe geçer. AMK'da ifade edilen bu hukukî sonuç İslam hukuku ile aynıdır.

AMK, havâle sözleşmesinde borcun sıfatını da ayrıca incelemektedir. Yani borç muhîlin zimmetinde mu'accel ise muhâlün aleyhin zimmetinde de mu'acceldir. Muhîlin zimmetinde müeccel (vadeli) ise muhâlün aleyhin zimmetinde de müecceldir. Bu durumda muhâlün aleyhin borcu vadede ödemesi gerekir. AMK'nin beyan ettiği bu hukukî sonuç *Fethü'l-Kadir*'de de aynı şekilde ifade edilmiştir. Zira "Havâle borcun intikali için gerçekleştirilen bir sözleşmedir ve borç asıl borçlunun zimmetindeki gibi muhâlün aleyhin zimmetine intikal eder."²⁷³ Ayrıca havâle akdinin bu hukukî sonucu, *Mecelle*'nin 796. maddesi ve *Mürşidül hayran*'ın ise 876. maddesi ile

²⁷³ İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/348.

desteklenmektedir. Dolayısıyla AMK için Hanefî literatürünün, özellikle de *Mecelle*'nin aslî bir kaynak olduğunu söyleyebiliriz.

III. İSLAM HUKUKU VE AFGAN MEDENÎ KANUNU'NDA HAKKIN HAVÂLESİ

Havâletü'l-hak (hakkın havâlesi) ile havâletü'd-deyn (borcun havâlesi) kavramları, Medenî kanunda kullanılan iki hukukî kavramdır. Bir sorumluluğun veya belli bir hakkın bir şahıstan başka bir şahsa nakledilmesi ihtiyaçtan kaynaklı bir durumdur. Bir hakkın havâlesi, müspet ve menfî olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu da borçlunun sahip olduğu hakkı başka birine intikal ettirirken doğal olarak ortaya çıkar. Bu sebeple çalışmamızın bu aşamasında hakkın havâlesi, fikhî ve kanunî keyfiyeti ve borç havâlesiyle mukâyesesini ele almaya çalışacağız.

A. Hakkın Havâlesi

Hakkın havâlesi kavramı için muasır âlimler birçok tarif zikretmiştir. Söz konusu tariflerin bir kısmına burada yer vermeye çalışacağız. Havâletü'l-hak, aslî borçlu ve yeni borçlunun ittifak etmesinden ibarettir ki bunun neticesinde muhâlün leh in aslî borçlunun yerine yeni borçluyu belirlemesi gerekmektedir.²⁷⁴ Veya alacaklıyla başka bir kişi arasında gerçekleştirilen ittifak veya akitten ibarettir ki bunun neticesinde alacaklı hakkını söz konusu olan diğer şahsa aktarır. Böylece yeni borçlu, borcun tüm özellik ve hususiyetleri konusunda aslî borçlu yerine kaim olur. Bu durumda alacaklıya muhîl, yeni şahsa muhâlün leh, borçluya ise muhâlün aleyh denir.²⁷⁵

Bir diğer tarife göre de hakkın havâlesi, konusu deynin intikali olan ittifak ve akitten ibarettir ki muhîl ve muhâlün leh arasındaki ikili ilişkiyi ifade eder. Bu da alacaklının üçüncü kişiyle karşılaşmasıyla ilgilidir. Bu ilişkinin dışında kalan tek kişi de alacaklıyla başka bir ilişkiyle bağlı olan aslî borçludur. Mezkûr ilişkinin de muhîl ile muhâlün leh in ilişkisine doğrudan etkisi söz konusudur. Çünkü hakkın yeni bir kişiye intikali konusunda pay almıştır.²⁷⁶

Tariflere binaen hakkın havâlesi akdinin muhîl ile muhâlün leh arasında gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Ayrıca bu akdin gerçekleşmesi için aslî borçlunun rızasının gerekliliği söz konusu değildir.

²⁷⁴ Zerka / Sellâme / Atiyye, “*el-Havale*”, s. 201.

²⁷⁵ Zennün, *Ahkamül İltizam*, s. 209.

²⁷⁶ Zennün, *Ahkamül İltizam*, s. 209.

Zuhaylî hakkın havâlesini şöyle tarif etmiştir: Havâletü'l-hak, hakkın bir alacaklıdan diğer alacaklıya geçmesidir. Diğer bir ifadeyle, borçluya nazaran bir alacaklının başka alacaklı yerine kâim olmasıdır. Ayn'a değil de zimmete taalluk eden mâlî bir hak konusunda bir alacaklı başka bir alacaklıyla değiştiğinde bu havâleye, hakkın havâlesi denilmektedir. Söz konusu akitte alacaklı muhâldir. Zira hakkını, alması için başkasına havâle etmiştir.²⁷⁷

Afgan Medenî Kanunu'nun 1753. maddesinde hakkın havâlesi şöyle tarif edilmiştir: “Borçlunun zimmetinde olan borcun havâlesini kabul etmek üzere bir alacaklı başka bir şahıs ile anlaşma yaparsa muhâlün lehine kabulü durumunda havâle sahih olur. Bu konuda muhâlün aleyhin rızasını belirtmesi şart değildir. Ancak alacaklı ile borçlu arasında söz konusu durumun aksine bir anlaşma varsa veya kanun başka bir hüküm ortaya koyarsa bu takdirde mezkûr havâle sahih olmaz.”²⁷⁸

Yukarıda zikredilen tariflerden şu sonuçlara ulaşabiliriz: Havâletü'l-hak akdinde esas rol oynayan üç şahıs vardır: 1. Aslî alacaklı olan muhâl 2. Yeni alacaklı olan muhâlün leh 3. Aslî alacaklıya borçlu olan muhâlün aleyh. Ayrıca iltizâmın mahallî muhâlüne karşı muhâlin zimmetindeki haktır. Bu hak nakit veya ayn, amel veya menfaat ve kanunun -istisna ettiği hariç- insanlar için koruma altına aldığı her şey olabilir. Ayrıca alacaklının böyle bir akde yeltenmesi, borç süresini beklemek istememesinden olabileceği gibi alacaklının, borçluyu mutâlebe ve takip etmekten ötürü yaşadığı sıkıntıdan kaçınmak istemesinden de olabilir.

B. Hakkın Havâlesinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

“Havâletü'l-hak” terimi klasik literatürde yer almakta mıdır? Haklarda havâle gerçekleşir mi? Eğer gerçekleşiyorsa bu nevi havâle borç havâlesinin bir türü müdür yoksa özel bir manası olduğundan dolayı kendine özgü bir isme mi sahiptir?

Yaptığımız araştırmalar neticesinde söz konusu sorulara yanıt olarak diyebiliriz ki klasik fihhi kaynaklarda “Havâletü'l-hak” kavramı ve böyle bir ibareye rastlamadık. Ancak rastladığımız birtakım görüşler ibâretü'n-nas veya işâretü'n-nas yoluyla havâletü'l-hakın meşrûyetine ve

²⁷⁷ Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, 4/419.

²⁷⁸ “Afgan Medenî Kanunu” 1751. md.

ماده 1753: هرگاه داین با شخص دیگر موافقه نماید تا حواله دین وی را که بر ذمه مدیون است قبول کند، حواله بعد از قبول حواله گیرنده بدون آنکه حواله داده شده موافقه نماید، صحیح دانسته میشود. مگر اینکه موافقه بین دائن و مدیون بخلاف آن صورت گرفته یا قانون طور دیگری حکم نماید.

mahiyetine delalet etmektedir. Buna ek olarak haklarda havâlenin cari olmasının imkansızlığına delalet eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerden bir kısmını zikretmek istiyoruz:

İbn Kudâme *el-Muğnî*'de havâletü'l-hak'ın cevazına delalet eden bir görüş zikreder ancak o bunu havâletü'l-hak olarak değil havâle lafzıya zikreder. Ayrıca ona göre bu durum havâle değil vekalettir. *el-Muğnî*'de şu ifadeler yer verir: Eğer alacaklı, borçlusunu başka birine havâle ederse bu havâle değil vekalettir. Bu sebeple de vekaletin hükümleri söz konusudur. Çünkü havâle hakkın değişmesi ve intikal etmesi anlamına gelir. Ancak burada değişen ve intikal eden bir hak söz konusu değildir. Burada vekaletin havâle lafzıyla gerçekleşmesinin caiz olması ise her ikisinin aynı anlama gelmesinden dolayıdır. Bu da vekilin borçluya mutâlebede bulunma hakkına sahip olmasındandır. Tıpkı muhtalin muhâlün lehe mutâlebede bulunma hakkına sahip olması gibi. Bu hakkın vekile geçmesi muhîle geçmesi gibidir.²⁷⁹

Zikredilen ibare, İbn Kudâme'nin vekalet diye bahsettiği havâletü'l-hak'ın keyfiyetine delalet eder. Zira muhîl (*el-Muğnî* sahibinin bahsettiği gibi), borçludan hakkını almak için başka birine havâle veya vekalette bulunan alacaklının kendisidir. Burada alacaklı borçludan alacağını tahsil etsin diye kendi yerine alacaklıdan alacağı olmayan birini tayin eder.

el-Cevheretü'n-Neyyire isimli eserde şu ifadeler yer verilmiştir: “Havâle, borçlarda caizdir”. Haklar ve aynları dışarıda bırakmak için ibarede havâleyi deynlerle kayıtladı. Çünkü bunlarda havâle sahih değildir.²⁸⁰ Bu ibareye göre İslam hukukçuları hakkın havâlesinden bahsetmez. Zira mücerret hak, akde mahal olmadığı gibi bu hakkın bir şahıstan başka bir şahsa intikal ve tahvili de mümkün değildir. Ayrıca İbn Âbidîn bu konuda şöyle söyler: “Mücerret haklar karşılığında bedel istemek caiz değildir”.²⁸¹ Bedâiu's-Sanâi' isimli eserde de şu ifadeler yer verilmiştir: Haklar tek başına temlik kabul etmez ve onda sulh de caiz değildir. Ayrıca itlaf olunca tazmin de edilmez.²⁸²

Zuhaylî *el-Fikhü'l-İslami ve Edilletuhu* isimli eserinde şu ibarelere yer verir: Bazı fukaha ve kanun koyucular Hanefîlere göre caiz değildir dese de havâletü'l-hak dört mezhebin ittifakıyla

²⁷⁹ İbn Kudame, *el-Muğnî*, 2/62.

²⁸⁰ Haddâd, *el-Cevheretü'n-Neyyire*, 2/555.

²⁸¹ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 2/11.

²⁸² Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 6/17.

caizdir. Zira Hanefîlere göre mukayyed ve meşru olan havâle, hak havâlesini de içine almaktadır. Çünkü bunda bir kişi, birine karşı borçluyken diğerine karşı alacaklıdır. Muhâl olan alacaklı muhâlün borcunu muhâlün aleyh olan borçludan alsın diye alacaklısını borçlusuna havâle eder. Bu aynı zamanda hem havâletü'l-hak hem de havâletü'd-deyn'dir. Biz ise Hanefîler dışındaki mezheplerin sadece mukayyed havâleyle cevaz verdiklerini daha önce zikretmiştik. Ayrıca onlara göre havâle edilen borcun muhâlün aleyhin borcuyla sıfat ve miktar konusunda eşit olması şarttır. Eğer cins ve miktar konusunda eşit olurlarsa havâle caiz olur. Ancak zikredilen özelliklerden birinde dahi eşit olmazsa havâle batıl olur. Mutlak havâleyle gelince bu, deynin havâlesinden ibarettir. Burada borçlu alacaklısını başkasına havâle etmektedir. Bu durumda borçlu değişirken alacaklı aynı kalır.²⁸³

Zuhaylî'nin mezheplere nispet ettiği bu görüşü, daha önce zikredildiği üzere Hanefîlere nispet ettiği mukayyed havâleyle ilgili görüş hariç, yapabildiğim araştırmalar sonucunda bulabilmiş değilim. İşte Hanefîlerin bu görüşünü havâletü'l-hak olarak isimlendirmek mümkündür. Ayrıca cumhur da mukayyed havâle dışında başka bir havâleden bahsetmez. Zuhaylî'nin söyledikleri ise fukahanın görüşlerinden istinbat ettiği kendi görüşüdür.

Zerkâ ise şu ifadeleri sarf eder: Hanefî fikhında havâletü'l-hak ile ilgili ihtilaf, yakın zamanlara dayanır. Bazıları onu reddederken bazıları kabul eder.²⁸⁴ Reddedenlerden birisi merhum şeyh İbrahim'dir. O şu ifadelere yer verir: Hanefî içtihadına göre havâletü'l-hak sahih değildir. Ancak cumhura göre ihtiyaca binaen caizdir.²⁸⁵ Ancak Zerkâ'ya göre havâletü'l-hakın ret ve kabulü hiçbir yerde zikredilmemiştir.²⁸⁶

C. Hakkın Havâlesinin Caiz Olmadığını İddia Edenler

Havâletü'l-hak'a cevaz verenler hak kavramı ile; deyn, ayn ve menfaate karşılık gelen şeyleri kastederler. Başka bir ifadeyle onlara göre hak, irtifak ve müstecirin hakkı gibi başkasının zimmetinde olan ve mislî bir mala taalluk etmeyen haktır. Bu da hakku'l-intifâ' ve milkü'l-menfaa kavramlarında görülür. Bu nevi haklarda havâle, Hanefî literatüründe reddedilmiştir.²⁸⁷

²⁸³ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, 4/1112.

²⁸⁴ Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/420; Zerkâ, Mustafa Ahmet, *el-Medhal*, 2/232.

²⁸⁵ İbrahim, *el-İltizamat*, s. 291.

²⁸⁶ Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/421; Zerkâ / Sellâme / Atiyye, "*el-Havale*", s. 201.

²⁸⁷ İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/269.

Ebü Bekir el-Haddâd (ö. 800/1397) ve Haskefî de benzer bir nakilde bulunmaktadır. Nehrü'l-fâik'in müellifi de bundan şu sonuca varır: Gazinin ganimetteki payını sultana havâle etmesi ve hak sahibinin vakıftaki hissesini vakıf mütevellisine havâle etmesi caiz değildir.²⁸⁸ İbn Âbidîn ise söz konusu iki örneğin konuya uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Zira burada vurgulanan esas şey, muhâlün bihin ayn veya mücerret bir hak değil deyn olmasıdır. Çünkü aynlar hükmen değil gerçek anlamda intikali kabul eder. Bunları ifade ettikten sonra İbn Âbidîn söz konusu iki örnekteki havâleyi ispatlamıştır. Çünkü kesin olan muhâlün bihin sahih bir deyn olmasıdır. Ayrıca muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması şart değildir. İbn Âbidîn bunları zikrettikten sonra şu ifadelerle yer verir: Söz konusu iki örnekte havâlenin ters yönde cereyan etmesi tevehhüm edilir. Şöyle ki: Muhîlin gazi veya vakıftaki hisseye sahip kişi değil ganimeti dağıtmadan önce sultan veya payını elde etmeden önce vakıf mütevellisi olmasıdır. Çünkü ne gazi ne de vakıftaki pay sahibi paylarını henüz elde etmiş değildir ki havâle edilecek bir deyne sahip olsunlar. Aksine bu mücerret bir haktır. Öyleyse burada herhangi bir havâle söz konusu değildir. Bu sadece muhâlün aleyhe verilmiş kabzetme vekaletidir. Onlar şunu açıkça ifade etmiştir ki şayet vakıftaki pay sahibi vakıf akarını kiralayana havâlede bulunduktan sonra vakıf mütevellisi vefat ederse yeni müteveli muhâli ücret alma konusunda önceleyebilir. Ancak sultan ganimetleri taksim ettikten ve vakıf mütevellisi de payını aldıktan sonra havâlede bulunulsa burada aynın havâlesinden söz edilir ve bu sebepten dolayı batıl sayılır. Ancak ayn helak olur ya da malıyla karışırsa deyne dönüştüğü için havâlesi caiz olur. İbn Âbidîn son olarak şunları söyler: Şu açıklığa kavuşmuştur ki sultan veya müteveli muhîl de olsa muhtal da olsa havâle ise mutlak da olsa mukayyed de olsa yapılan havâle havâletü'l-hak değildir.²⁸⁹

D. Hakkın Havâlesinin Caiz Olduğunu İddia Edenler

Havâletü'l-hak'ı caiz kabul edenlere göre havâletü'l-hak, ayna değil zimmete taalluk eden mâlî bir hak konusunda alacaklıyı alacaklıyla değiştirmektir. Öyle ki muhîl alacaklının kendisidir. Zira hakkını başkasına havâle etmektedir. Havâletü'l-hakı caiz kabul edenler onu bir alacaklıdan başka bir alacaklıya iltizâmın havâle edilmesi yani borçlunun borçluyla değişmesi olarak tanımlar. Burada muhîl borçludur. Çünkü borcunu ödemek için başkasına havâlede bulunur. Havâletü'd-deyn ise borçludan borçluya iltizâmın havâle edilmesidir. Şayet muhîlin alacaklı ve borçlu olmak

²⁸⁸ Haddâd, *el-Cevheretü'n-Neyyire*, 2/555.

²⁸⁹ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/291.

üzere her iki konumda olması söz konusu olursa her iki durumda²⁹⁰ da hem hakkın havâlesi hem de deynin havâlesi söz konusu olur. Söz konusu durumları şöyle açıklığa kavuşturabiliriz: Birinci durumda Zeyd hem alacaklı hem de borçludur. Alacaklı olması hasebiyle Ahmed'i Bekr'e havâle etmesi alacağını elde etme hususunda Ahmed'i kendi yerine ikame etmesi anlamına gelir. Bu nevi havâle havâletü'l-kaktır. Borçlu olması hasebiyle Ahmed'i Bekr'e havâle etmesi ise borçlar arasında takas yaparak sonlandırma söz konusu olur. Bu nevi havâle ise havâletü'd-deyndir.

Havâletü'l-hak, kanunlarda tanımlanan bir terimdir. Bundan dolayı tartışma söz konusu değildir. Bu tür havâle, deynin havâlesindeki gibi basit bir yapıdadır. Şöyle ki: Deynin havâlesinde borçlu başka bir borçlu ile anlaşır daha sonra alacaklı bunu kabul eder. Havâletü'l-hakta ise alacaklı başka bir alacaklı ile anlaşır daha sonra borçlu bunu kabul eder. Mutlak havâlede borçlulardan her biri, borçlusu olmayan birine havâle edilir. Bu durum havâletü'l-hak olarak görünse de havâletü'd-deyndir. Zira burada alacaklı alacaklıyla değişirse de havâlede bulunan alacaklıdır. Mukayyed havâle ise hem hakkın hem de deynin havâlesidir. Çünkü burada muhîl alacaklıyken sadece alacaklının alacaklıyla değişmiş olması değil, aynı zamanda muhâlün aleyh iken başka borçluyula değişen bir borçludur. Hanefî literatüründe hem mutlak hem de mukayyed havâle birlikte ele alınmıştır.

Hanefî hukukçular havâle sözleşmesini bey (alışveriş) akitlerinde kabul etmediğinden dolayı havâlenin anlaşılmasında problemlere sebebiyet vermiştir. Zira Hanefîlere göre havâle, kendisine ihtiyaç duyulan ve özel bir gaye için meşru kılınan kendisine özgü bir akittir. Bundan dolayı diğer akitlerden farklılık arz eder. Ancak bazı açılardan diğer akit ve tasarruflarla benzerliği söz konusudur. Mesela havâlenin beyu'd-deyn ve beyu'l-hak ile benzerliği vardır ancak bey' akdi değildir. Kefâlete benzer ancak kefâlet akdi değildir. Kabzu'd-deyne benzer ancak kabz değildir. Vekale bi'l-kabz veya vekale bi'l-edâya benzer ama vekalet değildir. Bu benzerliklerden dolayı havâle zikredilen akitlerin hükümlerinden farklılık arz eder. Hanefîlerin borçlu olmayan kimseye borcun satılmasına veya borcun temlikine cevaz vermemesi, havâletü'l-hak'ı inkâr etmesi anlamına gelmez. Özet olarak havâle'nin mahiyeti ile ilgili olarak şöyle söyleyebiliriz: Havâle, müstakil ve kendisine ait unsur ve şartlara sahip bir akittir.²⁹¹

²⁹⁰ Buna örnek olarak Zeyd'in Ahmed'e borçlu ve Bekr'e karşı da alacaklı olup Ahmed'i Bekr'e havâle etmesi zikredilebilir.

²⁹¹ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, 4/4198.

Havâletü'l-hak'a cevaz veren mezheplerin gerekçesi, havâle konusundaki ruhsattır. Onlara göre havâle ister deynin deyn karşılığı satımı olsun ister olmasın fark etmemektedir.

Deynin deyn karşılığı satımı veya deynin zimmetinde deyn olmayan birine hibe edilmesi hususunda ihtilaf vardır. Malikî ve Şafîî hukukçular birtakım şartlarla bu konulara cevaz vermiştir. Örneğin bedelin kabzedilmesi veya meclis dağılmadan tayin edilmesi, satılan deynin yiyecek türünden bir şey olmaması ve semenin satılan deyn cinsinden olmaması zikredilen şartlardandır. Bu şartlara bakıldığında havâletü'l-hak, deynin deyn karşılığı satımı değildir. Hanbelî hukukçular ise deynin deyn karşılığı satımına cevaz vermemiştir.

Değerlendirme

Havâle, İslam hukukçularına göre satım akdi mahiyetinde değil kendine hâs bir akittir. Zira hem şartlar hem de sonuçlar bakımından satım akdinden farklılık arz eder.²⁹² Havâletü'l-hak kavramı ise klasik literatürde havâlenin bir çeşidi olarak zikredilmemiştir. Ancak deynin hibesine cevaz veren Malikî ve Şafîî fukahasına göre havâletü'l-hak apaçık ortadadır. Öyle ki havâletü'l-hakta hibe ve deynin satışı gerçekleşmektedir.²⁹³

İsimlendirme konusunda fıkıhçılar ile kanun koyucular arasında herhangi bir ihtilaf yoktur. İhtilaf, her iki grubun deyn anlayışı konusunda söz konusudur. Zira deyn mefhumu kanun bilginleri nezdinde İslam hukukçularına göre daha geniştir.

Hukukçulara göre deyn, genel mahiyette iltizâmın benzeri olup iki taraf arasındaki şahsî hakkın karşılığıdır. Yani deyn mislî olmasa bile başkasının lehine yüklenilen her şeydir. Deyni yüklenene dâin denilir. Bu deyn ister işçinin işi gibi bir fiil olsun ister anlaşmaya dayanarak bir pazarda komşunun sattığı maldan satmamak gibi ticaretten imtina olsun hukukçulara göre havâle mümkündür.

Özellikle Hanefîler başta olmak üzere İslam hukukçularının görüşüne göre deyn, belli bir ayna taalluk etmeyen ve başkasının zimmetinde sabit olan mislî maldır. Bu deynin sahibi yani alacaklı, başkasının zimmetinde olan hakka sahiptir. Alacaklı bu hakkını borçlu olduğu kimseye havâle edebilir. Bu durumda muhâlün aleyh olan borçlu nezdinde bir alacaklı başka bir alacaklıyla

²⁹² Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fıkhîyyü'l-âm* 2.345; Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbîhi'l-Cedîd*, 2/45.

²⁹³ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, 4/4199.

değişmiş olur. Bu mukayyed havâledir. Hanefîlere göre bunun dışındaki hakların havâlesi kabul edilmez.

Yukarıdaki ifadelere bakılırsa havâletü'l-hak ve havâletü'd-deyn konusunda hukukçularla İslam hukukçuları aynı görüşe sahiptir. Ancak vakıfta pay sahibi olmak, şufa hakkı gibi haklar ve mislî mallardan zimmette deyn olmayan borçlar konusunda ayrışır.

Hanefî literatüründe mukayyed havâlenin muhîlin vasfı ve nakledilen hak açısından havâletü'l-haka benzediğini görmekteyiz.²⁹⁴ Mukayyed havâlede ise iki borç söz konusudur. Birincisi muhâlün aleyhin muhîle olan borcudur. İkincisi ise muhîlin muhâlün lehe olan borcudur. Bu nevi havâlede muhîl, muhâlün aleyh üzerindeki hakkını muhâlün lehe, aynı zamanda muhâlün lehe olan borcunu da muhâlün aleyhe havâle eder. Öyleyse Hanefî mezhebinde mukayyed havâlede havâletü'l-hak denilebilir. Çünkü bu durum muhîlin, muhâlün lehin alması için muhâlün aleyhin zimmetindeki deyn hakkının havâlesidir.²⁹⁵ Batı hukukunda havâletü'l-hakın Hanefî literatüründeki mukayyed havâle gibi tasvir edilmesinin sebebi, mukayyed havâlenin modern hukuk sistemine uygun bir şekilde havâletü'l-hakın unsurlarını içermesidir. Çünkü havâletü'l-hakta muhîl için hem borçlu hem de alacaklı vasfı gereklidir. Mukayyed havâlede ise muhîl hem alacaklı hem de borçludur. İşte bu durumda -özellikle de muhîl sadece alacaklı olup başkasına havâlede bulunduğu- havâlenin manası gerçekleşir. Bu durumda havâle ya kabz vekaleti vermektir ya beydir ya da borcu olmayan birinin hibesidir. Şayet muhîl, alacaklı olmayan muhâlün aleyhe borçlu olsa bu durumda havâle hak havâlesi değil deyn havâlesi olur. Bu durumda ise hakkın havâlesi mukayyed havâlenin bir çeşidi olur.²⁹⁶

Havâletü'l-hak ile ilgili Hanefîlerin görüşü yukarıda zikredilmektedir. Ancak Senhurî Malikî mezhebinin bir takım şartlara dayanarak havâletü'l-hakı kabul ettiğini ifade etmiştir. İslam hukuku havâletü'l-hakı kabul etmeyi önce ölüm sebebiyle başlamış sonra da diriler arasında dikkate almıştır.²⁹⁷

²⁹⁴ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, 5/174.

²⁹⁵ Zerkâ / Sellâme / Atiyye, “*el-Havale*”, s. 201.

²⁹⁶ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm* 2/345; Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, 2/56.

²⁹⁷ Senhurî, *el-Vasîf fî Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/344.

Senhurî'nin havâletü'l-hak'ın kabulünün sadece Malikî mezhebinde olduğunu iddia etmesi, İslam hukukunda uygulanmakta olan havâlenin doğasına aykırıdır. Zira İslam hukukçularının geneli, bir hakkın bir alacaklıdan diğer alacaklıya intikal etmesine cevaz vermiştir. Bu durumu da mukayyed havâle ile tasvir etmiştir. Buna ek olarak da bir hakkın bir borçludan diğer borçluya intikal etmesine de cevaz vermiştir ki bunu mutlak havâleyle tasvir etmiştir. Zira İslam hukukunda sadece deynin havâlesi kastedilmemiştir. Aksine fukahaya göre havâle mefhumu geneldir. Çünkü değişimin gerekçesi iltizâmdır.

İslam hukukçuları tarafından tercih edilen görüşe göre havâle özel bir akit olup unsurları ve sonuçları açısından bey akdinden ayrılır. İslam hukukçuları ve hukukçular arasında havâletü'd-deynin mevcudiyeti ve meşrûiyeti konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Ancak havâletü'l-hak konusunda görüş ayrılığı vardır. Hukukçulara göre her türlü hakkın havâlesi caizdir. Ancak İslam hukukçularından özellikle Hanefîlere göre sadece mislî bir mal olarak zimmette sabit olan hakkın havâlesi caizdir. İhtilafın aslî sebebi ise bu iki grubun deyn için yapmış olduğu tariflerdir. Zira İslam hukukçularına göre deyn mislî bir mal olup belli bir ayna taalluk etmeyen ve başkasının zimmetinde sabit olan bir kavramdı ifade eder. Hukukçulara göre ise misli olsun ya da olmasın başkasının maslahatı için insanın yüklendiği her şey deyndir. Netice olarak söyleyebiliriz ki havâletü'l-hak İslam hukukçuları açısından meşrû bir akittir.

E. Hakkın Havâlesinin İslam Hukukundaki Uygulaması

Bu kısımda havâletü'l-hakın uygulamalarına yer verilecektir. Havâletü'l-hak iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlar:

1. Hibetü'd-deyn: Deyn ya borçlunun kendisine ya da başkasına hibe edilir.
 2. Beyu'd-deyn: Deyn, sadece borçluya satılabilir.²⁹⁸
- a) Hibetü'd-deyn: Deynin hibesi ya borçlunun kendisine ya da başkasına olur.

²⁹⁸ Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/344. İbn Kudame, *el-Muğni*, 2/62.

Birincisi hibetü'd-deyn li'l-medîndir. Bu, alacaklının alacağını bedelsiz bir şekilde borçluya hibe etmesidir. Hibenin bu şekline İslam hukukunda iskât adı verilmiş ve ittifakla caiz görülmüştür.

el-Hidâye isimli kitapta şu ifadeler yer verilmiştir: Deynin hibesi, ibrâ hakkına sahip olan kimse tarafından gerçekleştirilir.²⁹⁹ Bedâî' isimli eserde ise şu ifadeler yer verilmiştir: Borçlu olan kimseye hem kıyasen hem de istihsânen deynin hibesi caizdir.³⁰⁰

Bu durumda deynin kabzı nasıl tamamlanır sorusuna Hanefîler şu şekilde cevap verir: Burada deyn daha önceden kabzedilmiştir. Öyleyse yeni kabza gerek yoktur. Zira deyn borçlunun zimmetinde sabit olduğu için zaten kabzedilmiş sayılır.³⁰¹ Bundan dolayı borçluya deyni hibe etmek, hibe değil iskâttir. Burada hibe lafzıyla gerçekleşmiş olsa da ibrâ yerine mecazen kullanılmıştır.³⁰²

el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye'de şu ifadeler yer alır: Deynin hibesine gelince eğer hibe eden alacağını borçlusuna hibe ederse İslam hukukçularına göre ittifakla caizdir. Çünkü burada deyn ibrâ edilmiştir. Bu ise iskât mahiyetindedir. Bu sebeple de yeni kabza gerek duyulmaz.³⁰³

İkincisi hibetü'd-deyn li gayri'l-medîndir. Bu alacaklının alacağını borçlu olmayan kimseye hibe etmesidir. Örneğin Ali'nin Ahmet'ten bin lira alacağı vardır. Ali, "Ahmet'ten bin lira alacağımı Mustafa'ya hibe ettim" diyip Mustafa da "ben de bu hibeyi kabul ettim" derse gerçekleşir. Burada zikredilen şekilde gerçekleşen hibenin caiziyeti hususu Hanefî hukukçular tarafından iki şarta bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Birincisi, hibe eden tarafından kabza izin verilmelidir. İkincisi ise kendisine hibe edilen kimse bizzat kabızda bulunmalıdır. Bedâî' isimli eserde de şu ifadeler yer alır: Borçlu olmayan kimseye deynin hibesi, vâhibin kabza izin vermesi ve mevhubun lehin de kabz etmesi şartıyla istihsânen caizdir. Ancak kıyasen vâhib kabza izin verse de caiz değildir.³⁰⁴

²⁹⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/100;

³⁰⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, 6/253.

³⁰¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, 6/253.

³⁰² *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, 1/344.

³⁰³ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, 1/345.

³⁰⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, 6/253.

Kıyasın gerekçesi kabzın hibenin cevaz şartı olmasıdır. Ancak zimmette olan şeyin kabzı mümkün değildir. Ancak bu durum deynin borçluya hibesi durumunun hilafıdır. Zira oradaki hibe, hibe edilenin zimmetinde olduğu kimseye yapılır. Zimmette olma mevhubun lehine kabzı sayıldığı için kabza gerek kalmaz.³⁰⁵

İstihsânın gerekçesi zimmette olan şeyin hem teslim edilebilir hem de kabzedilebilir vasıfta olmasıdır. Bu sebeptendir ki borçlu, zimmetindeki borcu ödemeye zorlanır. Ancak alacağın aynını kabzederse bu kabz, zimmette olan şeyin aynının kabzı yerine geçer. Ancak vâhibin yanında gerçekleştirilen bu kabz yeterli olmayıp kabza izin vermesi de şarttır.³⁰⁶

Konuyla ilgili tercih edilen görüş: İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kabz izni ve bizzat kabzın gerçekleşmesi şartıyla alacağın borçlu dışında birine hibe edilmesi caizdir. Çünkü sarîh izin, alacaklının borçluda olan alacağının iskâtına razı olduğunu gösterir. Mevhubun lehine kabzetmesi, onun bu hibeyi kabul ettiğini gösterir. Bu sebeple burada izin icap, kabz da kabul mesabesinde dir.

b) Bey'u'd-deyn: Havâletü'l-hak'ın ikinci şekli deynin satışıdır. Bu şekildeki akit iki bedelin karşılıklı takasıyla tamamlanır. Bir tarafta deyn varken diğer tarafta başka bir şey vardır. Söz konusu akdin detayları şöyledir:

Beyu'd-deyn: Zimmette sabit olan bir malı başka bir mal karşılığında satmak demektir. Mezkûr şekilde deynin satışının birçok şekli vardır ki aşağıda zikredilecektir: Beyu'd-deyn ya borçlunun kendisine ya da başkasına gerçekleşebilir. Borçlunun kendisine gerçekleşen beyu'd-deyn, ya ayn (para dışında bir şey) ile ya da nakd/para karşılığında gerçekleşebilir. Aynı şekilde borçlu dışında birine gerçekleşen beyu'd-deyn, nakdî bir bedel veya ayn karşılığında olabilir.

1. Deynin Borçlunun Kendisine Satışı: Örneğin Ahmet'in Mehmet üzerine üç bin lira alacağı var. Ahmet Mehmet'e, "sende şu vasıflara sahip olan araba karşılığında senin zimmetinde olan üç bin lira alacağımı sana sattım", der, Mehmet de "kabul ettim" derse beyu'd-deyn gerçekleşir. Alışverişin bu şekli dört mezhebe göre caizdir. el-Eşbâh ve'n-nezâir isimli eserde şu

³⁰⁵ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, 6/220.

³⁰⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, 6/220.

ifadeler yer alır: Deynin satışı caiz değildir. Ancak borçluya satılır ya da hibe edilirse caizdir.³⁰⁷ et-Tâc ve'l-İklîl isimli eserde ise şu ifadelere yer verilmiştir: Deynin borçluya satışı caizdir. Selemde resü'l-mâl olarak verilebilir, müslemun fih olarak da konu edinebilir. Ancak bunların dışında bir işlemde kullanılması caiz değildir.³⁰⁸

Nevevî'ye ait olan *el-Mecmû* isimli eserde şöyle zikredilir: Deynin satışına gelince eğer telef edilen malın tazmini veya karzın bedeli gibi mülkiyet onunla istikrar buluyorsa kabz gerçekleşmeden borçluya satılması caizdir. Çünkü mülkiyeti ona aittir. Öyleyse kabzdan sonraki mebi gibi onun da satılması caizdir.³⁰⁹ Bu ifadelere bakılırsa Nevevî'ye göre müstakar olan deynin borçluya satılması caizdir ve kabza ihtiyaç duymaz. Deyn-i müstakar, sadece îfâ veya ibrâ ile sakıt olabilen deyndir. Bunun zıddı da deyn-i gayr-i müstekardır. Bu nevi deyn, muhayyerliklerde mebiin semeninde olduğu gibi bazen edâ olmadan sâkıt olabilir. Bu sebeple de gayr-ı müstekar deyn olarak tâbir edilir. Bu deynin satışının cevazını ifade edenler, bey' akdine cevaz veren nasları delil olarak gösterirler.

2. Temlîku'd-Deyn Min Gayrı Men Aleyhi Deyn

Borcun satımının bu şekli nakd/para karşılığında borçludan başkasına deynin satılması anlamına gelir. Bu nevi akit, deynin aynı cinsten para karşılığında gerçekleşebildiği gibi aynı cinsten olmayan para karşılığında da gerçekleşebilir. Her iki şekle de şöyle bir örnek verilebilir: Ahmet'in Zeyd'den üç bin lira alacağı vardır. Ahmet Ali'ye, Zeyd'deki üç bin lira alacağını sana "peşin veya veresiye vereceğin üç bin lira karşılığında sattım" veya "peşin iki yüz dolar karşılığında sattım" ya da "peşin iki yüz lira karşılığında sattım" der.

Zikredilen akdin sarf akdine benzediği görülür. Çünkü mübadele iki nakd arasında gerçekleşir. Ancak birinci örnekte mübadele eşit ve peşin gerçekleşir. Fakat ikinci örnekte eşit olsa da peşin değildir. Üçüncü ve dördüncü örneklerde ise eşit olmamakla birlikte peşin gerçekleşmiştir.

Bu işlemlerin tamamı sarf akdi altında yer alır. Sarf akdinin İslam hukukunda kendine özel şartları vardır. Bu şartlardan biri bedeller aynı cinsten ise eşit ve peşin mübadelesinin gerekliliğidir.

³⁰⁷ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*, 1/234.

³⁰⁸ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 4/461.

³⁰⁹ Şirazi, *el-Mühezzeb fî Fıkhi'l-İmam eş-Şafii*, 3/113.

Başka bir ifadeyle bu nevi akitte sarfın cevazı için iki şart gereklidir. Birincisi bedellerin eşit olması iken ikincisi bedellerin peşin olmasıdır.

Kudûrî'de sarf akdinin alış-veriş olduğu zikredilir. Eğer her iki bedel altın veya gümüş cinsinden ise işçiliği ve kaliteyi dikkate almaksızın eşit ve peşin değiştirilmelidir.³¹⁰

Sarfın bu iki şartıyla ilgili İslam hukukçuları arasında ittifak vardır. İbn Abdilber'in el-İcmâ' isimli kitabında şu ifadeler yer alır: Külçesinde ve normalinde fazlalık ve vade haramdır. Ebû Amr şöyle söylemektedir: Bu, sarf konusunda rivayet edilen en sahih hadis olup hem fazlalığı hem de vadeyi haram kılar.³¹¹ Bu, icmâ edilen bir hükümdür. Ancak peşin olmak şartıyla fazlalığı mubah sayan şâz bir görüş de bulunmaktadır. Lâkin çoğunluk İslam hukukçusu bu görüşü benimsememiştir. Bu sebeple bu görüşün şâz olduğu ifade edilebilir.³¹² *el-Mevsu'atü'l-icmâ' fil-fıkhî'l-İslâmî* isimli eserde şöyle ifade edilmiştir: Sarf akdinde bedellerin kabzının gerekli olması icmâyyla sabittir.³¹³

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere deynin bu şekilde temlîki caiz değildir. Çünkü bu nevi tasarruflarda sarf akdinin şartları gerçekleşmez. Ya eşitlik ve kabz şartının ikisi birden gerçekleşmez ya da sadece kabz gerçekleşmez. Her iki durum da İslam hukukçuları tarafından caiz görülmemiştir.

F. Afgan Medenî Kanunu'nda Hakkın Havâlesi

Afgan Medenî Kanunu'nun ikinci bölümünün ikinci faslında 1753. maddeden 1761.maddeye kadar havâletü'l-hakkın vasıfları ve çeşitlerinden bahseder.

1753. madde: Bir alacaklı başka bir şahısla borçlunun zimmetinde olan borcun havâlesini kabul etsin diye anlaşırca muhâlün aleyh, rızasını ibrâz etmeksizin muhâlün lehin kabulüyle havâle sahih olur. Ancak alacaklı ile borçlu arasında bunun hilafına bir anlaşma varsa veya kanun bunun hilafına hüküm verdiyse o zaman havâle sahih olmaz.³¹⁴

³¹⁰ Kudûrî, *el-Muhtasar*, s. 132.

³¹¹ Hadis şu şekildedir: Malik Nafi'den o da Ebi Saîd el-Hudrî'den o da Hz. Peygamber'den (s.a.v.) rivayet etmiştir: "Eşit olmadıkça altını altınla satmayın, birini diğerinden fazla yapmayın! Eşit olmadıkça gümüşü de gümüşle satmayın, birini diğerinden ziyade yapmayın!" Elbânî bu hadisi sahih kabul etmiştir. Bkz. *Sahihu'l-Câmi*, hadis numarası: 2122.

³¹² İbn Abdilber, *el-İcmâ'*, s. 102.

³¹³ Sa'dî Ebu Ceybi, *Mevsua'tü'l-İcmâ' fil Fıkhî'l-İslâmî*, 2/511.

³¹⁴ "Afgan Medeni Kanunu" 1753. md.

1754. madde: Havâletü'l-hak, borçlunun rızası olmaksızın sahih olabilir.³¹⁵ 1755. madde: Havâletü'l-hak, haczı kabul eden miktar haricinde caiz değildir.³¹⁶

Bu maddelere bakılırsa kanun, havâletü'l-hakın mevcudiyetini kabul eder ve ona taalluk eden bir takım hak ve şartları açıklar eder. Afgan Medenî Kanunu'nun düzenlemesi aşamada *Mecelle*'den istifade edilmiştir. Nitekim oradan alıntı yapıldığına işaret edilmiştir. Ancak söz konusu maddeleri zikrettiğimiz lafızlarla orada bulamadık. Yaptığımız araştırmalar neticesinde bu maddelere diğer kanunlaştırılmış eserlerde rastlayabildik ki o eserlerden biri Abdurrazzâk es-Senhûrî'nin *el-Vasît* isimli eseridir. Senhûrî havâletü'l-haktan bahsederken bu maddeleri ele almıştır. Ayrıca bu maddeler, Mısır Medenî Kanunu'nda da bulunmaktadır. Bu da Afgan Medenî Kanunu'nun bazı maddelerinin Mısır Medenî Kanunu'ndan alınmış olduğunu gösterir. Bu kısımda söz konusu maddelerin aslı zikredilecektir.

Abdurrazzâk es-Senhûrî *el-Vasît* isimli eserinde medenî kanununu maddeleştirirken şu ifadeler yer verir: “Alacaklının hakkını başkasına havâle etmesi caizdir. Bu durumda havâle borçlunun rızasına ihtiyaç duymaksızın tamamlanmış olur. Ancak tarafeyn arasında başka bir anlaşma varsa veya kanun, yapılan havâle akdinin hilafına hüküm verdiyse ya da havâle iltizâmın doğasına aykırıysa o zaman havâle batıl olur”. Ayrıca 104. maddesinde de şu ifadeler yer verir: “Havâletü'l-hak sadece haczı kabul eden miktarda caizdir fazlasında değil”.³¹⁷

Havâletü'l-hak ile ilgili olan bu maddeler, Afgan Medenî Kanunu'nda yer alan maddeler için kaynaklık etmektedir. Buna istinaden diyebiliriz ki AMK havâletü'l-hak konusunda İslam hukukuna ve özellikle de Hanefî hukukçuların görüşüne muhalefet edip hükümlerini Mısır Medenî Kanunu'ndan almıştır.

G. Hakkın Havâlesinin Borcun Havâlesi ile Mukâyesesi

Havâletü'd-deyn borç yükünün aslî borçludan başkasına nakledildiği anlaşma şeklinde tarif edilmiştir. Tariften havâletü'd-deynin, havâletü'l-haktaki borçlu olan muhilde iltizâmın pasif

³¹⁵ “Afgan Medeni Kanunu” 1754. md.

ماده 1754: حواله حق بدون رضائیت مدیون صحت دارد.

³¹⁶ “Afgan Medeni Kanunu” 1755. md.

ماده 1755: حواله حق در خارج از مقادیریکه قابلیت حجز را دارد، صحت ندارد.

³¹⁷ Senhûrî, *el-Vasît fî Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/442.

değişimi olduğu anlaşılır. Bunun sonucunda zimmetinde sabit olan mâlî bir hak başkasına transfer edilir. Havâletü'l-hakta ise başkasının zimmetinde sabit olan hak transfer edilir. Havâletü'l-hak ile Havâletü'd-deyn arasında şu farkları zikredebiliriz:

1. Havâletü'd-deynde deynin havâle edilmesinden dolayı pasif olarak iltizâmın nakli söz konusudur. Ancak havâletü'l-hakta hakkın havâle edilmesinden dolayı aktif olarak iltizâmın nakli söz konusudur. Yani havâletü'd-deynde borçlu yerine başka bir borçlu geçer. Ancak havâletü'l-hakta alacaklı yerine başka bir alacaklı geçer.³¹⁸

2. Havâletü'd-deynde muhâlün aleyhin (borçlu) rızası caiziyet için şarttır. Ancak havâletü'l-hakta borçlunun rızası şart değildir.

3. Havâletü'l-hak genelde bedelsiz veya küçük bir maddî bedel karşılığında tamamlanır. Ancak havâletü'd-deynin tamamlanması için kendisine borcun intikal ettiği şahıs için bedel talep edilir.

4. Şayet havâle bir bedel karşılığında gerçekleştiyse muhîl, sadece havâle edilen hakkın havâle esnasında mevcut olduğu zaman dâmin olur. Şayet havâle bedelsiz gerçekleştiyse o zaman muhîl dâmin olmaz. Özel bir anlaşma olmadıkça muhîl, borçlunun zenginliğine dâmin değildir. Eğer muhîl borçlunun zenginliğine dâmin olursa bu damân -başka bir anlaşma olmadıkça- sadece havâle edildiğindeki vakte taalluk eder. Başkasının hakkında havâle gerçekleşmeden önce muhâlün aleyhin malına haciz gelirse borçlunun havâleden gelen sorumluluğa özen göstermesi gerekir. Havâletü'd-deynde alacaklı havâlede bulunurken asıl borçlu -başka bir anlaşma olmadıkça- muhâlün aleyhin zengin olmasına dâmin olması gerekir. Muhâlün aleyh, havâleyle gelen sorumluluğu alacaklıdan önce yerine getirebilir. Ayrıca havâle, rehnedilmiş akarın satılmasında anlaşmaya varılarak da tamamlanabilir. Bu durumda rehin ile garanti altına alınmış olan deyn, müşterinin zimmetine intikal eder. Ne zaman ki satıcı ve müşteri havâletü'd-deyn üzerine anlaşır da satış akdini tescil ederse alacaklı bu havâleyi en fazla altı ay içerisinde ya kabul etmesi ya da reddetmesi gerekir. Bu süre bitip de kabul veya red şeklinde bir tercihte bulunulmazsa bu durum ikrâr olarak değerlendirilir.³¹⁹

³¹⁸ AAOIFI (İslamî Finans Kurumlarının Muhasebe ve Denetim Organizasyonu), 7. Standart, s,186.

³¹⁹ Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, 3/441.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM VE AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLENİN SONA ERMESİ

Havâlenin sona ermesi, muhâlün aleyhin (borcun kendisine havâle edildiği kişi) sorumluluğundan kurtulması ve havâle sözleşmesi gereği muhâl (alacaklı) ya da muhâlün leh (alacaklı) karşısında üstlendiği yükümlülüğü îfâ etmesi anlamına gelir.³²⁰ Bu îfâ, muhâl ya da muhâlün lehe borcun ödenmesi ile olabileceği gibi bunun dışındaki birtakım yöntemlerle de olabilir. Örneğin fesih, ibrâ, muhâlün aleyhin iflâs ederek ölmesi ve inkârı gibi durumlar gösterilebilir. Bu nedenle söz konusu sona ermeyi iki kategoriye ayırabiliriz. Bunlardan birincisi havâlenin uygulanarak sona ermesi iken ikincisi uygulanmadan sona ermesidir. Bu bölümde havâlenin sona ermesi incelenecektir.

I. İSLAM VE AFGAN BORÇLAR HUKUKUNDA HAVÂLENİN UYGULANARAK SONA ERMESİ

Havâlenin sona ermesi ya tam olarak borcun ödenmesiyle ya da bu ödemeye eşdeğer bir durumla olur:

A. Îfâ ile Sona Ermesi

Havâle akdinden doğan borç, muhâlün aleyhin muhâlün lehe îfâsıyla son bulur.³²¹ Îfâ, İslam ve Afgan borçlar hukukunda borcun yerine getirilmesi anlamına gelmektedir. Havâle sözleşmesinde genel kural, borcun ifası ile sona ermesi ve muhâlün aleyhin (borçlu) borçtan kurtulmasıdır. Dar anlamda her ne kadar borç ilişkisi (münferit bir borç) îfâ ile sona erse de geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesi için bundan doğan bütün dar anlamda borçların îfâ edilmesi gerekir.³²² İslam hukukunda havâlenin bir akit ilişkisi olduğu düşünüldüğünde geniş anlamdaki borç ilişkisinin sona ermesi için havâle sözleşmesinden doğan bütün borçların îfâ edilmiş olması gerekmektedir.

³²⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanai'*, 6/19.

³²¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Sanai'*, 6/19; *Mecelle*, md. 699; Bilmen, *Kamus*, 6/304; Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, c. 6, s. 302.

³²² Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, 6/302.

Havâle sözleşmesinin en tabi şekilde sona ermesi, muhâlün aleyhin muhâlün lehe havâle sözleşmesine konu olan borcunu îfâ etmesi ile gerçekleşir.³²³ Yani muhâlün aleyh tarafından muhâlün lehe borcun ifa edilmesi ile havâle sözleşmesi sona erer ve böylece muhâlün aleyhin zimmeti borçtan kurtulmuş olur. *Mecelle*'nin 699. maddesinde de bu konu şöyle ifade edilir: “Muhâlün bihin îfâ edilmesi ile muhâlün aleyh borcundan kurtulur”. *Mürşidü'l-Hayrân*'ın 794. maddesi ise havâle sözleşmesinin, borcun muhâlün aleyh tarafından muhâlün lehe îfâsı ile sona erdiğini ifade etmiştir.³²⁴ Muhâlün aleyh tarafından muhâlün lehe borcun îfâsıyla birlikte havâle sözleşmesi sona erdiği gibi sözleşmeye bağlı olan rehin ve kefâlet gibi teminat ve haklar da sona erer.³²⁵

B. Îfâya Muâdil Sebepler ile Sona Ermesi

Bazı durumlarda muhâlün aleyh, muhâlün bihi muhâlün lehe ödemese de havâle sözleşmesi sona ermektedir. Burada muhâlün aleyh, havâle ile nakledilen malın aynısını muhâlün lehe vermemesine rağmen îfâya muâdil bir durum meydana gelmektedir ve böylece havâle sözleşmesi sona ermektedir. Söz konusu duruma aşağıdaki örnekler verilebilir:

1. Muhîl veya Muhâlün Aleyhin Nakledilen Borcu Başkasına Nakli ile Sona Ermesi

Muhâlün aleyh, zimmetine nakledilen borcu bir başkasına havâle edebilir. Hatta havâle ettiği şahıs eski borçlu (muhîl) da olabilir. Aynı şekilde muhîl, alacaklısını -havâle ettiği önceki borçla- ikinci kez başkasına havâle edebilir. Her iki durumda da muhâlün aleyh borçtan kurtulur ve önceki havâle hükümsüz kalır. Bu durumda borç, ikinci muhâlün aleyhin (son muhâlün aleyh) zimmetine intikal eder.

Muhâlün aleyhin borçtan kurtuluşu kesindir.³²⁶ Yani son muhâlün aleyhin borcu ödeyememesi halinde muhâlün leh, birinci muhâlün aleyhe (ikinci muhîl) değil doğrudan doğruya eski borçluya (birinci muhîle) rücû eder. Ebû Yusuf'a göre böyle bir durumda muhâlün lehin birinci muhâlün aleyhe (ikinci muhîl) rücû etmesi gerekir. Zira birinci havâle ile borç birinci muhâlün aleyhin zimmetine intikal etmiş ve birinci muhîl kesin olarak borçtan kurtulmuştur.

³²³ Bardakoğlu, Ali, “Havâle”, *DİA*, (İstanbul 1997), 16/507-512.

³²⁴ Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 89.

³²⁵ Yahya, *Havaletül Deyn*, s.134

³²⁶ Yahya, *Havaletül Deyn*, s. 148.

Diğer üç mezhep hukukçuları da bu konuda Hanefî hukukçular gibi düşünmektedir. Ancak onlara göre muhâlün aleyhin havâle edene mutlaka borçlu olması şarttır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu mezhepler havâlede iki borcun bulunmasını gerekli görmüşlerdir. Muhâlün aleyhin birden fazla olması durumu değiştirmemektedir. Rücû gerektiren hallerde muhâlün leh, birinci muhîle (eski borçlu) değil ikinci muhîle (birinci muhâlün aleyhe) rücû eder. Zira ikinci havâleyle göre borçlu durumunda olan ikinci muhîldir.³²⁷

AMK’nda muhâlün aleyhin zimmetinin ayrılmasına yol açan çeşitli durumlardan birisi de muhâlün bihin başkasına havâle edilmesidir. Yani borcun muhîl veya muhâlün leh tarafından ikinci muhâlün aleyhe havâle edilmesi ile birinci muhâlün aleyhin zimmeti borçtan kurtulur. AMK’nun 1749. maddesi bu konuyu şöyle ifade eder: "Eğer muhâlün aleyh, muhâlün bihi öder veya başkasına havâle ederse muhâlün aleyhin zimmeti borçtan kurtulur."³²⁸ Bu maddede iki durum söz konusudur: Birincisi muhâlün aleyhin borcu ödemesi iken ikincisi muhâlün aleyhin borcu başkasına havâle etmesi ve bu havâlenin kabul edilmesidir. Söz konusu durumlarda havâle sözleşmesi sona erer.

2. Mal Olan Muhâlün Bihin Başka Mal ile Değiştirilmesi Sonucu Sona Ermesi

Muhâlün aleyh ile muhâlün leh, muhâlün bihi başka bir mal ile değiştirmek isterse bu değişiklik havâle sözleşmesinin yerine getirilmesi anlamına gelir. Örneğin borç (muhâlün bih) bir mal ise ve bunun yerine nakit verilirse ya da tam tersi bir durum söz konusu olursa ya da muhâlün aleyh, muhâlün lehe deyn olan muhâlün bihin yerine ayn verirse bu değişiklik caiz kabul edilir. Böylece havâle sözleşmesi sona erer ve muhîl borçtan kurtulur.³²⁹

3. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi ile Sona Ermesi

Alacaklılık ve borçluluk sıfatları bir kişide birleşince borç söz konusu kişinin zimmetinden düşer. Bu durum havâle sözleşmesinin doğal bir sonucudur. Zira bir borç ilişkisinden söz

³²⁷ Rafii, *Fethu'l-Aziz Şerhu'l-Veciz*, 5/65; Mansur b. İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 2/189; İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/583.

³²⁸ *Afğan Medeni Kanunu* 1749. md.

ماده 1749: شخص حواله داده شده با پرداخت دین حواله شده یا حواله آن بر غیر و قبول حواله از طرف غیر بری الذمه شناخته میشود.

³²⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 2/353, Behuti, *Şerhü Munteha el-İradat*, 2/258. Bu rıza yalnızca muhâlün aleyh ve muhâl arasında geçerli özel bir takas anlaşmasıdır. Söz konusu anlaşmanın faydası ve zararı sadece anlaşmayı yapan iki tarafa aittir.

edebilmek için iki tarafa ihtiyaç vardır. Bir kimsenin diğer bir kimseye hem borçlu hem de alacaklı bulunması düşünülemez. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi genellikle halefiyet veya muhâlün aleyhin alacağı mülkiyetine geçirmesi ile olmaktadır. Bu kısımda halefiyet ve muhâlün aleyhin alacağı mülkiyetine geçirmesi konuları incelenecektir.

a. Halefiyet

Havâle sözleşmesinde halefiyet yoluyla borç olan muhâlün bihin düşmesi genellikle şu şekillerde olabilir:

- Muhâlün aleyhin muhâlün lehe varis olması.
- Muhâlün lehin muhâlün aleyhe varis olması.
- Üçüncü bir şahsın hem muhâlün aleyhe hem de muhâlün lehe varis olması.

İslam hukuku kaynaklarında halefiyet sebebiyle borcun düşmesine dair verilen örnekler muhâlün aleyhin muhâlün lehe varis olması şeklindedir.³³⁰ Ancak İslam hukukçularının diğer halefiyet şekillerinden bahsetmemeleri, bu tür halefiyet şekillerinin olamayacağı anlamına gelmemektedir. Vefat eden muhâlün lehin muhâlün aleyhten başka varisleri varsa muhâlün aleyh ancak mirastaki hissesi oranında yükümlülüğünden kurtulur. Ancak borcun diğer varislere düşen kısmında sorumluluğu devam eder. Mesela iki oğlundan birine havâle edilen alacaklı, vefat ettikten sonra muhâlün aleyh olan oğlu, söz konusu borcun (alacağın) yarısına sahip olur. Diğer yarısını ise kardeşine vermekle yükümlüdür.³³¹

b. Muhâlün Aleyhin Alacağı Mülkiyetine Geçirmesi

Muhâlün aleyh havâle edilen borcu daha sonradan mülkiyetine geçirirse havâle ifâ edilmiş sayılır. Mesela muhâlün leh alacağını muhâlün aleyhe hibe eder ve muhâlün aleyh de bunu kabul ederse borç düşer. Zira hibe bir temlik işlemidir. Kendisine hibe yapılan (mevhubün leh) hibeyi kabul edince ona sahip olur. Bu da borç yükümlülüğünü ortadan kaldırır ve muhâlün aleyh muhâlê rücû hakkı elde eder.³³² Borcun muhâlün aleyhe tasadduk edilmesinin hükmü de aynı şekildedir.³³³

³³⁰ İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/354; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/294; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/299; *Mecelle* md. 700.

³³¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 2/208.

³³² İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, 6/208; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/354; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/294; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/299; *Mecelle* md. 699; *Mürşidü'l-Hayran* md. 796.

³³³ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18-19; *Mecelle* md. 699.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sadece havâle ile ilgili bir husus değildir. Bu durum genel olarak borcu düşüren sebeplerdendir.³³⁴ AMK'nin 1751. maddesi genel olarak yukarıdaki esaslar dahilinde alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle borcun düştüğünü kabul etmiştir.³³⁵

C. Afgan Borçlar Hukukunda İfâ veya İfâya Muâdil Sebepler ile Havâlenin Sona Ermesi

Afgan Medenî Kanunu'nun ikinci bölümünün beşinci maddesindeki "Muhâlün Aleyhin Zimmetinden Ayrılması" başlığı altında havâlenin sona ermesi hükme bağlanmıştır. Bu bölümde yer alan tüm maddeler havâlenin sona ermesiyle ilgilidir ve havâle sona erdiğinde muhâlün aleyhin zimmeti borçtan berî olur. Havâlenin sona ermesi ile alakalı bu madde İslam hukuku literatürüyle de uyumaktadır.³³⁶ Afgan Medenî Kanunu, muhâlün aleyhin zimmetinin berî olmasına sebep olan durumları şu şekilde sıralamaktadır:

1. Muhâlün Vefatı ve Sadece Muhâlün Aleyhin Onun Varisi Olması: 1748. madde şöyle der: "Eğer muhâlün aleyh vefat eder ve yalnızca muhâlün leh onun varisi olursa muhâlün muhâlün aleyhteki hakkı düşer."³³⁷ Bu madde İslam hukukuna uygundur ve iki konuyu birleştirir. Muhâlün muhâlün aleyhe olan dönüş hakkının iptali ve havâlenin dolaylı olarak sona ermesi. Zira muhâlün muhâlün aleyhe olan geri dönüş hakkının düşmesi, havâlenin tamamlanarak sona erdiği anlamına gelir.

2. Borç Olan Muhâlün Bihin Ödenmesi veya Başkasına Havâle Edilmesi: 1749. maddeye göre: "Eğer muhâlün aleyh borç olan muhâlün bihi öder veya başkasına havâle ederse, muhâlün aleyhin zimmeti borçtan berî olur."³³⁸ Burada iki durum söz konusudur. Bunlardan birincisi muhâlün aleyhin borcu ödemesi iken ikincisi borcu başkasına havâle etmesidir. Bu durumda havâle sona erer.

³³⁴ Ali Haydar Efendi, *Düererü'l-Hükkâm*, 2/315.

³³⁵ "Afgan Medeni Kanunu" 1751. md.

madde 1751: هرگاه حواله گیرنده دین را به حواله داده شده هیه نماید و او هیه را قبول نماید، مالک دین شناخته میشود. در صورت اگر شخص حواله داده شده از حواله دهنده مدیون باشد، دین به اساس مجرای ساقط میگردد، اگر مدیون نباشد او ورثه او میتوانند آنرا از حواله دهنده مطالبه کنند.

³³⁶ (Düererü'l-Hükkâm) şu şekilde belirtilmiştir: (Borç havalesinden beraat etme konusu), Ali Haydar Efendi, *Düererü'l-Hükkâm*, 2/28.

³³⁷ "Afgan Medeni Kanunu" 1748. md.

madde 1748: هرگاه حواله گیرنده وفات نموده، شخص حواله داده شده وارث او باشد، آنچه حواله دهنده بر شخص حواله داده شده دارد باطل میگردد. گرچه حواله گیرنده مال حواله را بر شخص حواله داده شده هیه نماید.

³³⁸ "Afgan Medeni Kanunu" 1749. md..

3. Muhâlün Leh Tarafından Muhâlün Aleyhin Affedilmesi: 1750. maddede şu şekilde ifade edilmiştir: "Eğer muhâlün leh muhâlün aleyhi affederse borç düşer ve muhâlün aleyhin zimmeti borçtan kurtulur."³³⁹ Bu durum muhâlün leh tarafından muhâlün aleyhin affedildiği anlamına gelir. Böylece muhâlün aleyhin zimmeti borçtan kurtulmaktadır.

4. Borcun Hibe Edilmesi: Madde 1751'e göre: "Eğer muhâlün leh borç olan muhâlün bihi muhâlün aleyhe hibe ederse borcun sahibi muhâlün aleyh olur."³⁴⁰ Bu madde muhâlün leh tarafından muhâlün aleyhe borcun hibe edilmesi ve bu hibenin kabul edilmesi durumunda muhâlün aleyhin borcun sahibi olacağını dolayısıyla da havâlenin sona ereceğini ifade eder.

Afgan Medenî Kanunu'nda bu hükümlerin *Mecelle*'den alındığı belirtilmektedir. Dürerü'l-hükâm'da şu ifadeler yer alır: Bu ve önceki maddeye yapılan açıklamalardan havâlenin yedi farklı şekilde sona ereceği anlaşılmaktadır. Bunlar: Ödeme, başkasına havâle, ibrâ (borcu silme), hibe, sadaka, muhâl (borcu devreden) tarafından borcun başkasına havâle edilmesi ve muhâlün (borç alacaklısı) vâris olduğu durumda borcun sona ermesi.³⁴¹

Mecelle'nin 699. maddesinde belirtildiği gibi muhâlün aleyh (borcu devralan) muhâlün bihi (havâle edilen borç) öderse ya da başkasının üzerine devretse ya da muhâl (borcu devreden) tarafından ibrâ edilse borçtan kurtulur. Eğer muhâl tarafından hibe edilmiş veya sadaka olarak verilip muhâlün aleyh tarafından kabul edilmişse aynı şekilde borçtan kurtulmuş olur³⁴². *Mecelle*'nin 700. maddesine göre ise şayet muhâl (borç alacaklısı) ölür ve muhâlün aleyh (borcu devralan) tek vârisi olursa havâlenin etkisi kalmaz.

Sonuç olarak Afgan Medenî Kanunu, borcun ödenerek havâle işleminin sona ermesi ve icrâ benzeri yollarla havâlenin sona ermesi şeklinde iki durumu ele almıştır. 1751. madde borcun muhâl (borç alacaklısı) tarafından ödenerek havâle işleminin sona ermesini ele almaktadır. Bu madde İslâm hukuku ile uyumludur. Diğer maddeler (1748, 1749, 1750) ise hibe, ibrâ, muhâlün lehin öldüğünde muhâlün aleyhin (borcu devralan) tek varisi olması gibi icrâ benzeri yollarla havâle

³³⁹ "Afgan Medeni Kanunu" 1750. md.

ماده 1750: هرگاه حواله گیرنده به شخص حواله داده شده ابراء دهد دین ساقط گردیده شخص حواله داده شده با پرداخت دین حواله شده، با حواله آن بر غیر و قبول حواله از طرف غیر بری الذمه شناخته میشود.

³⁴⁰ "Afgan Medeni Kanunu" 1751. md..

³⁴¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/49.

³⁴² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/48.

işleminin nasıl sona ereceğini ele almaktadır. Böylece Afganistan Medenî Kanunu'nun çoğunlukla *Mecelle*'den alınmış hükümlerle Hanefî hukukçularını takip ettiği söylenebilir. Ancak kanun, Hanefî hukukundaki gibi bir sıralama yapmamış ve havâle işleminin sona erme şekillerini İslam hukukunun ele aldığı şekilde sınıflandırmamıştır.

II. İFÂ EDİLMEYEN HAVÂLENİN SONA ERMESİ

Havâle sözleşmesi bazen borç ifâ edilmeden sona erer ve bu durumda muhâlün aleyhin zimmeti borçtan kurtulur. Bu şekilde sonlanma havâle sözleşmesindeki tarafların rızasıyla gerçekleşebileceği gibi borçlar ifâ edilmeden de gerçekleşebilir. Bu kısımda ifade edilen durumlar incelenecektir.

A. Tarafların Rızasıyla Sona Ermesi

Havâle sözleşmenin tarafları akdi feshederek borç ilişkisini tamamen ortadan kaldırabilir. Tarafların rızasıyla havâle sözleşmesinin feshi için aşağıdaki yöntemler kullanılabilir.

1. İkâle ile Sona Ermesi

İkâle, tarafların karşılıklı rızasıyla akdi feshetmesidir.³⁴³

Havâle akdi lâzım bir akittir. Ancak bu tür bir sözleşmenin feshedilebilir olup olmadığı tartışma konusudur. Eğer havâle sözleşmesi tüm şart ve koşullarıyla gerçekleştirilmişse ve taraflardan herhangi biri için muhayyerlik söz konusu değilse sözleşme yalnızca yapıldığı şekilde sonlandırılabilir. Çünkü bu sözleşme muhâlün leh (alacaklı) için zorunlu bir hak oluşturur ve sözleşmenin sonlanması sabit hakkı ortadan kaldırır.

Hanefî hukukçulara göre muhîl ve muhâlün leh havâleyi feshetme hususunda anlaşırca havâle fesh olur ve muhâlün aleyh sorumluluktan kurtulur. Borç ise muhîle geri döner. Böylece havâle sözleşmesi sona erer. Bu durum muhâlün aleyhin rızasına bağlı değildir. Şayet itiraz ederse itirazı dikkate alınmaz. Çünkü sözleşme onların hakkıdır ve hak sahipleri, karşılıklı rıza ile bunu iptal edebilir. "*el-Bahrü'r-Râik*" kitabında şöyle denilmektedir: "Muhîl ve muhâl havâleyi feshetme hakkına sahiptir. Feshedilmesi ile muhâlün aleyh sorumluluktan kurtulur." Yani ikisi de karşılıklı

³⁴³ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 5/306; Feyyûmî, *el-Misbah el-Munir*, s, 269; Nâzih Hammad, *İslam Hukukunda Ekonomik Terimler Sözlüğü*, s. 64.

rıza ile havâleyi feshedebilir. Bu durumda muhâlün aleyh³⁴⁴ borç ve talepten kurtulur ve havâle sözleşmesi sona erer.³⁴⁵

Hanefî hukukçular havâlede bir malın başka bir mal ile değiştirme (değiş-tokuş) anlamı olduğu için feshin mümkün olduğunu savunur.³⁴⁶ şafiî hukukçulara göre havâle sözleşmesinin sonlanmasında feshetme ve ikâle olmak üzere iki görüş vardır:³⁴⁷

1. İlk görüş ikâlenin havâle sözleşmesinde geçerli olmadığı yönündedir. Bunun gerekçesi havâle sözleşmesinin lazım/bağlayıcı sözleşme türü olmasıdır. şafiî hukukçuları bir havâle sözleşmesinin feshedilmesi durumunda bu feshin geçersiz olacağını ifade etmiştir. er-Râfiî ve diğer bazı şafiî hukukçular bu şekilde düşünmektedir.

2. İkinci görüş havâle akdinde ikâlenin geçerli olduğu yönündedir. Bu görüşe göre havâle bir tür satış sözleşmesidir ve bu sebeple feshedilebilir. Söz konusu görüşü savunanlar arasında bazı şafiî hukukçular da bulunmaktadır.³⁴⁸ Ancak havâle akdinde ikâlenin geçerli olduğu görüşü daha makuldür. Çünkü bir sözleşmenin "lâzım" olması bu sözleşmede ikâlenin mümkün olmadığı anlamına gelmez. Aslında ikâle genellikle lâzım ve geri dönüşü mümkün olmayan sözleşmelerde geçerlidir.

2. İbrâ ile Sona Ermesi

İbrâ, alacaklının alacağını elde etmeksizin borçlunun borçtan kurtulmasıdır. Başka bir ifadeyle alacaklının alacağından vazgeçmesi ve haklarından feragat etmesidir. *Mecelle* ibrâyı iki kısma ayırmıştır:

- İbrâ-i iskât.
- İbrâ-i istîfâ.

³⁴⁴ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, 6/272, İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/294.

³⁴⁵ Muhâlün aleyh (borçlu kişi) tarafından onay gerekli değildir çünkü o havâle edilen borcun iptal edilmesinden zarar görmez.

³⁴⁶ Kâşânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18.

³⁴⁷ şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/196; İbn Hacer el-Heytemî, *el-Fetâvâ'l-Kubrâ al-Fikhîyya*, 2/193; Ramlî, *Nehâyetu'l-Muhtâc*, 4/422; Suyûtî, *El-Hâvî li'l-Fetâvâ*, 1/107.

³⁴⁸ şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/196; İbn Hacer el-Heytemî, *el-Fetâvâ'l-Kubrâ el-Fikhîyye*: 2/193; Ramlî, *Nehâyetu'l-Muhtâc*, 4/422; es-Suyûtî, *El-Hâvî li'l-Fetâvâ*, 1/107.

İbrây-ı istîfâ, bir kimsenin alacağını aldığını ve hiçbir hakkının kalmadığını ikrâr etmesi şeklindeki ibrâsıdır.

İbrây-ı iskât, bir kimsenin diğer kimsedeki hakkından tamamen vazgeçmesi yahut hakkın bir miktarını düşürerek o kimseyi borçsuz kılmasıdır.³⁴⁹ Konumuzla ilgili olan iskât (borcu düşürme) ibrâsıdır. *Mecelle* bu durumu belli bir mevzu ve alacakla ilgiliyse hâs (özel), bütün davalara şamilse âm (genel) olarak nitelendirmektedir.³⁵⁰

İbrânın hukukî yapısı ve mahiyeti hakkında farklı görüşler bulunmasına rağmen asıl vasfı bir iskât olmasıdır.³⁵¹ İbrânın borç ilişkisini ortadan kaldıran sebepler arasında zikredilmesi bundan dolayıdır. Bu duruma göre muhâlün leh tarafından ibrâ edilen muhâlün aleyh borçtan kurtulur. Bundan sonra muhâlün leh, muhâlün bihi muhâlün aleyhten talep edemez. Muhâlün aleyhin bu ibrâyı reddetmesi sonucu etkilemez.

İbra edilen muhâlün aleyh hiçbir şekilde muhîle rücû edemez. Çünkü havâle konusunda ibrâ temlik değil iskâttir (borcu düşürme). Temlik olmayınca da muhâlün aleyhin rücûsu söz konusu olamaz.³⁵² Muhâlün aleyhin ibrâsının sahih olması Ebû Yusuf'a göredir. Muhammed ise muhâlün aleyhin ibrâ edilmesini caiz görmemektedir. Bu durum, onların havâle sözleşmesini farklı şekillerde tanımlamalarından kaynaklanmaktadır. Bu konu daha önce zikredilmişti. Diğer üç mezhep hukukçuları da aynı görüştedir. Ancak söz konusu hukukçular Hanefîlerin aksine ibrâ edilen muhâlün aleyhin muhîle rücû edebileceğini söyler.³⁵³ Hukukçular arasındaki görüş ayrılığının sebebi ibrâyı farklı biçimlerde değerlendirmeleridir.

İbra, AMK'da da yer almaktadır. AMK'nin 1750. maddesi şöyledir: “Eğer muhâlün leh muhâlün aleyhi ibrâ ederse borç onun zimmetinden düşer ve muhâlün aleyhin zimmeti serbest kalır.”³⁵⁴ Bu durum muhâlün leh tarafından muhâlün aleyhe af getirildiğinde affın gerçekleşmesiyle muhâlün aleyhin zimmetinin serbest bırakıldığını gösterir.

³⁴⁹ *Mecelle*, md. 1536.

³⁵⁰ *Mecelle*, md.1537- 1538.

³⁵¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/55.

³⁵² İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/354; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/294; *Mecelle* md. 699; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, md.795; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/207.

³⁵³ Rafii, *Fethu'l-Aziz Şerhu'l-Veciz*, 5/354; İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/583; Mansur b. İdris, *Keşşafu'l-Kıma an Metni'l-İkna*, 2/189.

³⁵⁴ “Afgan Medeni Kanunu” 1750. md.

Mecelle'nin 699. maddesinde de belirtildiği gibi muhâlün aleyh, muhâlün bihi ödeyerek, borcu başkasının üzerine devrederek veya muhîl tarafından ibrâ edilerek borçtan kurtulur. Borç muhâlün leh tarafından hibe edilip muhâlün aleyh tarafından kabul edilmişse muhîl borçtan kurtulmuş olur³⁵⁵. *Mecelle'nin* 700. maddesine göre muhâlün leh ölür de muhâlün aleyh tek vâris olursa havâle işleminin hiçbir etkisi kalmaz.

Sonuç olarak Afgan Medenî Kanun'u havâle işleminin iki şekilde sona erebileceğini ifade etmektedir. Birincisi borcun ödenmesi ile sona ermesi iken ikincisi icrâ benzeri yollarla sona ermesidir. Kanunun 1751. maddesi borcun ödenmesi havâle işleminin sona erdiğini ifade eder. Söz konusu hüküm, İslâm hukukunda konuyla ilgili vârid olan hüküm ile benzerlik arz etmektedir.³⁵⁶ Kanunun diğer maddeleri (1748, 1749, 1750) de hibe, ibrâ, muhâlün leh ölüp de muhâlün aleyhin (borcu devralan) tek varisi olarak kalması gibi icrâ benzeri yollarla da havâle işleminin sona ereceğini bildirmektedir. Zikredilen durumlar incelendiğinde Afgan Medenî Kanunu'nun çoğunlukla Hanefî hukukçularını ve özellikle de *Mecelle*'yi takip ettiği anlaşılmaktadır. Ancak AMK, *Mecelle*'deki gibi bir sıralamayı takip etmemiştir.

3. Şarta Bağlı Muhayyerlik

Havâle sözleşmesinde muhâlün leh veya muhâlün aleyh için muhayyerlik şart koşulabilir.³⁵⁷ Nitekim muhîl, muhâlün leh dilediği zaman kendisine rücû etme hakkı baki kalmak şartıyla havâle yapsa havâle sahihtir ve şart muteberdir. Bu takdirde muhâlün leh alacağını hem muhîlden hem de muhâlün aleyhten talep edebilir.³⁵⁸ Şarta bağlı muhayyerlik hakkına sahip olan taraf muhayyerlik müddeti içinde havâleyi feshederse borç düşer ve muhâlün leh muhîle rücû eder.³⁵⁹

Muhâlün aleyh havâle fasit olduğu halde ödemedede bulunmuşsa muhîl veya muhâlün aleyhten dilediğine müracaat hakkına sahiptir.³⁶⁰ Hem Şafiî hem de Hanbeli hukukçular bu konuda Hanefîler gibi düşünmektedir. Ancak onlara göre havâle mutlaka mukayyed olacağı için havâlenin

³⁵⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/48.

³⁵⁶ "Afgan Medeni Kanunu" 1751. md.

³⁵⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/188; Bilmen, *Kamus*, 6/306.

³⁵⁸ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 3/305.

³⁵⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/188.

³⁶⁰ Haskefi, *ed-Dürrü'l-Muhtar fi Şerhi Tenviri'l-Ebsar*, 4/295.

feshini gerektiren sebepler üzerinde farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Söz konusu görüşlere yukarıda yer verildiği için burada tekrar zikredilmeyecektir.³⁶¹

B. Uygulanma İmkânsızlığından Dolayı Sona Ermesi

Havâle sözleşmesi bazen akdin taraflarının bir müdahalesi olmadan uygulanma imkânsızlığı gibi durumlardan dolayı sona erer ki söz konusu durumlara aşağıda yer verilmiştir:

- Havâlede taraflardan birinin ölümü ile havâlenin sona ermesi.
- Tevâ ile havâlenin sona ermesi.

Bu kısımda zikredilen durumlar incelenecektir.

1. Vefât ile Sona Ermesi

Havâle sözleşmesi, akdin tarafların anlaşmasıyla amacına ulaşmadan önce sona erebileceği gibi (fesih veya ibrâ durumlardaki gibi) tarafların iradesi dışında da sona erebilir. Örneğin taraflardan birinin ölümü veya havâle edilen veya üzerine havâle edilen malın kaybı gibi durumlarda havâle sözleşmesi sona erer. Bildiğimiz üzere bir havâle sözleşmesi muhâlün aleyh, muhîl ve muhâlün leh olmak üzere üç taraftan oluşur. Bu kısımda mezkûr tarafların ölümünün havâle sözleşmesinde ne gibi etki oluşturacağı incelenecektir.

a. Muhîlin Vefâtı

Havâle eden yani muhîl, havâle sözleşmesinin kurulmasından sonra ölürse çoğunluk İslam hukukçularına göre havâle sözleşmesi feshedilmez. Çünkü havâle ile borç muhîlin mülkiyetinden muhâlün aleyhin mülkiyetine geçmiştir. Muhîlin ölümünün havâle sözleşmesinin geçerliliği ve bağlayıcılığından sonraki etkisi, satış sözleşmesinin geçerliliği ve bağlayıcılığından sonra mal sahibinin ölümünün etkisi gibidir. Hatta çoğunluk İslam hukukçularına göre havâle, teslim ve tesellüm mesâbesindedir.³⁶² Bu nedenle Şafiî hukukçulardan Remlî şöyle söylemektedir: "Muhîlin ölümüyle havâle sözleşmesi sona ermez. Çünkü muhîl havâle ile borçtan tam olarak kurtulmuştur".³⁶³ İbn Kudâme de benzer şekilde şöyle demiştir: " Muhîl veya muhâlün aleyh ölürse

³⁶¹ Rafii, *Fethu'l-Aziz Şerhu'l-Veciz*, 5/345; Mansur b.İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 2/188.

³⁶² *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*. 18/232

³⁶³ *Nihayetü'l-Muhtac*, 4/436.

havâle sözleşmesi olduğu gibi kalır".³⁶⁴ Dolayısıyla çoğunluk İslam hukukçularına göre muhîlin ölümü havâle sözleşmesini etkilemez. Çünkü borç, havâle sözleşmesinin kurulmasıyla veya alacaklının havâleyi kabul etmesiyle yeni borçlunun (muhâlün aleyh) zimmetine geçmiştir.

Hanefî hukukçular, muhîlin ölümünün havâle üzerindeki etkisini mutlak havâlede ve mukayyed havâlede olmak üzere iki başlık altında inceler. Dolayısıyla Hanefî literatüründe muhîlin ölümünü önce muakyyed havâlede daha sonra mutlak havâlede olmak üzere inceleyeceğiz.

Mukayyed havâle sözleşmesinde muhîlin ölümünün etkisi: Muhîl, havâleden sonra ve muhâlün lehine muhâlün aleyhten borcu tahsil etmesinden önce ölürse Hanefî hukukçulara göre havâle sözleşmesi batıl olur ve muhâlün leh, havâle edilen malın tek başına sahibi olamaz. Aksine, muhîlin çok borcu varsa diğer alacaklılarla eşit konumda olur. Çünkü bu, borcun borçlu olmayan birine temlik edilmesidir ve caiz değildir. Ancak ihtiyaç nedeniyle caiz kılınmıştır. Ölümle bu ihtiyaç düşer ve talep hakkı mirasçılara geçer. Bu, Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Muhammed'in görüşüdür.³⁶⁵ Züfer'e göre ise muhâlün leh, rehinde olduğu gibi havâle edilen borçta da diğer alacaklılardan daha fazla hak sahibidir. Yani Züfer'e göre muhâlün leh için öncelik hakkı vardır.

Kasânî, Ebû Hanîfe, Muhammed ve Ebû Yusuf'un söylediklerini, havâle ile rehin arasındaki farkı açıklayarak gerekçelendirmiştir. Buna göre mürtehen, rehinin zararından diğer alacaklılara göre özel olarak sorumludur. Çünkü rehin helak olursa sadece onun borcu düşer. Zararından sorumlu olduğu için kârından da sorumlu olur. Nitekim bu durum İslam hukukunda "el-harâc bi'd-damân (haraç damana göredir)" şeklinde kâideleştirilmiştir. Mukayyed havâlede ise muhâlün leh, malın zararından özel olarak sorumlu değildir. Çünkü mal helak olsa muhîl üzerindeki borcu düşmez. Zararından sorumlu olmadığı içinse kârından da sorumlu olmaz. Bu durumda muhâlün leh, diğer alacaklılarıyla eşit konumda olur.³⁶⁶

Züfer'in görüşünün gerekçesi, havâle alacaklısının (muhâlün leh) diğer alacaklılara göre borca daha çok hak sahibi olmasıdır. Yani muhâlün leh için öncelik hakkı vardır. Züfer'e göre havâle, rehine kıyaslanır. Rehinde rehin alan kişi diğer alacaklılara göre önceliklidir. Muhâlün leh de aynı şekilde diğer alacaklılara göre önceliklidir: "Onun hakkı borçlunun hayatı boyunca buna

³⁶⁴ İbn Kudame, *el-Muğni*, 5/55.

³⁶⁵ el-Bahrü'r-Raik, 6/247. Tebyinü'l-Hakaik 4/174.

³⁶⁶ Kâsânî, Bedâiü's-Sanâi, 6/17; el-Halebî, *Mülteka*, s. 205-206; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 5/344; Mevslî, *el-İhtiyâr*, 3/4.

bağlıdır ve muhîl yabancı gibidir, öyle ki onu geri alamaz. Bu nedenle mülkiyetinden çıkmış gibi olur ve borçları bununla ödenemez. Mülkiyeti sabit olsa bile havâle alacaklısının hakkı öncedir. Böylece rehin gibi olur ve rehin alan kişi buna özel hak sahibi olur çünkü onun hakkı diğerlerinin hakkından öncedir. Bu durum sağlık halindeki borcun hastalık halindeki borca göre öncelikli olması gibidir."³⁶⁷ Hanefî hukukçulara göre muhîlin ölümüyle havâlenin fesholacağı görüşünün sonuçları şunlardır:

- Havâle alacaklısı muhîlin mirasına döndüğünde ve alacaklılar arasındaki payını öğrendiğinde payını muhâlün aleyhten almak istese de bu caiz olmaz. Çünkü muhâlün aleyhin üzerindeki borç bütün alacaklılar arasında ortak hale gelmiştir. Dolayısıyla muhîlin ölümden sonra bütün alacaklılar hakların almakta aynı derecededir.
- Havâle alacaklısının (muhâlün leh) paylaşımındaki hissesi borcunu karşılamaya yetmezse kalan kısmı için muhâlün aleyhe rücû etme hakkı olmaz. Çünkü bu kısım zâyi olmuş sayılır.
- Havâle alacaklısı (muhâlün leh), ölüm hastalığı sırasında olsa bile muhîlin ölümünden önce havâle borcundan bir şey almışsa aldığı ona aittir. Sonra diğer alacaklılarla kalan kısımda eşit olur. Ancak ölüm hastalığı sırasında alınması durumunda bazı Hanefî hukukçular, borç alacağı ile ayn (belirli mal) alacağı arasında ayırım yapar. Borç alacağına, havâle alacaklısının aldığı ona kalır ve diğer alacaklıların buna hakkı olmaz. Mutlak havâlede ise muhâlün aleyhin muhîle rücû etmesi durumunda diğer alacaklılarla eşit olur ve havâle edenin zimmetindekini tek başına alamaz, alacaklılar buna ortak olur. Tüm borçları ödemeye yetmezse ancak mirastaki hissesi kadar alabilir. Ayn alacağına ise emanet ve gasp edilmiş mal gibi muhîlin alacaklılarının muhâlün aleyh üzerine hakkı olmaz. Ancak ayn, havâle alacaklısına teslim edilmez ve onunla muhîlin alacaklıları arasında hisselerine göre paylaşılır.³⁶⁸

Mutlak havâlede muhîlin ölümünün etkisi ise şöyledir: Şayet mutlak havâlede muhîl ölürse havâle fesholmaz veya sona ermez. Eğer muhîlin muhâlün aleyhin elinde bir malı varsa muhâlün leh bu maldan alamaz. Çünkü onun hakkı muhâlün aleyhin zimmetindedir. Bu mal, muhîlin

³⁶⁷ Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/174.

³⁶⁸ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/17; Zeylaî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/174; Bâbertî, *el-Înaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/249; Serahsî, *el-Mebsût*, 2071; Bilmen, *Kamus*, 6/301; *el-Mevsûatü'l-Fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*. 18/233.

borçları ödendikten sonra mirasçılara geçer. Havâle borcu ise havâle devam ettiği sürece muhîle geri dönmez. Hanefilere göre havâle edenin ölümü mutlak havâleyi geçersiz kılmaz.

Kâsânî, Bedâiu's-Sanâi'de şöyle söylemektedir: Mutlak havâlede muhîl ölürse bu havâle fesholmaz. Şayet muhâlün aleyhin elinde muhîle ait bir mal varsa muhâlün lehine bu malı muhâlün aleyhten alma hakkı yoktur. Çünkü muhâlün lehine hakkı, muhâlün aleyhin zimmetindedir. Bu mal, muhîlin mirasıdır ve mirasçılara geçer. Nitekim muhâlün lehine borcu dışındaki diğer borçlarda da durum bu şekildedir. Çünkü havâle devam ettiği sürece muhîle geri dönmez ve muhîlin ölümü mutlak havâleyi geçersiz kılmaz. Ancak hâkim, menfaati gözetme konumunda olduğu için ihtiyatlı davranmalı ve muhîlin alacaklılarından veya mirasçılarında kefil almalıdır. Çünkü iki kişiden (muhâlün leh veya muhâlün aleyh) biri onlara rücû eder. Şöyle ki, eğer havâle malı zayi olursa muhâlün leh mirasa veya onu paylaşanlara rücû eder. Eğer muhâlün aleyh ödeme yaparsa o da aynı şekilde onlara (mirasçılar) rücû eder.³⁶⁹

Daha önce de belirttiğimiz gibi Hanefî mezhebi dışındaki diğer üç mezhep hukukçularına göre havâle sözleşmesi bir tesviye işlemi gibidir. Buna göre havâle sözleşmesi tamamlandıktan sonra borçlu tam olarak borçtan kurtulmuş olur. Ancak böyle bir tam kurtuluş havâle sözleşmesinin hüküm ifade ettiği durumdadır. Yani havâle sözleşmesi herhangi bir nedenle geçersiz olduğunda borçlunun borcu devam eder. Aşağıda Hanefî hukukçularının görüşlerini ifade ettikten sonra diğer mezhep hukukçularının görüş ve delillerini de inceleyeceğiz.

Malikîlere göre havâle sözleşmesi ile borç muhîlin zimmetinden muhâlün aleyhin zimmetine intikal ederek borçlu deynden tam olarak kurtulmuş olur. Dolayısıyla aksine bir mukavele yapılmadıkça alacaklı borçluya borcu talep etmek için rücû edemez. Ancak havâle sözleşmesi yapıldığında borçlu, muhâlün lehe müdahalede bulunabilir. Örneğin hile yapıldığı zaman veya muhâlün leh bilmeden onu iflas durumundaki bir kişiye havâle eder ise muhâlün lehe asıl borçluya hakkını almak için rücû hakkı verilir.³⁷⁰ Ayrıca Malikî mezhebine göre muhâlün leh; muhâlün aleyhin iflası, borcunu inkâr etmesi veya ölümü durumunda tekrar asıl borçluya dönebileceğini şart koşmuşsa böyle bir şarta riayet edilmesi gerekir. Bu şartlar havâle sözleşmesinden sonra tahakkuk ederse muhâlün leh, muhîle rücû hakkı kazanır. Ancak Malikî

³⁶⁹ Kâsânî, Bedâiu's-Sanâi, 6/16-19.

³⁷⁰ Bacî, *el-Muntakâ Şerhu'l-Muvatta*, 6/67-68; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/240.

hukukçularından İbn Arafе'ye göre havâle sözleşmesindeki zikredilen şartlar havâle sözleşmesinin amacına ters düştüğü için havâle sözleşmesini bozabilir.³⁷¹ Bu mezhebin hukukçularına göre borçlunun ölümünden sonra havâle edilen borçla sınırlı varlıklar borçlunun terekesine geçer. Ancak muhâlin diğer alacaklıları bu varlık üzerinde bir hak iddia edemezler. Çünkü borçlu hayatta iken muhâlün leh o varlıkta hak sahibidir. O öldüğünde de aynı şekilde devam etmesi gerekir.³⁷²

Şafîilere göre havâle sözleşmesi yapıldıktan sonra borç muhâlün aleyhin zimmetine geçer. Asıl borçlu (muhîl) muhâlün lehe karşı borcundan muhâlün aleyh de muhîle karşı borcundan kesin olarak berî olur. Yani muhâlün leh bundan sonra muhîlden borç talebinde bulunamaz. Bu mezhebin görüşüne göre muhâlün aleyhin iflası, ölümü, borcunu inkâr etmesi durumlarında veya onun hayatta iken iflası durumunda muhâlün lehe, hakkını almak için muhîl'e rücû edemez. Zira havâle, borcu almayı (kabz) ifade eder. Muhâlün leh tarafından havâle akdi kabul edildiğinde muhâlün leh bu sözleşmesinin şartlarını kabul etmiş ve itiraf etmiş sayılır. Dolayısıyla havâle sözleşmesinin sıhhatini etkileyecek hususlar meydana gelince havâle sözleşmesini etkilemez.³⁷³ Söz konusu durumun gerekçesi İbnü'l-Müseyib'in şu rivayetidir: "Hz. Ali'nin benim üzerimde bir alacağı vardı. Bundan dolayı beni diğer bir kişiye havâle etti. Ben daha alacağımı ondan alamadan muhâlün aleyh öldü. Dolayısıyla ben hakkımı almak için tekrar Hz. Ali'ye rücû ettim. Ama Hz. Ali, bana şöyle söyledi: Havâle sözleşmesini kabul ettikten sonra artık bana müracaat hakkın yoktur."³⁷⁴

Hanbeli hukukçular, havâle sözleşmesi geçerli olarak tamamlandıktan sonra alacağın intikâli hususunda Malikî hukukçuları ve Şafîî hukukçularla aynı görüştedir. Muhîlin kurtuluşu konusunu ise havâle sözleşmesinin teşekkül biçimine göre değerlendirmişlerdir. Şöyle ki:

- Şayet havâle sözleşmesi muhâlün lehın rızasıyla yapılmışsa borçlunun zimmeti tam olarak borçtan kurtulur. Yani muhâlün aleyh, muhîlin borcu inkâr etmesi veya iflası halinde ölürse yahut hâkim tarafından iflasına karar verilirse bu durum muhîlin borçtan kurtulmasına herhangi bir şekilde tesir etmez. Diğer bir ifadeyle muhâlün leh için böyle hususlarda asıl

³⁷¹ Bacî, *el-Muntakâ Şerhu'l- Muvatta*, 6/67-68; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/240.

³⁷² Sahnun, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, 4/149.

³⁷³ Şafîî, *el-Ümm*, 3/203; Rafîî, *Fethu'l-Aziz Şerhu'l-Veciz*, 5/343; Nevevî, *el-Mecmû*, 10/338; Haytemî, *Tuhfetu'l-Muhtac bi Şerhi'l-Minhac*, 5/233; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, 2/190; Bilmen, *Kamus*, 6/307.

³⁷⁴ Baberti, *el-İnye Şerhu'l-Hidaye*, 6/350; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/350; Yahya, *Havaletül Deyn*, s, 135; Ali Haydar, 2/186.

borçluya rüçü hakkı yoktur. Ancak muhâlün leh havâle sözleşmesi yapıldığı esnada muhâlün aleyhin borç ödeyecek güce sahip olmasını açıkça şart koşmuşsa şart gereği muhîle rüçü edebilir.

- Havâle muhâlün lehin rızası olmadan yapıp sonra da muhâlün aleyh iflas etmiş veya vefat ettiği anlaşılmışsa bu havâle Malikî hukukçuların usulüne göre muhâlün aleyhi bağlayıcı değildir. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v) havâlenin ödeme gücü olana yapıldığı zaman kabul edilmesini emretmiştir. Ayrıca böyle bir durumda alacaklının (muhâlün leh) zararı da söz konusudur.³⁷⁵ Hanbeli hukukçulara göre şartları tam olan havâle aslında sözleşme değil vekalet hükmündedir.³⁷⁶

b. Muhâlün Aleyhin Vefâtı

Muhâlün aleyhin ölümü ve bunun havâle üzerindeki etkisi konusunda İslam hukukçuları farklı görüşlere sahiptir. Bu farklılık sadece mezhepler arasında değil mezhep içinde de söz konusudur.

Hanefî mezhebinde bazı hukukçular, muhâlün aleyhin ölümüyle havâlenin sona erdiğini söyler Örneğin İbn Abidin şöyle söylemektedir: "el-Havî'de muhâlün aleyhin ölümüyle havâlenin geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir."³⁷⁷ Buna karşılık bazı Hanefî hukukçular, havâlenin muhâlün aleyhin ölümüyle sona ermeyeceğini ancak müflis olarak ölürse ve ödeme yapacak bir şey bırakmazsa sona ereceğini belirtmişlerdir. Bu konuda Serahsî şöyle öylemektedir: " Havâle, muhâlün aleyh zengin olarak öldükten sonra da devam eder. Zira onun terekesi asıl amaç olan borcun ödenmesi için bir haleftir. Havâle devam ettiği sürece alacaklının muhîlden herhangi bir şey talep etme hakkı yoktur. "³⁷⁸

Malikî mezhebinde muhâlün aleyhin ölümüyle havâle sözleşmesinin sona ermesi konusunda iki rivayet vardır. Birincisi İbnü'l-Kâsım'ın açık görüşündeki gibidir. O şöyle söylemektedir: Muhâlün aleyh öldüğünde muhâlün leh muhîle geri dönemez. Yani havâle sözleşmesi muhâlün aleyhin ölümüyle sona ermez. İkincisi: Eşheb'in Malik'ten rivayetindeki gibidir. O şöyle söylemektedir: Muhâlün aleyh iflas ettiğinde veya öldüğünde muhâlün leh hakkını

³⁷⁵ İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/581; Mansur b. İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 2/187.

³⁷⁶ Mansur b.İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 2/187.

³⁷⁷ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, 4/347. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/312.

³⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/19; Şeybâni, *el-Asl*,10/508; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/341; Bilmen, *Kamus*, 6/303.

³⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/70.

almak için muhîle geri döner.³⁷⁹ Bu görüşe göre havâle sözleşmesi, muhâlün aleyhin ölümüyle sona erer.

Hanbeli hukukçulara göre muhâlün aleyhin ölümüyle vadeli havâle borcunun muaccel hale gelmesi konusunda iki rivayet vardır. Birincisi: Havâle, muhâlün aleyhin ölümüyle sona erer ve dolayısıyla muhâlün leh alacağı için muhîle geri döner. İkincisi: Havâle, muhâlün aleyhin ölümüyle sona ermez ve borç vade açısından olduğu gibi kalır. Bu görüş, Ahmed b. Hanbel'in görüşüdür.³⁸⁰

Şafîî hukukçulara göre ise muhâlün aleyhin ölümü durumunda eğer havâle borcu vadeliyse ölümüyle muaccel hale gelir. Ancak havâle onun ölümüyle sona ermez ve muhâlün leh hakkını almak için muhîle geri dönemez. Çünkü muhîlin zimmeti, akdın gerçekleşmesiyle borçtan kurtulmuştur. Bu konuda Muğni'l-muhtâc'da şu ifadeler yer verilmektedir: "Eğer vadeli bir borç vadeli bir borca havâle edilirse muhâlün aleyhin ölümüyle muaccel hale gelir."³⁸¹ Yani vadeli borç muhâlün aleyh öldüğünde muaccel hale gelir ve muhâlün leh muhîle geri dönemez. Şafîî mezhebinde, muhâlün aleyhin ölümüyle havâlenin sona erdiği ve eğer vadeli ise borcun muaccel hale geldiği konusunda bir ihtilaf olmadığı görülmektedir.

Afgan Medenî Kanunu'nda da yeni borçlunun (havâle edilen kişi) ölümü, alacaklının asıl borçluya geri dönmesine neden olmaz. Aksine eğer borç vadeliyse havâle edilen borcun muaccel hale gelmesine yol açar. Bu konu çoğunluk İslam hukukçularının görüşüyle³⁸² uyumludur³⁸³

c. Muhâlün Lehin Vafâtı

Muhâlün lehin ölümünün havâle akdinin geçerliliğine bir etkisi yoktur ve havâle sözleşmesi ilişkisinde mirasçılar, muhâlün lehin yerine geçer.³⁸⁴ Ancak muhâlün aleyh aynı zamanda muhâlün lehin mirasçı ise havâle sözleşmesi sona erer.³⁸⁵ Afgan Medenî Kanunu bunu teyit etmektedir.

³⁷⁹ Bacî, *el-Muntakâ Şerhu'l-Muvatta*, 6/67-69; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/245.

³⁸⁰ İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/586; Mansur b. İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 2/188.

³⁸¹ Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, 2/195.

³⁸² Bu görüşe göre havale, havâle edilen kişinin ölümüyle sona erer.

³⁸³ Yasin, Ahmed, *Ticaret Hukuku*, s. 49.

³⁸⁴ Bilmen, *Kamus*, 6/300.

³⁸⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/56; Muhammed Zâkî Abdülbâr, *El-Havâle fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, 2/34.

2. Tevâ ile Sona Ermesi

Tevâ, alacağın telef olması demektir. Başka bir ifadeyle alacaklının hakkının zâyi olmasıdır. Tevâ sebebiyle havâlenin son bulup bulmayacağı İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Hanefî hukukçular tevâ sebebiyle havâlenin sona ereceğini kabul etmekle birlikte tevâ sayılan sebepler hakkında görüş ayrılığına düşmüştür.

Hanefî hukukçulara göre tevâ üç şekilde meydana gelir Bunlardan birincisi muhâlün aleyhin havâleyi inkâr etmesi ikincisi muhâlün aleyhin müflis olarak ölmesi üçüncüsü ise muhâlün aleyh hayatta iken hâkim tarafından iflâsına karar verilmesi.³⁸⁶ Bu kısımda tevânın şekilleri İslam ve Afgan borçlar hukuku açısından incelenecektir.

a. Muhâlün Aleyhin Havâleyi İnkârı

Muhâlün aleyhin havâleyi inkâr etmesi ancak muhîl veya muhâlün lehin elinde havâleyi ispat edici bir delilin bulunmaması halinde tevâ sebebi olarak kabul edilmiştir. Muhîl veya muhâlün lehten birinin elinde havâleyi ispat edici bir delil bulunduğu inkâr, havâlenin sona ermesinde etkili bir sebep olamaz. Zira böyle bir inkârla tevânın gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu konuda Hanefî hukukçular ittifak halindedir.³⁸⁷

b. Muhâlün Aleyhin Müflis Olarak Vefâtı

Muhâlün aleyhin müflis olarak ölmesiyle tevânın gerçekleşebilmesi için borcun tamamını ödemeyi üstlenen kefilin bulunmaması şarttır. Ayrıca muhâlün aleyhin geride borcu ödeyecek kadar bir malı da kalmamış olmalıdır. Eğer borcun tamamını üstlenen bir kefil varsa ya da terekesi borcu ödeyecek durumdaysa muhâlün aleyhin müflis olarak ölümü bir tevâ sebebi olmaz.³⁸⁸ Bu hüküm havâle mutlak olduğu zaman geçerlidir. Mukayyed havâlede ise havâlenin hükümsüz olabilmesi için muhâlün aleyhin mücerret ölümü yeterlidir. Bu durumda ayrıca diğer şartlar aranmaz.³⁸⁹

³⁸⁶ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18; Baberti, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/351; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/351; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/186.

³⁸⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/47; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18-19.

³⁸⁸ Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, 6/18-19; Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/173.

³⁸⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 2/186; Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-Muamelati's-Şer'iyye*, s. 231.

c. Muhâlün Aleyhin İflâsına Karar Verilmesi

Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre eğer hâkim muhâlün aleyhin iflasına karar vermişse bu da bir tevâ sebebidir ve bununla havâle batıl olur. Zira bu durumun doğurduğu hukukî sonuçlar bakımından diğer sebeplerden bir farkı yoktur. Çünkü burada da muhâlün aleyh borcu ödemekten acizdir ve muhâlün leh zarara uğramaktadır.³⁹⁰ Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf ve Muhammed (imameyn) arasındaki bu görüş farklılığı, hür bir insanın borcundan dolayı iflasına karar verilip verilmeyeceği fikrinden kaynaklanmaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre hür bir insan borcu sebebiyle iflasına karar verilip hacr altına alınamaz. Zira zenginlik ve fakirlik kalıcı şeyler değildir. Bugün fakir olan yarın zengin olabilir. Dolayısıyla hâkimin iflas kararını tevâ sebebi olarak kabul etmek doğru değildir. Nitekim muhâlün leh gâib olduğunda da durum aynıdır. Ebû Yusuf ve Muhammad ise borcundan dolayı hür bir insanın iflasına karar verilmesinde bir sakınca görmemektedir.³⁹¹

Şafiî hukukçular tevâ sebebiyle havâlenin son bulacağını kabul etmezler. Onlara göre tevâ her ne suretle olursa olsun muhâlün lehe, muhîle müracaat etme hakkı vermez. Çünkü muhâlün lehin muhildeki hakkı havâleyle kesin olarak düşmüştür. Düşen bir hak ise bir daha geri dönmez. Hatta tevânın ortaya çıkması halinde muhîle müracaat edilmesi şartıyla havâlenin yapılması sahih değildir.³⁹² Şafiîler tevânın havâleyi batıl kılmayacağını söylerken havâlenin hiçbir zaman hükümsüz olamayacağını iddia etmemişlerdir. Onlar da bazı durumlarda havâlenin batıl olabileceğini kabul etmiştir.

Örneğin akit yapıldığı esnada muhâlün leh, muhâlün aleyhin borç ödeyecek güce sahip olmasını şart koşarsa havâle batıl olur.³⁹³

Malikî ve Hanbeli hukukçular da bu konuda Şafiî hukukçular gibi düşünür. Ancak bu mezhep hukukçuları Şafiî hukukçuların aksine tevâ halinde muhâlün lehin muhîle dönmesi şartıyla yapılan havâlenin sahih olacağı kanaatindedir. Yani böyle bir şart havâleyi iptal etmez. Bununla beraber İbn Arafe böyle bir şartın havâleyi iptal edeceğini söylemiştir.³⁹⁴

³⁹⁰ Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/173; İbn Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/351-352.

³⁹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 20/48; Zeylâî, *Tebyînü'l-Hakâik*, 4/173; Baberti, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye*, 6/351.

³⁹² Şafiî, *el-Ümm*, 3/203; Rafii, *Fethu'l-Aziz Şerhu'l-Veciz*, 5/343-344; Nevevî, *el-Mecmû*, 10/338.

³⁹³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 2/186.

³⁹⁴ Bacî, *el-Muntakâ Şerhu'l-Muvatta*, 6/67-68; Uleyş, *Şerhu Minehi'l-Celil*, 3/240; İbn Kudame, *el-Muğni*, 4/581; Mansur b.İdris, *Keşşafu'l-Kına an Metni'l-İkna*, 5/55-56.

AMK'da tevâ, havâle sözleşmesinin sona erme sebeplerinden değildir. Yani muhâlün aleyh muhâlün bihi (borcu) muhâlün lehe (alacaklıya) ödeyemiyorsa veya hâkim tarafından muhâlün aleyhin iflasına hükmedilmişse AMK'ya göre bu durum havâle sözleşmesinin geçersiz olması için yeterli bir sebep değildir. AMK'nin 1737. maddesi bu konuyu şöyle ifade eder: "Muhâlün aleyhin borcu ödeyememesi ya da iflasına hükmedilmiş olması havâlenin geçersiz olması için bir sebep değildir."³⁹⁵ Bu madde Şafî ve diğer mezhep hukukçularının görüşüne uygunluk arz eder. Zira onlar tevâ durumunda muhîlin (borcu havâle eden kişi) muhâlün aleyhe dönemeyeceğini belirtir.

Ayrıca AMK'ya göre muhâlün aleyhin yokluğu da havâle sözleşmesinin sona ermesi için yeterli bir sebep olamaz. Yani muhâlün aleyh kayıpsa havâle sadece onun öldüğünün kanıtlanması durumunda sona erer. AMK'nin 1738. maddesi bu konuyu şöyle ifade eder: "Muhâlün aleyhin (borcu havâle edilen kişinin) yokluğu sürekli dahi olsa havâlenin sona ermesi için bir sebep değildir. Havâle ancak muhâlün aleyhin öldüğü kanıtlanırsa sona erer."³⁹⁶ AMK'nin bu maddesi Hanefî hukukçuların görüşüne uygundur. Zira Hanefî hukukçularına göre muhâlün aleyhin öldüğü kanıtlanırsa muhîlin (borcu havâle eden) muhâl veya muhâlün lehe (alacaklı) dönebileceği belirtilmiştir.

Tevâ hakkında İslam ve Afgan borçlar hukuku arasında şöyle bir mukâyese yapabiliriz: Havâlenin sona ermesi İslam hukukunda çeşitli formlar ve farklı biçimlerde gerçekleşir. Burada ele alınan bölüm ise rızasız olarak havâlenin sona ermesini ifade eden ikinci kısımdır. Rızasız sona erme, tevânın olduğu veya muhâlün aleyhin öldüğü durumlarda gerçekleşir. İslam hukuku bu konuyu kapsamlı bir şekilde incelemiştir. İslam hukukçuları söz konusu durumu kendi koşulları ve yaşadıkları çevreye uygun bir şekilde detaylı olarak ele almıştır. Onların bu konudaki çabaları günümüz hukukçularına ve farklı ülkelerde kanunlaştırma çalışmaları yapanlara kaynaklık etmektedir.

Afgan Medenî Kanunu İslam hukukundan birçok konuda yararlanmıştı. Ancak İslam hukuku ile karşılaştırıldığında ortaya çıkan problem, yasal düzenlemelerin İslam hukukunun hükümlerine uyumlu olmamasıdır. Yani Afgan Medenî Kanunu konuları düzensiz bir şekilde

³⁹⁵ "Afgan Medeni Kanunu" 1737. md.

ماده 1737: متعذر شدن ادای دین از شخص حواله داده شده یا حکم به افلاس او موجب بطلان حواله نمی گردد.

³⁹⁶ "Afgan Medeni Kanunu" 1738. md.

ماده 1738: غیبت شخص حواله داده شده گرچه دایمی باشد باعث رجوع حواله گیرنده بر حواله دهنده نمی گردد، مگر اینکه وفات غایب ثابت شود.

yasalaştırmıştır. Örneğin havâlenin sona ermesiyle ilgili bir konu, havâle şartları başlığı altına dahil edilmiştir. Afgan Medenî Kanunu genellikle Hanefî hukukçularını takip eder. Ancak bazı durumlarda genel yarar için diğer mezheplerden de istifade edilmiştir. Bu bağlamda muhâlün bihin (borcun kendisi) muhâlün aleyhten muhâlün lehe ödenememesi veya muhâlün aleyhin iflas etmesi, Afgan Medenî Kanunu'nda havâlenin geçersiz olacağı bir sebep olarak kabul edilmez. Bu durum, 1737. maddede şöyle belirtilmiştir: "Eğer muhâlün aleyh borcu ödeyemez veya iflas ederse bu, havâlenin geçersiz olacağına sebep olmaz."³⁹⁷ Söz konusu maddedeki görüş şafiî mezhebi ve bu mezhebin görüşüne katılan hukukçuların görüşüyle uyumludur. Zira onlar tevâ durumunda muhâlün aleyhin muhîle dönmemesi gerektiğini ifade etmiştir.

³⁹⁷ "Afgan Medeni Kanunu" 1737. md.

SONUÇ

Çalışmamız İslam ve Afgan borçlar hukuku açısından havâleyi incelemektedir. Bu araştırma neticesinde şu sonuçlar elde edilmiştir:

İslam borçlar hukuku, Afgan borçlar hukukuna nazaran daha geniştir. İslam hukukçularının içtihatları, meseleleri değerlendirmeleri ve naslardan hüküm çıkarmaları geçmişte olduğu gibi gelecekte de ihtiyaçların giderilmesi için geniş bir alanı kaplamaktadır. Ancak sonradan konan kanunlar beşerî aklın ürünü olduğu için her zaman hata ve sınırlılığa mahkûmdur.

1. İslam hukukçuları havâle sözleşmesini farklı şekillerde tarif etmiştir. Bu tariflerden anlaşıldığı üzere İslam hukukçuları arasında havâlenin mefhumu ile ilgili herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Onların ihtilafı, lafızlarla sınırlıdır. Zira hepsinin amacı aynıdır. O da deynin bir zimmetten diğer zimmete intikalidir. Bununla birlikte Hanefî hukukçular tarafından havâle, deyn veya mutâlabenin nakli olmak üzere iki şekilde anlaşılmıştır. Mutâlabenin intikal ettiğini savunanlara göre deyn muhîlin zimmetinde baki kalır. Ancak *Murşidu'l-hayran*'a göre havâlede hem deyn hem de mutâlebe bir zimmetten diğer zimmete intikal eder. Ayrıca Afgan Medenî Kanun'u havâle'nin tanımı konusunda Hanefî hukukçular arasındaki ihtilafa yer vermeyip sadece *Murşidü'l-Hayrân*'ın 2225. maddesindeki ifadelerini benimsemekle iktifâ etmiştir.

2. Havâlenin meşrûiyeti sünnetle sabittir. Detayları konusunda ise Hanefî ile cumhur hukukçular arasında ihtilaf vardır. Biz burada söz konusu ihtilâfa örnek mahiyette bazı temel noktalara işaret etmekle yetineceğiz. Şöyle ki:

a) Havâlenin keyfiyeti ile ilgili birtakım ihtilaf bulunmaktadır. Hanefî ve Hanbelî hukukçulardan nakledilen bir görüşe göre havâle, borçları güvence altına alan müstakil bir akittir. Cumhur hukukçulara göre ise satım akdinin genel kurallarından istisnâ edilmiş bir akittir. Buna göre deyn, muhîlden tamamıyla sâkit olmaz. Bu sebeple “muhâlün aleyh” deyni îfâ etmekten aciz kalırsa “muhâlün leh”, “muhîle” rücû etme hakkına sahiptir. Zira muhâlün aleyhten hakkını alamamıştır. Ayrıca İslam hukukunun genel kuralları, hiçbir durumda hakkın iskâtına hükmetmemiştir. Bu sebeple Hanefî hukukçular, hakkın muhâfazası ve edası için İslam hukukunca meşrû bir sebep olmaksızın iskât etmemesi hususunda İslam hukukunun ruhuna/özüne uygun olarak içtihat bulmuşlardır diyebiliriz. Şafîî ve Malikî hukukçular tarafından tercih edilen görüşe

göre havâle akdi, istisnâ veya ruhsat olarak deynin deyn karşılığında satılmasından ibarettir. Buna göre muhâlün aleyh borcu îfâ etmekten aciz kalırsa hiçbir surette muhâlün leh muhîle rücû edemez. Zira satım akdi kesin bir şekilde mülkiyetin naklini gerektirir.

b) Havâlenin çeşitleriyle ilgili İslam hukukçuları arasında ihtilaf bulunmaktadır. Hanefî hukukçulara göre havâle, mutlak ve mukayyed olmak üzere ikiye ayrılır. Cumhur hukukçulara göre ise havâle sadece mukayyed havâleden oluşmaktadır. Buna göre cumhur hukukçular havâle sözleşmesinde muhâlün aleyhin muhîle borçlu olması gerektiğini savunurken Hanefî hukukçular bunu gerekli görmez.

c) İslam hukukçuları arasında muhîlin rızasıyla ilgili birtakım ihtilaflar bulunmaktadır. Cumhur hukukçulara göre havâlenin sıhhati için muhîlin rızası şart iken Hanefî hukukçulara göre şart değildir. *Mecelletü'l-ahkâm*'ın 681. maddesinde ifade edildiği gibi havâle akdi sadece muhâl ile muhâlün aleyh arasında caizdir.

3. Afgan Medenî Kanunu akitlerin tarifi ve çeşitleri konusunda İslam hukukundan istifade etmiştir. Ancak akit çeşitlerinden bahsederken hem sayı hem de açıklama bakımından İslam hukuku gibi geniş incelemelerde bulunmamıştır. Afgan kanun koyucular, İslam hukuku literatürünün yanı sıra hem şekilsel hem de yönetsel olarak birçok açıdan Mısır Medenî Kanun'undan istifade etmiştir.

4. Afgan Medenî Kanunu, birçok konuda Hanefî hukukçuların görüşlerine muvâfik olmakla beraber bazı noktalarda ayrılmıştır. Örnek olarak şu meseleyi söylenebiliriz: Havâle sözleşmesinin sıhhati için muhîlin rızası şarttır. Havâlenin sıhhati için Hanefî hukukçulara göre muhîlin rızası şart değilken cumhur hukukçulara göre şarttır. Afgan Medenî Kanunu ise 1720. maddesindeki şu ifadelerle Hanefî hukukçuların görüşünden farklı bir sonuca ulaştığını belirtir: “Havâlenin sıhhati için muhîl, muhal ve muhâlün aleyhin rızası şarttır.” Bu da gösteriyor ki Afgan Medenî Kanunu söz konusu mevzuda cumhurun görüşünü tercih etmiştir.

5. Senhurî'nin havâletü'l-hak'ın kabulünü sadece Malikî hukukçulara özgü bir olgu olarak görmesi, İslam hukukunda uygulanmakta olan havâlenin doğasına aykırıdır. Zira çoğunluk İslam hukukçuları, bir hakkın bir alacaklıdan diğer bir alacaklıya intikal etmesini caiz görmüştür. Bu durumun da mukayyed havâlede görüldüğünü ifade etmiştir. Buna ek olarak bir hakkın bir

borçludan diğerk borçluya intikâl etmesine de cevaz vermiştir. Bu durumun ise mutlak havâlede görüldüğünü ifade etmiştir. Zira İslam hukukçularına göre havâle sadece deyne hâs değildir. Aksine onlara göre havâle mefhumu âmdir. Çünkü değışimin dayanağı iltizâmdir.

6. Afgan Medenî Kanunu bazı konularda Afgan toplumunun beklentisini karşılayamamaktadır. Bu nedenle ta'dîl komisyonlarının kurulması gerekmektedir. Zira havâle ile ilgili bazı maddelerin gözden geçirilmesine ve bazılarının da yenilenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

Afgan Medeni Kanunu (Kabil: Afgan Adliye Bakanlığı, 1973).

Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-Hükkâm min Şerhi-Mecelleti'l-Ahkâm*, c. II, İstanbul 1316 (1900/1901).

Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmud (786/1384), *Şerhu'l-Înâye ale'l-Hidâye* (Fethu'l-Kadîr hamîşinde), Kahire 1389/1970, I-X. (*el-Înâye*)

Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleyman (494/1100), *el-Müntekâ*, Beyrut (Dâru'l-kitâbi'l-İslâmî) Kahire 1332'den ofset, I-VII, ty.

Bardakoğlu, Ali, "Havâle", *DİA*, 16/507-512, İstanbul 1997.

Beğavî, Ebû Muhammed Muhyissünne el-Huseyn b. Mes'ûd (516/1122), *Şerhu's-Sünne*, thk. Zuheyr eş-Şâviş ve Şuayb el-Arnaut, Beyrut 1983.

Behûtî, Mansûr b. Yunus (1051/1641), *er-Ravdu'l-Murbi' bi Şerhi Zâdi'l-Müstakni'*, yy.

Behûtî, Mansur b. Yunus b. İdris (ö. 1051/1641). *Keşşâfü'l-Kinâ an Metni'l-İknâ*, Beyrut, 1997.

Behûtî, Mansur b. Yunus b. İdris (ö. 1051/1641). *Şerhü Munteha el-İradat*, Kahire, 1970.

Beyhakî, Ebu Bekir Ahmed b. Huseyn b. Ali (458/1065), *es-Sünenu'l-Kübrâ*, thk. Muhammed Abdülkâdir Atâ, Beyrut, 2003.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istilahatı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul 1985.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (370/981), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed Sadık Kamhâvî, Beyrut 1992/1412, I-V.

Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akitler*, İstanbul 2006.

Derdîr, Ebu'l-Berekât Sîdî Ahmed b. Muhammed (1201/1786), *eş-Şerhu's-Sağîr Alâ Akrabi'l-Mesâlik İlâ Mezhebi'l-İmâm Mâlik*, Kahire 1986.

-----, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, yy. ty.

Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arafe (1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî Ale'ş-Şerhi'l-Kebîr*, yy. ty.

Ebu'l-Alâ, Huseyn Abdu'l-Mecîd Huseyn, *Ahkâmu'l-Havâle fî Fıkhı'l-İslâmî*, Matbaatu's-Safâ ve'l-Merva, Kahire ty.

el-Buhârî, Burhâneddin (Burhanü'ş-şeria) Mahmud b. Ahmed Merğînânî (616/1219), *el-Muhîtu'l-Burhânî Fi'l-Fıkhı'n-Nu'mani*, thk. Abdulkerîm Sâmi el-Cundî, Beyrut 2004. (*el-Muhîtu'l-Burhânî*)

Ensarî, Ebu Yahya Zeynüddin Zekerıyya b. Muhammed (926/1520), *Esne'l-Metâlib Şerhu Ravdı't-Tâlib*, Kahire ty.

Ensarî, Ebü Yahya Zeynüddin Zekerıyya b. Muhammed (926/1520), *Esne'l-Metâlib Şerhu Ravdı't-Tâlib*, Kahire ty.

Şırbini, Şemsüddin Muhammed b. el-Hatib, Şırbini, *Muğni'l-Muhtac ila Ma'rifeti Meani Elfazi'l-Minhac*, Beyrut 1997.

Zennün, Hasan Ali, *Şerh Elkanun Elmedeni Eliraki (Ahkamül İltizam)*, Bağdat 1954.

Zerka, Mustafa Ahmed; Sellâme, İbrahim Abdülhamid; Atıyye, Cemâl, "*el-Havâle*", el-Mevsûatü'l-Fıkhıyyetü'l-Kuveytiyye, el-Va'yü'l-İslâmî, Kuveyt 2011.

Haraşî, Ebü Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Ali (ö. 1101/1690). *el-Haraşî 'ale'l-Muhtasarı Celîl*, Mısır 1899.

Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdırrahman (ö.1088/1677), *ed-Dürrü'l-Muhtâr Şerhi Tenvîri'l-Ebsâr ve Câmi'i'l-Bihâr*, Beyrut 2002.

Hattâb Ruaynî, Şemseddin Ebü Abdullâh Muhammed b. Muhammed (954/1547), *Mevâhibu'l-Celîl li şerhi Muhtasarı Halîl*, Beyrut 1995. (*Mevâhibu'l-Celîl*)

Heysemî, Nureddin Ali b. Ebu Bekir (807/1405), *Buğyetu'r-Râid fî Tahkîk Mecmai'z Zevâid ve Menbei'l-Fevâid*, thk. Abdullah Muhammed Dervîş, Beyrut 1994, I-X. (*Mecmau'z Zevâid*)

İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer (1252/1836), *Hâşiye Reddû'l-Muhtâr ale'd Dürri'l-Muhtâr Şerh Tenvîri'l-Ebsâr*, İstanbul, 1985.

İbn Cüzey, Ebu'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed (741/1310), *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye fi Telhîs Mezhebi'l-Mâlikiyye ve't-Tenbîh alâ Mezhebi's-Şâfiyye ve'l-Hanefiyye ve'l-Hanbeliyye*, thk. Muhammed b. Sîdî Muhammed Mevlây, yy. ty. (*el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*)

İbn Duvayyân, İbrâhim b. Muhammed (1353/1935), *Menâru's-Sebîl fî Şerhi'd-Delîl*, thk. Zuheyr eş-Şâvîş, Kahire, 1982. (*Menâru's-Sebîl*)

İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed (235/849), *el-Musannef*, thk. Muhammed Avvâme, Beyrut, 2006.

İbn Hacer el-Heytemî, Ebu'l-Abbas Şihâbüddîn Ahmed el-Mekkî (973/1565), *Tuhfetu'l-Muhtâc bi Şerhi'l-Minhâc*, Mısır ty. I-X. (Şîrvânî ve Abbâdî hâşiyeleriyle birlikte) (*Tuhfetu'l-Muhtâc*)

İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed (456/1064), *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, Kahire 1347-1352, I-XI. (*el-Muhallâ*)

İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (620/1223), *el-Muğnî*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî ve Abdülfettah Muhammed el-Hulv, Riyad, 1997.

İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrerem (711/1311), *Lisânu'l-Arab*, Beyrut 1993.

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrâhim el-Mısırî (970/1563), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Kahire, 1914. (*el-Bahru'rrâik*)

İbn Receb el-Hanbelî, Zeynuddin Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ahmed (795/1393), *el-Kavâid (Takrîru'l-Kavâid ve Tahrîru'l-Fevâid)*, nşr. Meşhur b. Hasan, Amman ty. (*el-Kavâid*)

İbn Rüşd el-Hafid, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed (595/1198), *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Beyrut 1982. (*Bidâyetü'l-müctehid*)

İbn Teymmiyye, Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim el-Harrânî (728/1327), *Mecmiül Fetava*, Beyrut, 1995.

İbnü'l-Hümâm, Kemalüddîn Muhammed b. Abdolvâhid (861/1456), *Fethu'l-Kadîr*, Kahire, 1970.

İbnü'l-Kayyim Şemsüddin Muhammed b. Ebi Bekr Cevziyye, *İlamu'l-Muvakkiin An Rabbi'l-Alemin*, thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, Beyrut, 1977.

İbnü'l-Münzir, Muhammed b. İbrahim (318/930), *el-İcmâ*, thk. Ebu Hammad Sağır Ahmed b. Muhammed Hanîf, Ammân, 1999.

Kâdî Abdülvehhâb, Ebû Muhammed Abdülvehhâb b. Ali (422/1031), *el-Maûne Alâ Mezhebi 'Âlimi'l-Medîne*, thk. Muhammed Hasan İsmail eş-Şâfiî, Beyrut, 1998.

Karâfi, Ebu'l-Abbâs Şehabeddin Ahmed b. İdrîs (684/1285), *el-Furûk*, thk. Halil el-Mansûr, Beyrut, 1998.

Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, İstanbul, 1987.

Kâsânî, Ebu Bekir Alâuddin b. Mes'ûd (587/1191), *Bedâ'i'u's-Sanâ'i fî Tertîbi's-Şerâ'i*, Beyrut, 1986. (*Bedâ'i'u's-Sanâ'i*)

Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2002.

Kumaş, Ali, *İslâm Borçlar Hukukunda Gabin*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011.

Leknevî, Ebu'l-Hasenât Abdulhayy b. Abdülhalîm (1304/1886), *en-Nâfiu'l-Kebîr*, Karaçi, 1990. (*el-Câmiu's-Sağîr* ile birlikte).

Mâlik b. Enes (179/795), *el-Muvatta*, thk. Muhammed Mustafa el-A'zamî, Ebu Dabi, 2004.

Mardin, Ebül'Ulâ: "Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 13, No: 2, 1947, s. 561-597.

Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb (450/1058), *el-Hâvî'l-Kebîr*, thk. Ali Muhammed Muavvîd ve Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut, 1994.

Menûfî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Muhammed eş-Şâzelî (939/1532), *Kifâyetu't-Tâlibi'r-Rabbânî alâ Risâleti İbn Ebî Zeyd el-Kayrevânî*, thk. Ahmed Hamdi İmam, nşr. Seyyid Ali Hâşimî, Kahire, 1989. (*Kifâyetu't-Tâlibi'r-Rabbânî*)

Mergînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebû Bekir (593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, Kahire, 1970. (*Fethu'l-Kadîr*'le birlikte) (*el-Hidâye*)

Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul, 1996. (*el-İhtiyâr*)

Mevvâk, Ebu Abdullah Muhammed b. Yusuf el-Abderî (897/1491), *et-Tâc ve'l-İklîl alâ Muhtasari Halîl*, nşr. Zekeriyâ Umeyrât, Beyrut 1995. (Mevâhibu'l-Celîl ile birlikte). (*et-Tâc ve'l-İklîl*)

Molla Hüsrev, Hüsrev Mehmed Efendi (885/1481), *Düreru'l-Hukkâm fî Şerhi Gureri'l-Ahkâm*, İstanbul, 1978. (*Düreru'l-Hukkâm*).

Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayrânîla Ma'rifeti Ahvâli'l-İnsân*, Bulak, 1891.

Münir'ul-Kadi, *Şerhu'l Mecelle*, Bağdad, 1949.

Müzenî, Ebû İbrahim İsmâil b. Yahya el-Mısrî (264/878), *Muhtasaru'l-Müzenî fî Furû'î's-Şâfi'iyye*, Beyrut, 1998. (*Muhtasaru'l-Müzenî*)

Nevevî, Muhyiddîn Ebu Zekeriyâ Yahya b. Şeref (676/1277), *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*, Beyrut, ty. (*el-Mecmû'*)

Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1982.

Râfiû, Abdulkerim b. Muhammed er-Râfiû el-Kazvîni (ö. 623/1226), *Fethu'l-Aziz bi Şerhi'l-Veciz*, Beyrut, t.y. (*Fethu'l-Aziz*).

Ramlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebu'l-Abbâs (1004/1596), *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Beyrut, 1993. (*Nihâyetü'l-Muhtâc*)

Sahnûn, Ebü Said Abdüsselam b. Said et-Tenûhî (240/854), *el-Müdevvenetu'l-Kübrâ*, Beyrut, 1994. (*el-Müdevvene*)

Semerkandî, Ebü Bekr Alâuddîn Muhammed b. Ahmed (539/1144), *Tuhfetu'l-Fukahâ*, Beyrut, 1984.

Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed (1971), *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhî'l-İslâmî: Dirâse Mukârene bi'l-Fıkhî'l-Ğarbî*, Beyrut, ty. (*Mesâdiru'l-Hak*)

Senhûrî, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî*, Beyrut, 1968.

Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ebü Sehl (483/1090), *el-Mebsût*, Beyrut, 1993.

Subhi, Mahmasani, *en-Nazariyyetu'l-Amme li'l-Mücebati ve'l-Uküdi fi's-Şeriatil-İslamiye*, Beyrut, 1948).

Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebu Bekir (911/1505), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi Kavâidi ve Furûi Fıkhî's-Şâfiyye*, Beyrut, 1983. (*el-Eşbâh ve'n-Nezâir*)

Sübkî, Tâcüddîn Abdülvehhâb b. Ali (771/1369), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcûd ve Ali Muhammed Ivaz, Beyrut, 1991.

Şâfiû, Ebu Abdullah Muhammed b. İdrîs (204/819), *el-Ümm*, thk. Rif'at Fevzi Abdulmuttalib, Mansûra, 2001. (*er-Risâle* ile birlikte)

Şehhâte, Şefîk, *en-Nazariyyetu'l-Âmme li'l-İltizâmât fi's-Şeriatil-İslâmiyye*, Mısır, ty.

Şelebî, Şehâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Yûnus b. Eş, *Tebyînü'l-Hakâik Şerhü Kenzü'd-Dekâik ve Hâşiyetü's-Şelebî*, Bulak, 1895.

İbn Receb el-Hanbelî, Zeynuddin Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ahmed (795/1393), *el-Kavâid (Tahrîru'l-Kavâid ve Tahrîru'l-Fevâid)*, Amman, ty. (*el-Kavâid*)

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (370/981), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Muhammed Sadık Kamhâvî, Beyrut, 1992.

Şeybânî Muhammed b. Hasen (189/805), *el-Câmiu'l-Kebîr*, Kahire, 1937.

İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrerem (711/1311), *Lisânu'l-Arab*, Beyrut, 1993.

Şeybânî Muhammed b. Hasen (189/805), *el-Câmiu'l-Kebîr*, Kahire, 1937.

Şeybânî, Ebû 'Abdullâh Muhammed b. el-Hasen (ö.189/805), *el-Asl*, Beyrut 2012.

Şeyhzâde (Dâmâd Efendi), Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman (1078/1667), *Mecmau'l-Enhur fî Şerhi Mülteka'l-Ebhur*, İstanbul, 1910. (*Mecmau'l-Enhur*)

Şîrâzî, Ebu İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali (476/1083), *el-Mühezzeb*, thk. Zekeriyya Umeyrat, Beyrut, 1995/1416, I-III.

Şîrbînî, Şemsuddin Muhammed b. El-Hatib. (ö. 977/1570), *Muğni'l-Muhtac ila Marifeti Ma'ani Elfazi'l-Minhâc*, Beyrut, 1998.

Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (977/1570), *el-İknâ' fî Halli Elfâzi Ebî Şücâ'*, Beyrut, 1996. (*el-İknâ'*)

Şîrâzî, Ebu İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali (476/1083), *el-Mühezzeb fî Fikhi'l-İmam eş-Şafîi*, thk. Zekeriyya Umeyrat, Beyrut, 1995.

Tahâvî, Ebu Ca'fer Ahmed b. Muhammed (321/933), *Şerhu Meâni'l-Âsâr*, thk. Muhammed Neccâr ve Muhammed Câdu'l-Hakk, tsh. Yusuf Abdurrahman Mar'aşlı, Kahire, 1994.

Yahya, Abdulvedûd, *Havâletü'd-Deyn*, Kahire, 1960.

Yasin, Ahmed, *Ticaret Hukuku*, Kabil, 2004.

Zerkâ, Mustafa Ahmed (ö. 1999), *el-Medhalü'l-Fıkhıyyü'l-Âmm*, Dımışk, 2004.

Zerkeşî, Bedrüddîn Muhammed b. Bahadır b. Abdullah (794/1392), *el-Mensûr fi'l-Kavâid*, thk. Teysîr Fâik Ahmed Mahmud, Kuveyt, 1982.

Zeydan, Abdülkerim, *el-Kefâle ve'l-Havâle fi'l-Fıkh el-Mukârin*, Camiatü Bağdâd, Bağdat, 1975.

Zeylaî, Fahrüddin Osman b. Ali (743/1343), *Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Beyrut, ty. (*Tebyînü'l-Hakâik*)

Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuh*, Dımışk, 1985.

Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şüûni'l-İslâmiyye: “*el-Havâle*”, *el-Mevsûâtü'l-Fikhiyyeti'l-Kuveytiyye*, 6/144-173, Kuveyt, 1986.