

İSLAM HUKUKUNDA ÖZELLİKLE HANEFİ MEZHEBİNE GÖRE HAVALE*

Yazanlar :
Albert CHERON ve
Sadık FAHMY

Çeviren :
Dr. Halil CİN

Eski borçlunun yerine, yeni bir borçlu tarafından bir borcun devralınması olan sağlar arası havale Avrupa'da pozitif hukukları bölen büyük bir mevzuat ayrılığına sebep oldu; Roma hukukunun, borçlu ve alacaklının şahısları ile esaslı bir şekilde tayin edilmiş bir bağ olan borcun devredilmezliği kaidesi, borcun aktif tarafında kayboldu; alacağın temlikinde, yeni alacaklı, alacaklının değişmiş olması sebebiyle bir değişikliğe uğramamış olan bir borç münasebetinde alacaklının yerine kaim olur. Mevzuatların çoğunda aynı değişiklik, pasif tarafından nazara alınmış borç konusunda tahakkuk etmedi; ölüm sebebi hariç, eski borcu sona erdirip az veya çok farklı bir borç yaratmaksızın, eski borçlunun yerine yeni borçlunun ikame edilemeyeceği prensibi uzun zaman devam etti. Roma hukukunun kabul ettiği usullerle, örneğin, alacaklı ile, önceden eski borçlu ile hiç bir anlaşma yapmamış olan yeni borçlu arasında bir anlaşma suretiyle yahut üç şahsın rızasını gerektiren yenileyici bir havale suretiyle eski borçlu borcundan kurtarılarak, borcun ifası bir başka şahsa yüklenebilir; fakat alacaklı ile yeni borçlu arasında böylece yaratılmış olan yeni borç, hukuken, alacaklı ve eski borçlu arasında önceden mevcut olan borçtan ayrı ve bağımsızdır.¹

Şüphesiz akit serbestisi prensibi, yeni borcu, sona ermiş olan eski borca benzetmeye cevaz verir; fakat bu ancak bir benzerlik olup bir ayniyet değildir. Kaldı ki akit serbestisinin de sınırları vardır; **Örneğin** taraflar, yeni borca eski borcun ticarî karakterini

* Bulletin de la législation comparée, 1929-30 p. 371-422.

¹ COLIN et CAPITANT, cours élém. de droit civil français; 5e éd. P. 145 ve s.; GAUDEMET, Etude sur le transport de dette, Paris 1898. P. 234 ve s. SALEILES; La cession de dettes Paris, 1901, P. 105 ve s.

vermek ve yeni borçluyu ticaret mahkemesinin kazasına tâbi kılmak hususunda yetkili değildir. Zira görev kaidesi, irade muhtâriyetinin dışında kalır.

19. asrın Alman hukukçularını fikir ayrılığına düşüren uzun bir doktrin münakaşasından sonra, —ki bu hukukçuların bir kısmı alışılmış klasik fikirleri savunurken, diğerleri,² pratikte yerleşmiş bulunan bazı usullerin hukukî yapısını hazırlamaya çalışıyorlardı.— Alman medenî kanunu, terkedilmiş bir müessese telâkki edilen tezdidi sükutla geçerek, iki şahıs arasında —alacaklı ve borçlu— (Md. 414); yahut sonradan kabul suretiyle, iki borçlu arasında aktedilen ve yeni borçlunun borç münasebetinde eski borçlu yerine kaim olmasını sağlayan borcun naklini kabul ederek (414-419), Roma hukukunun bu konudaki kaideleriyle ilgisini kesti. Bir kaç sene sonra, İsviçre kanun koyucusu Federal borçlar kanununu yeniden gözden geçirerek borçlu değişmesini mucip olan tezdidi muhafaza etti; fakat bundan başka İsviçre kanun koyucusu, Alman hukukunun kabul ettiğinden oldukça farklı bir borcun nakli müessesesi kabul etti.³ (175 ve 176 md. ler) Çünkü bu, iki borçlunun aralarındaki anlaşma mucibince alacaklının kendisine yapılan icabı kabul ettiği tarihte tamam olan üç taraflı bir akittir. Fakat Latin ülkeleri hukuku bu anlayışa muhalif göründüler.

Halbuki borcun, sağlar arasında nakledilebileceği fikri, ki bu fikir Avrupa memleketleri hukukunda münakaşalı bir yenilik gibi görünür. İslâm hukukunda kabul edilmiş yahut hiç olmazsa asırlardan beri İslâm hukukçuları tarafından nazara alınmış görünüyor. Hadise, İslâm hukukunun, alacağın sağlar arası nakli için alacaklı değişmesi suretiyle tezdidi tanımaması ve diğer taraftan, mirasçının murisin borçlarına şahsen halef olmasını kabul etmemiş olması sebebiyle evleviyetle dikkate değer.⁴ Zaten tezimiz izaha muhtaçtır; çünkü az zaman önce, İslâm hukukunda çok kuvvetli olan bir müellif şöyle yazabileceğini zannetti : «İslâm hukuku sağlar arası bor-

² GAUDEMET, op. cit. p. 43 ne s. 456 ve s.

³ Daha açık bir anlatımla, İsviçre hukukunda borcun nakli iki akde bölünür : Bunlardan biriyle borcu devrelan devredene onu borçtan kurtaracağını va'deder; diğer akitle, alacağı devralan, ilk borçluyu mâkable şumülü olmaksızın borçtan kurtaran alacaklıya karşı taahhüd altına girer (Md. 176). Muamelenin tümü bu üç şahsın rızasını zorunlu kılar. Bk. ROSSEL Droit fédéral des obligations, Genève 1920; P. 354 ve s.

⁴ ABDEL HAMİD PACHA, Du principe que en droit musulman la succession n'est ouverte qu'après acquittement des dettes, L'Egypte contemporaine; t. V. P. 1440.

cun naklini kabul etmiyor; hiç olmazsa bildiğimiz kadarıyla, hiç bir metin borcun naklinden bahsetmiyor, veya ona cevaz vermiyor». Filhakika Mecellenin 680 ve sonraki maddeleri tarafından tanzim edilmiş bulunan havale alacaklının kabulüne bağlı ve şayet varsa, kefilî borcundan berî kılar. Hasılı bu, borçlu değişmesi suretiyle bir tecdittir.⁵

Önce belirtmeliyiz ki, İsviçre hukukunda borcun nakli, iki borçlunun rızasından başka, alacaklının rızasını da ister. Alman hukukunda borcun nakli, alacaklının mâkable şâmil icazetini ister; diğer taraftan Mısırlı Yerliler için hazırlanmış medenî kanunda (Md. 394) alacağın temliki, alacağı devreden ve devralan şahısların rızasından başka borçlunun rızasını da ister.⁶ Buna karşılık, borçlunun haberi olmaksızın borcun bir üçüncü şahıs tarafından taahhüd edilmesi suretiyle tecdid, sadece iki şahsın yani alacaklı ve yeni borçlunun rızası ile olabilir. Netice olarak, İslâm hukukunda havalenin ancak üç şahsın rızası ile tamam olabileceği bahanesiyle, havalenin bir temlik olmayıp bir tecdit olduğunu savunmak en azından cür'etkârlıktır. Kaldı ki üç şahsın rızasının, özellikle alacaklının rızasının, bütün mezheplerce istenmediği görülecektir. Kefilin borcundan kurtulmuş olmasından çıkarılan delil, artık kuvvetini kaybetmiştir. Çünkü Alman ve İsviçre hukuklarında, borcun naklinde, ancak ilk borçlunun ödeme kabiliyetini garanti etmek istemiş olan kefil, yeni borçluya kefil olmaya razı olmadıkça kefaletten kurtulur (Alm. Mk. Md. 418; İs. Bk. Md. 178.)

Netice olarak, mesele çözülmüş değil. İslâm hukukuna taallûk eden metinlerin havale terimiyle tavsif ettikleri bu müessesenin hukukî mahiyetini başka bir kıstasa göre tayin etmek gerekir. Kadri Paşa'nın Morchid el Hoiran'ın Fransızca tercümesinde (Md. 876 ve s.) bu terim «délégation»⁷ kelimesiyle tercüme edilmiştir. Fakat bu sözde havale, Fransız Medeni Kanununun 1275 ve 1276. md. lerinin incelediği müesseseye ancak uzaktan benzemektedir. Bu havaleyi Code Civil'in tanzim ettiği müesseseden ayıran çizgiler arasında şöyle kaleme alınmış olan 896. maddeyi ileri sürebiliriz : «Borç üçüncü şahıs havale edilene devredilmekle özellik değiştirmez». Bu metin

⁵ MORAND, Quelques particularités du droit musulman des obligations, Bulletin de la législation comparée; 1929, P. 364.

⁶ Bu zaten, bir borçlunun daha az müsait bir alacaklıya karşı borçlu olmak için, müsait bir alacaklıyı kaybetmeğe zorlanabileceğini kabul etmeyen İslâm hukukunun bir kalıntısıdır.

⁷ KADRI PACHA, Le Statut Réel d'après le rite Hanéfite; traduction Française par ABDEL AZIZ KAHIL BEY. Le Caire 1893. kısaltması SR.

üçüncü şahsın yani yeni borçlunun, borç münasebeti değişmediği halde, borç münasebetinde eski borçlu yerine kaim olduğunu iyice gösteriyor.

İslâm hukukunun havaleye ilişkin doktrininin, daha ziyade doktrinlerinin, tetkiki, tarihî olduğu kadar aktüel bir menfaat arz ediyor; ve Avrupa hukukunun tam gelişme halinde bulunduğu bir konunun incelenmesine ihmâl edilmez bir katkıda bulunuyor.

Doktrinler diyoruz : Çünkü İslâm hukuku, dinî menşesine rağmen ne zaman içinde ne de mekân içinde birdir. Şüphesiz ki her âyeti ilâhî birer hüküm olan Kur'anda⁸ ve sünnetlerde yani Peygamber'in söz ve hareketlerinde değişmez temellere sahiptir.⁹ Fakat aşırı ölçüde veciz olan bu metinler asırlar boyunca farklı şekillerde tefsir edildi. Böylece hicretin III. yüz yılından itibaren bir gövde ve onun dört dalı gibi olan dört büyük mezhep doğdu.

İslâm hukukunda havale, Peygamber'in tercümesi şöyle olan bir hadisine dayanır : «Sizden birine ödeme kabiliyeti olan bir şahıs ödeme teklifinde bulunursa, o, bu şahsa müracaat etsin».¹⁰ Bu basit cümle üzerinedir ki, Halifeler devrinin hukukçuları, sonra Hicretin II - IV. asrına kadar mezhep kurucuları ve onların halefleri, nihayet o zamandan beri bu klâsik devrin eserlerini şerheden şarihler ve derleyiciler şaşılacak bir incelikle işlediler. İşte böylece yavaş yavaş ve bin bir tenakuz içinde, müşterek temelleri dinî metnin bir cümlesinden ibaret olan ekseriya birbirini nakzeden havale teorileri teşekkül etti. Müelliflerin bu müesseseyi eserlerinde inceledikleri yer bile, anlayış ayrılıklarını ortaya çıkarır.

Hanefiler havaleyi kefaletten sonra incelerler; çünkü iki müessesede arasında bir benzerlik görürler. Filhakika, doktrinlerine göre, eski borçlunun borcundan kurtulması tamamiyle kesin değildir. Yukarıda inceliyeceğimiz gibi, halihazırda eski borçluyu takip edemeyen alacaklı, bazı hallerde ona yeniden müracaat edebilecektir. Netice olarak, eski borçlu asıl borçlu olarak kalır ve borcu ödemediği taahhüd eden yeni borçlu geçici bir süre için alacaklının davasına tek başına hedef olan bir nevi kefil gibi görünür.¹¹ Şâfiler aksi-

⁸ SADEK FAHMY, *Traité des preuves en droit civil comparée*, Paris 1924. P: 56-57.

⁹ Hicretin III. Yüz yılında meydana getirilmiş hadis derlemeleri için Bk. SADEK FAHMY, *op. cit.* P. 60.

¹⁰ EBN EL HOUMAM, *Fath el Kadir*. t. VI P. 345 EBN NOGAIM, *EL Bahr el Raek*, t. V. P. 244. *Mecelle de kefaletten sonra inceleniyor.*

¹¹ AL BEGERMI, *Charh Mengah Toullab*, t. III. P. 18.

ne, havaleyi sulhtan sonra incelerler; zira onlar havaleyi esas itibarıyla, borçlunun, alacaklısını tatmin etmek için alacağını bir üçüncü şahsa karşı kullandığı bir anlaşma olarak kabul ederler.¹² Filhalka Şâfîlerin doktrinine göre, eski borçlunun yeni borçluya karşı alacaklı olmasının, muamelenin esaslı şartlarından biri olarak arandığını ileride göreceğiz. Hanbeliler aynı şartı aramalarına rağmen, bu nokta üzerinde Hanefîlerin anlayışlarına katılıyorlar ve havaleyi kefaletten sonra inceliyorlar.¹³

Mâliklere gelince, onlar havaleyi bazen sulhtan sonra, bazen satış ve bazen de takastan sonra incelerler; Bu fikirden hareket etmek suretiyledir ki, eski borçlu alacağını borcunu ödemekte kullanır.¹⁴

Sadece bu hülâsa ile İslâmın dört büyük mezhebinde havalenin oldukça farklı şekillerde anlaşıldığı görülüyor. Aynı mezhebe mensup müellifler arasında, özellikle Hanefî hukukçuları arasında —ki bunların görüş ayrılıkları Mecelle ve Kadri Paşa'ca hazırlanmış olan Mısır Borçlar Kanununun hükümleri arasındaki bazı ayrılıkları izah edebilir— görüş ayrılıkları çıkmış olduğunu görmek fırsatını bulacağız.

Biz özellikle Hanefî kaynaklarından istifade ederek bir İslâm havale teorisi ortaya çıkarmağa çalışacağız. Fakat yeri geldikçe diğer mezheplerin, Ebu Hanife'nin ve takipçilerinin mezhebinden ayrıldıkları noktaları göstermeyi ihmal etmiyeceğiz. Mecelle ve Mısır Borçlar Kanununun metinlerini bu incelemenin temeli olarak alıyoruz. Fakat bu metinler 13 asırlık münkaşaların neticesi olduğundan, izahları için eski kaynaklara inmek gerekecektir. Önceki asırların hukukçularının çözüm tarzlarını ve mantıklarını titizlikle takip edeceğiz; fakat meselenin çok karışık bir şekilde ve bir fikir düzensizliği içinde yer aldığı eserlerin metodunu takip etmiyeceğiz. Açık olması için bu araştırmayı iki kısma böleceğiz : Birinci kısımda İslâm hukukunda havalenin şartlarını; ikinci kısımda ise havalenin ilgili muhtelif taraflar arasında doğurduğu neticeleri inceliyeceğiz.

I — HAVALENİN ŞARTLARI :

Havalenin tamam olabilmesi için istenen şartlar, havalenin konusuna, rızaları luzumlu olan şahıslara ve bu şahısların ehliyetlerine taallük eder.

¹² MANSOUR EBN IDRIS Kaehof el kenaa t. II sh. 185.

¹³ 795 Moh. ELEH. t. III. P. 238.

¹⁴ EL KASSAN II, t. VI. p. 16.

1) Havalenin Konusu :

Çözüm tarzlarını izah edeceğimiz Hanefi mezhebine göre, havalenin tamam olabilmesi için borcu devreden kimsenin, kendisine edimde bulunulacak şahsın borçlusu olması gerekir. Kendisine borçlu olunmayan bir kimseye edimde bulunulması için bir üçüncü şahıs tayin edilirse, bu havale değil bir vekâlet akdidir. (Mısır Bk. Md. 883). Bu çözüm tarzı gelenekseldir.¹⁵

Havalenin konusu olan ve önceden mevcut olan bu borcun mahiyeti ne olmalıdır? Hanefilere göre, kefalet ve havale arasında gördükleri benzerlik mucibince, bir borcun devredilebilmesi için bu borcun kefaletle temin edilmiş olması lâzım ve kâfidir (Mısır Bk. Md. 884-85; Mecelle Md. 687-688). Bu ihtilâfsız bir noktadır. Netice olarak Mısır Bk.nun 842. maddesinin kefalet başlığına dayandırılacak olursa, bu borç mevcut ve muayyen olmalı; bir meblağı ödemek yahut belli bir şeyi teslim etmek mükellefiyetinden ibaret olmalı ve bu borç yeni borçlu tarafından ifa edilebilecek mahiyette olmalıdır. Bununla beraber, Mısır Bk.nun 852. maddesi, muayyen olmayan bir borcun kefaletle teminini kabul ettiği halde, 885. maddede aksine olarak havale konusu olan borcun muayyen olmasını istiyor ve binnetice gayri muayyen yahut muhtemel bir borcun havalasını bâtil kabul ediyor (Mecelle Md. 688). Borcun konusunun muayyen maddi bir şey olup olmadığı meselesi üzerinde ihtilâf vardır. Havalenin hiç bir maddi fiili luzumlu kılmayan mücerret bir akit olduğu ve borcun konusu maddi bir şey ise bu maddi şeyin teslimi ile, havalenin, eski borçlunun yeni borçluyu borcu ifaya zorlayacağını farzettireceği gerekçesiyle, menfi görüş galip geldi.¹⁶

Borcun fer'i karakteri devredilmesine mâni değildir. Böylece kefil, alacaklının rızası ile kendi yerine bir üçüncü şahsı ikâme edebilir. Başkasının borcunu üzerine alan kimse de bu borcu bir üçüncü şahsa devredebilir; yeter ki alacaklı buna razı olsun (Mısır Bk. Md. 886; Mecelle Md. 689).

Havale esas itibariyle eski borçluya karşı bir borcun mevcudiyetini farzederse de, Hanefi mezhebi, aksine olarak, muhalünaleyhin muhile önceden borçlu olmasını istemiyor. (Mecelle Md. 686; Mısır Bk. Md. 686). Eski ve yeni borçlu arasında daha önce mevcut olan borç havalenin konusu değildir ve binnetice havalenin esaslı

¹⁵ EL KASSANI, t. VI. 6. P16, EL ZAILAI, t. IV. P. 171; EBN ABDIN, Rad el Mohtar; t. IV P. 323.

¹⁶ EBN ABDIN, Rad El Mohtar, t. IV. P. 327.

bir unsuru değildir. Bu, havalede ancak bir modalite olarak görünür. Fihakika, muhalünaleyhi muhile karşı kayıtsız şartsız ve cayılmaz bir şekilde taahhüd altına sokan havale-i mutlaka yanında, Hanefi mezhebi, muhalünaleyhin muhilin borcunu, muhile ait olup da her hangi bir hukukî sebeble elinde bulundurduğu malından ödediği havale-i mukayede (mahdut havale)yi kabul eder (Mecelle Md. 678-679; Mısır Bk. 877-879). Şu halde havalenin konusu olan borcu üzerine almak, iki borçlu arasında mevcut olan hukukî münasebete bağlıdır; ve görüleceği gibi bu modalite havalenin neticeleri konusunda önemli sonuçlar doğurur. Fakat burada açık bir kayıttan doğabilen seçimlik bir modalite bahse konu olup,¹⁷ akdin esaslı bir unsuru söz konusu değildir. Hanefi doktrini bu nokta üzerinde mutabıktır. Bir tek halde Mısır Bk. üçüncü şahsın yani muhalünaleyhin, eski borçlunun borçlusu olmasını havalenin muteberiyet şartı olarak arıyor; bu kanunun 888. maddesi, eski borçlunun, bir vakıf mütevellisine vakfın gelirinden kendisine isabet edecek pay üzerinden borcunu ödettirmek istemesi halini nazara alıyor; ve mütevellî vakfı ancak mevcut gelirler üzerinden taahhüd altına sokabileceğinden, üzerinde ödemede bulunacağı gelir payı henüz elinde değilse, havalenin bâtil olduğunu kabul ediyor.¹⁸ Mecellede açıkça ifade edilmeyen bu istisnaî hüküm, vakfın devredilmezliği ve haczedilmezliği özelliği ile izah olunur.¹⁹

Öteki mezheplerin doktrinleri çok farklıdır. Havaleyi, bir borcu bir alacak vasıtasıyla ödemek için bir usul olarak kabul eden diğer mezhepler, önceden mevcut olan iki borcu, biri ilk borçlunun alacaklıya karşı ve diğeri yeni borçlunun eski borçluya karşı olan borcudur-havalenin muteberiyet şartı olarak kabul etmekte birleşiyorlar. Bu doktrin Mâlikî mezhebine mensup müelliflerce özel bir tutku ile izah edilmiştir. Hanefiler gibi Mâlikler de, alacaklıya karşı önceden mevcut bir borç yoksa, muamelenin havale olmayıp bir tahsile vekâlet olduğu fikrindedirler.²⁰ Fakat bundan başka, muhalünaleyhin muhile önceden borçlu olmasının zarurî olduğunu ve bu olmadığı takdirde, muamelenin havale olmayıp bir kefalet olduğu reyindedirler; şüphesiz, muhalünaleyhin muhile karşı bir kefil gibi mesul olacağı buradan çıkıyor; fakat eski borçlu (muhil),

¹⁷ EBN ABDİN, Op. cit.

¹⁸ SELİM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, Mecelle şerhinde bu hali de zikretmiyor.

¹⁹ ED DESOUKI Sur AD DARDIR, t. III. P. 295.

²⁰ Ibidem, P. 294-295.

alacaklı kendisine karşı takibe geçmekten açıkça vazgeçmedikçe borçtan kurtulamaz.²¹

Aynı şekilde, Hanbelilerde Şeyh Mansour sünnetler şarihi Askalani'ye dayanarak, borcun borçlunun ölümünden sonra da devredilebileceğini ileri sürüyor.²² Çünkü, bir kimse borcunu ödemediği ölmüşse, bir üçüncü şahıs ölenin borcunu üzerine almadıkça, Peygamber, ölü için duayı reddediyordu; fakat müellif, bu üçüncü şahsın ölen kimsenin borçlusu olması gerektiğini ve aksi halde devrin muteber olmayacağını ilâve ediyor.²³

Muamelenin esaslı unsuru olan iki borç muayyen olmalı ve aynı neviden olmalı; konuları misli bir şey olmalı örneğin altına karşı altın, gümüşe karşı gümüş gibi. Ve müellifler bu bakımdan takasın şartları ile ilginç bir bağlantı kurarlar. Prensip olarak iki borcun mutlak benzerliğini isterler. Mâlikî müellif Ed Desouki, iki borçtan birinin kalite yahut kemmiyet itibariyle diğerine üstün olması halindeki fikir ayrılığını naklediyor. Hâkim fikir bu halde muamelenin butlanına taraftardır; çünkü benzerlik şartı eksiktir. Aynı şekilde Ed Dardir ve Ebn Rouchd (Averroès), alacaklının alacağının ödenmesi babında, üçüncü şahsa karşı alacağından daha fazla bir alacak elde etmesi halinde tefecilik bahis konusu olacağını ve borçlunun daha az bir borcu ödemek suretiyle borçtan kurtulmasının da haksız bir faydalanma olacağını söylüyor.

Müccel borçlar arasında havale mümkün müdür? Bu mesele de münakaşalara sebep oldu; Hanbelilerde kabul edilmiş olan anlayışı nakleden Şeyh Mansour, iki borcun da muaccel olmasını istiyor.²⁴ Mâlikîlerde Khalil, hiç olmazsa alacak vasıtasıyla ödenmek istenen borcun muaccel olmasını istiyor. İmdi iki borç mutlak olarak aynı nevidense, bu muhalünaleyhin muhile olan borcunun da muaccel olmasını tazammun eder. Bununla beraber Averroès göre—ki onun fikri galip görünüyor—, muaccel olmayan bir borç da havalenin konusunu teşkil edebilir; yeter ki bu borcu devralan üçüncü şahıs, muhile karşı muaccel bir borçtan mesul olsun.²⁵ Netice olarak, daha yeni olan bu doktrine göre, iki borçtan birinin muaccel olması yeter.

²¹ ASKALANI, Fath-el Bari Sur Sahih al Boukhari, t. IV. P. 383.

²² MANSOUR EBN IDRIS, t. II. sh. 186.

²³ Bak. Şâfiî Mezhebi için: EL-BEGERMI Sur ZAHARIAH, t. III. P. 20. Hanbeliler için: MANSOUR IBN IDRIS, op. cit. Mâlikîler için: MUHAMMED ELERH sur KHALIL; t. III p. 283.

²⁴ MANSOUR EBN IDRIS, t. II. P. 187.

²⁵ EBN ACEM, paragraphe 795.

Hasılı bir kaç teferruat saklı kalmak üzere, Şâfii, Hanbeli ve Mâliki mezhepleri borcun naklini, ancak hanefi terminolojisine göre, tahsis ile birlikte ise kabul ediyorlar; bunlar havaleyi alacağın bir ödenme şekli olarak kabul ederler; karz yahut üçüncü şahsın eski borçluya bir avansı olarak görmezler; ve bir şâfii müellif, Önceden açıkca kabul edilmiş olsa bile, kendisine hiç bir şey borçlu olunmayan bir şahsın borcu ile sorumlu olunamayacağını söylemeğe kadar gidiyor. Çünkü bu sebepsiz bir mükellefiyet olacaktır.²⁶ Bununla beraber onlara göre, havalenin konusu muhilin daima mesul olduğu ve yeni borçlunun alacaklıya karşı sorumlu olacağı borçtur. Çünkü yeni borçlunun eski borçluya (muhil) karşı sorumlu olduğu borç, taahhüdünün hukukî sebebinin teşkil eder.²⁷

2) RIZA

Mısır Bk. da ve Mecellede havale alacaklının, eski ve yeni borçlunun rızasını gerekli kılan prensip olarak üç şahıslı bir akit olarak görünür (Mısır Bk. Md. 882; Mecelle Md. 680).

Alacaklı, muhil ile muhalünaleyh arasında aktedilen anlaşma sırasında hazır bulunmamışsa, bu iki şahıs arasında bir ifa va'di olarak muteber olan bu anlaşma alacaklıya karşı hiç bir netice doğurmaz. Alacaklının rızasının, muhil ve muhalünaleyhin rızasına inzımam ettiği tarihte, mâkable şâmil olmaksızın havale tamam olur. (Mecelle Md. 683). Muhalünaleyh, muhil ve alacaklısı arasında yapılmış olan anlaşma anında hazır değilse, ancak bir havale va'di bahis konusu olur. Havale bu müşterek icabı kabul eden muhalünaleyhin alacaklıya karşı taahhüt altına girmeğe razı olması anında tamam olur. (Mısır Bk. Md. 882; Mecelle 682). Bununla beraber Mısır Bk., bu rızanın gereksiz olduğu bir hali öngörüyor (Md. 882). Şöyle ki, bir hükümle kocasından nafaka istemek hakkına sahip olan evli kadının, bakımı için gerekli şeyleri kendisinden satın aldığı alacaklı, kocaya müracaat edebilecektir. Bu halde, koca önceden rızasını beyan etmediği halde, alacaklı ona karşı dava açabilir. Mecellede bu istisna mevcut değildir; fakat Mecelle'nin en yetkili şarihi tarafından kabul edilmiş²⁸ ve eski müellifler tarafından savunulmuştur.²⁹ Bununla beraber, alacaklı, kendisine borcu ödemeği

²⁶ EBN DESOUKI sur EDDARDIR, t. III. P. 296.

²⁷ AL BEGERMI, loc. cit.

²⁸ Bununla beraber fikir, muamelede tamamıyla eş bir borçtan kurtulmaya karşılık bir alacağın satışı mahiyetini gören Mâlikilerde çok müphemdir.

²⁹ Bu çözüm tarzı İsv. Bk. nun çözüm tarzına yaklaşıyor. Bk. Md. 175-176.

taahhüd eden bir üçüncü şahısla bu konuda bir anlaşma yapmışsa, eski borçlu ile anlaşmaksızın üçüncü şahsın, alacaklıya borcu ödemeği taahhüt ettiği, «expromission»u andıran, bu anlaşma borçlunun iştiraki olmaksızın yapılmış olmasına rağmen, havale olarak muteberdir (Mısır Bk. Md. 887; Mecelle 681). Fakat asıl borçlunun rızasının inzimam etmemesi, yeni borçlunun (muhalünaleyhin) borcu ödedikten sonra ona rücu edememesi ve ancak bu ödemeyi ona karşı borçlu olabileceği meblağlar üzerinden mahsup edebilmesi neticesini doğurur. (Mısır Bk. Md. 887). Mecelle bu nokta üzerinde susuyor. Fakat Mecelle şarihi EL Libani, bu halde rücuun mevcut olmamasını savunuyor ve yeni borçlunun, (muhalünaleyh) muhile borçlu olduğu şey üzerinden mahsubu bile kabul etmiyor.³⁰ Mısır Bk. na göre, muhalünaleyhin alacaklıya yaptığı ödeme, muhilin akde iştiraki mevcut olmadığından, sahip olduğu mahsup hakkı sebebiyle, dava yoluyla değil fakat def'i yoluyla dermeyanı kabil tabii bir borç doğurur. İlk bakışta bu çok tuhaf görünür; çünkü başkasının borcunu ödeyen kimse, vekaletsiz iş görmeye dayanan bir müracaat hakkına sahip olmalıydı. Fakat Mısır Bk.nun 205. maddesi kesin olarak şu kaideyi koyuyor : «Yetkili olmaksızın başkasının borcunu ödeyen kimse bir teberruda bulunmuş kabul edilir. Ne adına ödemede bulunduğu borçludan ne de kendisine tediye yaptığı alacaklıdan ödediği meblağı talep edebilecektir».³¹

Hanefi hukukunun çözüm tarzları bunlardır; Fakat bunlar uzun münakaşaların neticesidir ve bu fikir düzeni içinde her şeyin münakaşa edildiği söylenebilir.

Üçüncü şahıs tarafından borcun taahhüdü eski borçlu için sadece bir kazandırıcı muamele olduğundan, eski borçlunun rızasının gerekli olmadığı savunulmuştur.³² Fakat başka müelliflere göre, eski borçlunun (muhil) rızası lazımludur; çünkü, diyor bu müellifler, bir üçüncü şahsın kendileri için taahhüt altına girmesini soydan kişiler hoş karşılamıyabilirler.³³ Nihayet bu iki fikri uzlaştırmaya çalışan üçüncü bir fikre göre, eski borçlunun rızası, ancak üçüncü şahsın rücu etmesi yahut yaptığı ödemeyi eski borçluya borçlu olduğu şey üzerinden mahsup etmek istemesi halinde lazımludur».³⁴ Mısır Bk.nun 887. maddesi tarafından kabul edil-

³⁰ SELIM ROUSTOUM, P. 373.

³¹ EBN ABDİN, Rad el mohtar, t. IV, P. sh. 322.

³² EBN ABDİN, t. IV, P. 322.

³³ EL LIBNANI, Md. 691. P. 278.

³⁴ EL LIBNANI, op. cit.

miş olan hal tarzı, bir yumuşama ile, bu sonuncu fikirden geliyor. Alacaklının rızası, Hanefi müellifler tarafından, genel olarak lüzumlu gibi kabul ediliyor. Al Marghinani bunun sebebi olarak Peygamber'in hadisinin, alacaklıya ödeme kabiliyeti olan yeni borçluyu kabul etmeyi emrettiğini; fakat ödeme kabiliyeti olan borçlunun bile sırasında taahhütlerini yerine getirmekte fazla dürist olmaması sebebiyle, alacaklının borçlusunu değiştirmemeği istiyebileceğini gösteriyor :

Ebu Hanife, talebesi Muhammed ve bir kaç sonraki müellifler tarafından kaçınılmaz olarak telâkki edilen alacaklının akdin yapılması sırasındaki gerçek huzurunun gereği üzerinde uzun münakaşalar oldu; halbuki Ebu Hanife'nin diğer talebesi Ebu Yusuf, alacaklının tasdiki sadece akdi mecburî kılmak, ona müeyyide temin etmek için gerekli olduğundan, akdin alacaklı hazır olmadan da muteber olacağı fikrindedir. Bu fikir başka müelliflerce de kabul edildi.³⁶ Mecelle'nin 683. maddesi, alacaklının rızası olmadıkça havalenin muteber olmayacağını açıkça ifade ediyor. Mecelle şarihi, vekaletsiz iş görenin tasdik kaydı altında, iş görmeyi kabul edebildiği fikrindedir;³⁷ ve bu belki Ebu Yusuf'un düşüncesi idi.

Muhalünaleyhe gelince; rızasını havalenin muteberiyet şartı olarak istemekte mutabık olunmasına rağmen, tahsis suretiyle havale için bir itirazda bulunuldu; çünkü bu halde yeni borçlu (muhalünaleyh) alacaklıya ancak eski borçluya (muhile) borçlu olduğu şey'i ödemeği taahhüd ediyor; fakat o zaman bile borçlunun rızasının gerekli olduğu ileri sürülüyor; çünkü daha titiz bir alacaklıya borçlu olmak onun için farksız olmayabilir.³⁹ Bundan başka, akdin yapılması sırasında hazır olması meselesi alacaklının huzuru konusunda çıkmış olan ihtilafa sebep oldu.⁴⁰ Muhalünaleyh ve hatta hiç bir vekâletsiz iş gören hazır olmaksızın akdin tamam olacağı da savunulmuştur. Mısır Bk.nun 882. maddesi, yeni borçlunun (muhalünaleyh) in huzurunun gerekli olmadığını söylüyor; fakat o kabul etmedikçe borcun devredilemeyeceğini ilâve ediyor ve Mecellenin 682. maddesi, havalenin ancak yeni borçlunun ka-

³⁵ EBN ABDİN tarafından zikredilen AL ZEYADAT, Rad el Mohtar; t. IV. P. 322.

³⁶ AHMED EL CHALABI sur AL ZAILAI, t. IV. P. 171. EBN ABDİN, Rad el mohtar, t. IV. P. 322.

³⁷ SELIM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, P. E73.

³⁸ EL KASSANI, t. IV. P. 16.; AL MARGHINANI, t. VI. P. 373.

³⁹ EBN EL HOUMAM, t. VI. P. 347. EBN ABDİN, op. cit.

⁴⁰ Bk. Yukarda 35 ve 36 numaralı dip notlarda zikredilen müellifler.

bulünden itibaren geçerli olacağını kesin olarak hükme bağlıyor. Şu halde yeni borçlunun kabulü, akdin tamam olmasının esaslı bir unsurudur. Şüphesiz hatalı olarak, Mecelle şarihi, havalenin, sonradan tasdik kaydıyla, muhalünaleyhin yokluğunda tamam olacağı görüşünü savunuyor.⁴¹

Özet olarak, Hanefi mezhebine göre borcun nakli, prensip olarak muteberiyeti için üç kişinin rızasını ister. Bununla beraber havale, eski borçlu (muhi) nun rızası olmaksızın vukubulabilir; fakat o zaman yeni borçlu ona karşı rücu edemeyecektir.

Diğer mezhepler üzerine bir göz atacak olursak çok farklı çözümler bulacağız. Şafiler, alacaklının ve muhiilin rızasının gerekli olduğu hususunda mutabıktırlar. Ancak yeni borçlunun (muhalünaleyhin) rızasının gereksiz olduğunu ileri sürüyorlar. Gerçekten bunlara göre, yukarda izah edildiği gibi,⁴² yeni borçlu ancak muhiilin bir borçlusu olabilir; binnetice şu veya bu şahsa ödeme yeni borçlu için mühim değildir.⁴³

Mâlikilerde de aynı mantık ve çözüm tarzı; bununla beraber, muhi tarafından tayin edilmiş bulunan üçüncü şahıs (muhalünaleyh) ile alacaklı arasında bir düşmanlık varsa, muhalünaleyhin rızası sorulmalıdır; çünkü yeni borçlu ile arası iyi olmıyan alacaklı takibatında aşırı gidebilir.⁴⁴ Bizzat Mâlik'in fikrine göre, düşmanlık sebebi varsa, havalenin muteberiyeti için yeni borçlunun rızası gereklidir; ve sonradan bir düşmanlık sebebi doğarsa, alacaklı yeni borçludan alacağının tahsil için bir üçüncü şahsa yetki verebilecektir.⁴⁵ Mâlikler, bir ihtilâf ayrık, yeni borçlunun, akdin yapılması anında hazır olmasını, rızası değilse bile, gerekli kabul ederler. Çünkü havaleye rıza göstermekle, artık alacaklıya karşı, Mâliklerce havalenin esaslı bir unsuru olan bu borcun mevcut olmadığını ileri süremeyecektir.⁴⁶

Şafiler ve Mâlikler gibi Hanbeliler, yeni borçlunun (muhalünaleyhin) rızasının gerekli olmadığını beyan ediyorlar; çünkü alacağı bizzat tahsil etmek veya bir başkası vasıtasıyla tahsil ettirmek, muhalünaleyhin alacaklısı olarak kabul edilen eski borçlu

⁴¹ SELİM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, op. cit.

⁴² Bk. Yukarda Dip not 20-23.

⁴³ AL BEGERMI sur ZAHARIAH EL ANSARI, t. III. P. 21.

⁴⁴ MOHAMMED ELECH sur AL KHALIL, t. III. P. 240; EBN ACEM, paragraphe 796.

⁴⁵ ED DESOUKI sur ED DARDIR, t. III. P. 295.

⁴⁶ ED DESOUKI, op. cit.

(muhil) ya aittir. Fakat alacaklının rızasının da zarurî olmadığını kabul ediyorlar; ki bu onların doktrininin bir özelliğidir. Gerçekten, diyor Hanbeliler, yeni borçlunun ödeme kabiliyeti olmaması halinde doğan istisna hariç, Peygamber'in hadisi, alacağını tahsil için, eski borçlu tarafından tayin edildiği cihetle, yeni borçlu ya müracaatını alacaklıya emreder. Kendisine zarar vermeyecek olan bir anlaşmaya muhalefet etmekle, alacaklı haksızlık etmiş olacaktır; ve bu, tarafından hakkın kötü kullanılması sayılacak ve hâkim ihtiyaç halinde, alacaklıyı bu anlaşmaya zorlayabilecektir.⁴⁷ Şu halde bu doktrine göre havale, akdi bir temele sahip olmak yerine bu iradenin tek taraflı beyanından doğabilir. İslâm havale teorisinin ne kadar farklı ve değişken olduğu görülüyor.

3) EHLİYET :

Havaleye rıza gösterecek şahısların ehliyeti ne olmalıdır?. Mısır Bk. ve Mecelle, bu bakımdan yeni borçlu ve diğer taraflar arasında bir ayırım yapıyorlar; Yeni borçlu mümeyyiz ve reşit olmalıdır. Bu naklin muteberiyet şartıdır. Yeni borçlu (muhalünaleyh) sadece bir deli yahut küçük bir çocuk olduğu zaman değil, fakat yaptığını henüz tamamiyle anlamasına rağmen rüştüne ulaşmamış olduğu zaman da havale bâtıldır ve hiç bir hukukî netice doğurmaz. Küçük, ticaret yapmağa yetkili kılındığı zaman bile durum böyledir (Mısır Bk. Md. 880. Mecelle Md. 684). An'anevi olarak kabul edilmiş olan bu çözüm tarzı, yeni borçlunun, hiç bir şey borçlu olmadığı bir şahsın borcunu üzerine aldığı zaman çok iyi izah olunur. Çünkü ödediğini eski borçludan tahsil edeceğinden emin olmadığından, böylece bir tehlikeye maruz kalıyor. Bir küçük, borcunun ödenmesi yerine geçmek üzere alacaklısının borcunu ödemeği taahhüt ettiği zaman, yani tahsis suretiyle havale halinde bu nazariye daha az haklı görünür; çünkü o, bu halde ancak daha önce borçlu olduğu şeyi ödemeyi va'dettirmektedir. Bununla beraber metin bir ayırım yapmıyor ve bu halde bile, küçüğün rızasının hükümsüz olduğunu; çünkü belki daha titiz bir alacaklıya karşı taahhüt altına girerek durumunu kötüleştirmek tehlikesine maruz kalacağını kabulde müellifler ittifak etmektedirler. Yeni borçlunun, eski borçlunun borcunu üzerine alırken taahhüdünün hukukî sebebinin yahut özelliklerini değiştirdiği ve belki de ağırlaştırdığı ilâve edilebilir; bu görüş tarzı müelliflerin gözünden

⁴⁷ MANSOUR EBN IDRIS, Kaehafal Kenaâ, t. III. P. 187. 21-22 satırlar

kaçmış görünüyor. Eski borçluya karşı ödünç alan gibi mes'ul yeni alacaklı, bir satış bedelini ödemeği taahhüd ederse, bundan böyle alıcı gibi mesul olacaktır. Şimdiye kadar vadeli olarak taahhüt altına girmiş olan yeni borçlu belki de vadesiz yahut daha kısa vade ile taahhüd altına girmiş olacak. Netice olarak, durumu hukuken olduğu kadar fiilen de ağırlaşmış olabilecek.⁴⁶

Alacaklı ve eski borçluya gelince; onların akit yapıldığı anda mümeyyiz olmaları lâzım ve yeterlidir. Reşit olmaları zarurî değildir (Mısır Bk. Md. 880; Mecelle Md. 684). Filhakika, borcun ödemesini başkasına yükleyen eski borçlu durumunu kötüleştirmiyor ve alacaklı da yeni bir borçluyu kabul etmekle, prensip olarak durumunu ağırlaştırmıyor; çünkü kanun ona, bazı hallerde eski borçluya müracaat etmek imkânını saklı tutuyor; ve her halükârda, alacağını hukukî sebebi ve özellikleri, borçlu değişmesine rağmen aynı kalmaktadır. Şu halde, mümeyyiz olan bir küçük, borçlu olarak borcunu bir başkasına devredebilir; alacaklı olarak borçlu değişmesine razı olabilir.

Bununla beraber, bazı müelliflerce eskiden kabul edilmiş olan bu çözüm tarzı,⁴⁹ başka müellifler tarafından tenkit edildi. Eski borçlu olan küçük, borcundan onu bir başka şahsa nalketmek suretiyle kurtulurken, bunu belki ancak ivazlı olarak yapmış olabilir ve örneğin, yeni alacaklıya onun kendisine karşı olan alacağından daha fazla olan bir alacağı devredebilir. Ve havaleyi kabul eden küçük alacaklı, hiç olmazsa şimdilik, eski borçluyu takip etmek hakkından mahrum olur. Aynı şekilde bir müellif, küçük ticaret yapmağa yetkili ise ancak o zaman muteber olarak rızasını beyan edebileceğini savunuyor.⁵⁰ Bazı müellifler, küçüğün iradesi hukukî münasebetler yaratmağa yetiyorsa, bu hukukî münasebetlerin, ancak havalenin veli yahut vasi tarafından tasdik edildiği tarihten itibaren müeyyide kazanacağını ileri sürüyorlar.⁵¹ Bu son sistem galip geldi. Bunun içindir ki Mısır Bk.nun 880. maddesi, «mümeyyiz küçük bir alacaklı yahut bir eski borçlu tarafından yapılmış olan bir havalenin muteberiyetini kaide olarak koyduktan sonra, bu muamelenin neticelerini doğurabilmesi için yani ifa edilebilme-

⁴⁶ EL KASSANI, t. VI. P. 16; EBN NOGAIM, t. VI. P. 246. AL MARGHINANI ve EBN EL HOUMAM, Fath el Kadir, t. VI. P. 346 EBN ABDIN, op. cit.

⁴⁹ BOURHAM ED DINE, EBN ABDIN'ın Bahr el Raek şerhinde 246. sahifesinde zikrediyor.

⁵⁰ ESTROUCHNI, EBN ABDIN tarafından zikrediliyor. Op. cit.

⁵¹ EL KASSANI, t. VI. P. 16.; EBN NOGAIM, t. VI. P. 246; EBN ABDIN, Rad el Mohtar, t. IV. P. 322.

si için alacaklı ve eski borçlunun reşit olması gerektiğini hükme bağlıyor (Md. 881); ve madde şöyle devam ediyor :» mümeyyiz küçük tarafından yapılmış olan havale muteberdir; fakat ancak vasi veya velisinin tasdiki üzerine havale kabili ifadır. Bir küçüğün alacağının bir üçüncü şahsa devredilmesi halinde, vasinin tasdikinden başka, üçüncü şahıs muhalünaleyhin muhilden daha zengin olması gerekir.⁵² Aynı hal tarzı, Mecellenin 685. maddesi tarafından kabul edilmiştir.

Kanun, küçük olan alacaklının baba ve vasisine, muhalünaleyh muhilden zengin değilse, havaleyi tasdik etmemeyi emrediyor 889. madde şöyle diyerek bu nokta üzerinde ısrar ediyor : «Baba ve vasi, küçüğe borçlu olunan şeyin ödenmesi için yapılan havaleyi, her ne zaman bu havale küçüğün lehine ise o zaman kabul edebilirler. Öyleyse muhalünaleyh borçlu muhilden daha zengin olmalıdır; zenginlikleri eşitse, havale muteber olmayacaktır. «Bu, vasinin küçüğün mamelekinde eksilmeyi mucip olacak muameleleri ne yapabileceği ve ne de tasdik edebileceği genel prensibinin bir neticesidir.

Hanefi hukuku havale konusunda özel kaideler koyarken, diğer mezheplere mensup müellifler, hiç olmazsa müracaat edebildiğimiz müellifler, bu nokta üzerinde tamamen susuyorlar ve bundan dolayı ehliyet hakkındaki umumi hükümlere başvuruyorlar. Binnetice, bu mezheplere göre, rızalarını beyan etmek durumunda olan alacaklı ve eski borçlu ve hattâ Hânbelilere göre sadece borçlu, genel prensibe göre temyiz kudretini haiz olmalıdır. Tarafların reşit olması yahut mezun kılınmış olup olmamaları meselesine gelince; bunun havalenin şartlarına bağlı olduğunu zannediyoruz.

II — HAVALENİN NETİCELERİ :

Havale anlaşmasıyla yeni borçlu (muhalünaleyh), eski borçluya, ona ait olan borcu ödemeği taahhüt eder; ve eski borçlu (muhil) bu ödemeyi yeni borçluya kredi olarak kabul eder. Diğer taraftan, bu anlaşma eski borçluyu borcundan kurtarmak gayesine sahiptir; ve bu borçtan kurtulmanın hangi şartlar içinde olduğunu belirtmek gerekir.

⁵² Mütercim tarafından Arabça hevale terimini tercüme etmek için kullanılmış olan «délégation» terimini ihtirazi kayıtla alıyoruz.

Nihayet havale ile, borcu üzerine alan üçüncü şahıs, asıl alacaklıya karşı taahhüt altına girmektedir. Bu şekilde deruhte edilen borcun mahiyetini belirtmek gerekir.

Bu şekilde, İslâm hukukunda özellikle Hanefi mezhebine göre havalenin neticelerini üç farklı açıdan tetkik edeceğiz :

- 1) Muhil ve muhalünaleyh arasındaki münasebetler.
- 2) Alacaklının muhil ile münasebetleri.
- 3) Alacaklının yeni borçlu ile olan münasebetleri.

- 1) Muhil ile Muhalünaleyh arasındaki münasebetler :

Hanefi mezhebinde, adi havale ile tahsis suretiyle havale arasında bir ayırım yapmak uygundur.

A) Adi havale halinde : (Havale-i mutlaka) : Muhalünaleyh tarafından muhile borcunu ödemek hususunda yaptığı va'd, aralarında başka sebeplerle mevcut olabilen hukukî ilişkilerden tamamiyle bağımsızdır. Şu halde borcu devralan kimse, bu va'di ileri sürerek eski borçluya borçlu olduğu şeyi ona ödemeği yahut sebsiz olarak elinde tuttuğu bir malı iade etmeği reddedemez (Mısır bk. Md. 892). Eski borçlunun bir malını satın almış olan muhalünaleyhin ona satış bedelini borçlu olduğunu ve diğer taraftan satıcısının yaptığı bir ödünçün ödenmesini üzerine aldığını farzedelim. Satış bedeli borcu açıkca ödünç alınan meblağın ödenmesine tahsis edilmediğinden satıcı, satış bedelinin ödenmesi için alıcıyı dâva etmek hakkını muhafaza eder.

Fakat havaleyi ifa takip ederse, yani örneğimizde alıcı, satıcının ödünç verenine ödemedede bulunursa; o zaman bu ödeme, yeni borçlunun, —örneğimizde alıcının— eski borçluya, örneğimizde satıcıya, borçlu olduğu şeyden tenzil edilir (Mısır Bk. Md. 892; Mecelle Md. 691).

Nihayet havale, muhalünaleyh muhile hiç bir şey borçlu olmadığı halde yapılmışsa, alacaklıya ödemedede bulunan yeni borçlu, borcunu ödediği muhile müracaat edebilecektir; aksine, mecbur olmadığı halde kendiliğinden bir üçüncü şahsın borcu ödemesi halinde, bu şahsın bir teberruda bulunduğu kabul edilecek ve asıl borçluya rücu edemeyecektir (Mısır Bk. Md. 892). Bütün bu noktalar kesindir ve her hangi bir münakaşaya yer verdiklerini de bil-

⁵³ EBN ABDİN, Rad el Mohtar, t. IV. P. 326. ABD EL HAKİM EL AFGANI, t. II. P. 61.

miyoruz. Fakat yeni borçluya eski borçluya rücu hakkı tanındığı zaman, bu hakkın mahiyeti ve konusu nedir? Az önce zikrettiğimiz metinler bunu söylemiyor. Fakat meskut buldukları noktalarda gerek diğer metinlerle ve gerekse Hanefi hukukçularının eserleriyle tamamlanabilirler.

Rücu hakkının mahiyetine gelince; Mısır Bk. nun 198. maddesi, ödemelerden bahseden bölümünde, bir şahsın borcunu onun emri üzerine ödeyen kimsenin; ödediği meblağ için o şahsa müracaat edebileceğini hükme bağlıyor ve «borcu ödeyen kimsenin tamin edilmiş olan alacaklı ile aynı hakka sahip olduğunu» ilâve ediyor; Öyleyse burada kanunî halefiyet vardır. Borcu ödeyen yeni borçlu, alacaklının sahip olduğu dâva ile, ki bu davada haleftir, müracaat hakkını kullanır. Bir müellif ödeme halini, yeni borçlunun alacağı miras yahut hibe suretiyle iktisap ettiği hallere benzetir. Bu müellife göre, alacağın mülkiyeti her halükârda borcu ödeyen yeni borçluya geçmiş olduğundan; bu, eski borçluya rücu edebilecektir.⁵⁴

Rücu hakkının konusuna gelince, Mecellenin 698. maddesi, bunun zarurî olarak yeni borçlunun ödediği şey olmayıp fakat ödemeği taahhüt ettiği şey olacağını belirtiyor. Örneğin, bir meblağ ödemeğe mecbur olmasına rağmen, alacaklıya onun ödeme yerine kabul etmek istediği malları teslim ederse, müracaat hakkının konusu belli bir meblağ olup yoksa mallar değildir. Bu hal tarzı, zikredilmemiş olmasına rağmen Mısır Bk. da da kabul edilmiş olmalı. Çünkü bu, önce yeni borçlunun alacaklının haklarına halef olmasının mantikî neticesidir ve aynı zamanda müelliflerin fikirlerine de uygundur.⁵⁵ Bununla beraber, aynı müellifler, ödenen şeyle taahhüt edilmiş şey arasında miktar farkı varsa, yeni borçlunun ancak ödediği miktara kadar rücu edebileceğini savunuyorlar; ve halefiyet fikrinin bu neticesi, alacaklı borcun bir kısmından vazgeçmişse yeni borçlunun rücu hakkının o ölçüde azalacağını belirten Mısır Bk. nun 911. maddesine girdi.

B) Tahsis suretiyle havale (Havale-i mukayyede) halinde : Yeni borçlu (muhalünaleyh) borcu, sadece eski borçluya ait olupda yedinde bulundurduğu mallardan gelen para ile ödemeği va'd ediyor. Şu halde, borcu üzerine almak va'di bu şartlarla tahdit edil-

⁵⁴ EL ZAILAI, t. IV, P. 175.

⁵⁵ EBN NGAİM, Bahr el raek; t. VI. P. 251; EBN ABDİN, op cit. ABDEL HAKİM EL AFGAHANI, op. cit.

miştir. Bu va'd, muhil ve muhalünaleyh arasında önceden mevcut olan hukukî münasebete bağlıdır. Bundan aşağıdaki neticeler çıkar :

a) Muhil artık, muhalünaleyhin kendisine borçlu olduğu şeyin, nakledilen borcun miktarına kadar,⁵⁶ ödenmesini yahut elinde bulundurduğu malların iadesini talep edemez; çünkü bu, muhalünaleyhi va'dini tutmak imkânsızlığı içine düşürmek demek olacaktır.⁵⁷ Yeni borçlu buna razı olmak hakkına da sahip değildir. Tahsis edilmiş borcu muhile öderse, sonradan muhile müracaat hakkı hariç, alacaklıya karşı borcu ödemeğe daha az mecbur olmayacaktır (Mısır Bk. Md. 893; Mecelle Md. 692).

b) Havale-i mukayyede, yeni borçlunun (muhalünaleyh) satmakla yükümlü olduğu ve muhile ait bir mal hakkında yapılmışsa, alacaklı tarafından borcun ödenmesi için hemen dava edilemeyen muhalünaleyh, gerek muhil gerekse alacaklı (muhalünleh) tarafından, borcun ödenmesini temin zımında, bu malı satmaya zorlanabilir (Mısır Bk. 895; Mecelle 696).

c) Muhalünaleyhin hatası olmaksızın bu malın yahut alacaklıya aynen teslimi şart koşulan tevdi edilmiş malın telef olduğunu farzedelim. Eşyanın telef olmasıyla, muhalünaleyh borcundan kurtulmuş olur. Fakat aksine malın telef olması kendi kusurundan doğmuşsa, eşyanın değerini, eski malik durumunda bulunan muhile ödemek zorundadır; ve binnetice eski borçlu (muhil) hesabına alacaklıya (muhalünleh) ödemede bulunmak va'dinden berî olamaz. (Mısır Bk. Md. 903-4; Mecelle Md. 694-95). Bu ayırım klasiktir ve müelliflerin çoğunda vardır.⁵⁸

d) Hangi sebeple olursa olsun, hattâ bir gasb suretiyle bile olsa, muhalünaleyhin elinde bulunan havale-i mukayyede konusu olan mal, bir üçüncü şahıs tarafından haklı olarak istirdat edilmişse, muhilin mâliki olmadığı ve iadesini isteyemediği malın tahsisi suretiyle yapılmış olan havale-i mukayyede temelden mahrum olur; bâtıldır ve muhalünaleyh va'dini ifaya mecbur değildir (Mısır Bk. Md. 903-904; Mecelle Md. 694).

e) Havale-i mukayyede muhalünaleyhin eski borçluya (muhil) olan bir borcuna taallük ettiği zaman, bu borç bâtil yahut ha-

⁵⁶ EBN ABDİN, Rad el Mohtar, t. t. IV. P. 325.

⁵⁷ EBN ABDİN, op. cit. EL ZAILAI, t. IV. P. 174.

⁵⁸ EBN NOGAIM, Bahr el Raek, t. VI. P. 252. EBN EL HOUMAM, Fath el Kadir, t. VI. P. 353. EL ZAILAI op. cit. EBN ABDİN, P. 326-327. ABDEL HAKIM, t. II. P. 60.

vale anlaşması sırasında sona ermişse, netice olarak bu havale bătıldır ve muhalünaleyh va'dini tutmağa mecbur değildir; örneğin bir alıcı satış bedeli üzerinden satıcının bir alacaklısına ödemede bulunmağı va'detti; satılan şey bir üçüncü şahıs tarafından haklı bir sebeble zabtedilmişse, satış bătıldır ve alıcı satış bedelini artık borçlu değildir; ve satış bedeli havalenin konusu olduğundan ve muhalünaleyhin borcu üzerine almasının sebebi olduğundan, satıcısının alacaklısına ödeme va'di de aynı şekilde bătıldır (Mısır Bk. Md. 900; Mecelle Md. 693).

Aksine havale, tahsis edilmiş olan borcun sona ermesiyle hükümsüz olmaz; anlaşma sırasında muteber olarak tesis edilmiş olan durumun, muhil ve muhalünaleyh arasındaki münasebetlerde sonradan zuhur eden değışmelerle, alacaklının zararına değışemeyeceğı bunun sebebi olarak gösterilmektedir.⁵⁹ Havale-i mukayyede konusu olan borcun tarafların iradesi dışında olan bir sebeble sona ermesi halinde bile aynı hal tarzı kabul edilmektedir. İbn Abidin şu hali düşünüyor : Bir alıcı satış fiyatı üzerinden, satıcısının alacaklısına ödemede bulunmağı taahhüt etsin; ve mebi'i, teslimden önce satıcı nezdinde hasara uğrasın. İslâm hukukunda hasar, Mısır Bk.nun 460 ve Mecellenin 293. maddesinde yer alan klasik kaideye göre, satıcıya aittir ve netice olarak alıcı semeni borçlu değildir. Bununla beraber, sonradan satıcıya müracaat hakkı saklı kalmak üzere, hasar yüzünden alıcının, satıcının alacaklısına ödemede bulunmaktan berî olamayacağı müelliflerce ifade edilmektedir.⁶⁰ Bu çözüm tarzı, Mısır Bk.nun 901 ve Mecellenin 693. maddelerine geçmiştir. Bunun yukarda üç numara altında yukarda izkredilen ve havale-i mukayyede konusu olupda muhalünaleyhin elinde bulunan malın hasara uğraması halinde muhalünaleyhi borcundan kurtulmuş sayan aksi çözüm tarzıyla uyuşmadığını kabul etmek gerekir. Havale-i mukayyede maddî bir objeye yahut bir borca taallük ediyorsa, her iki halde de çözüm tarzı aynı olmalıydı; ve tahsis edilmiş olan malın telef olması halinde, kusuru yoksa, yeni borçlu (muhalünaleyh) daima borcundan kurtulmalıdır.

f) Nihayet, havale-i mukayyede konusu olan borcun, muhalünaleyhin, alacaklısının alacaklısını tatmin etmesinden sonra sona erdiğini farzedelim. Örneğin, alıcının, satıcısının alacaklısına satış bedelini ödediğı anda, mebi'in bir üçüncü şahıs tarafından başa-

⁵⁹ EBN ABDİN, Rad el Mohtar, t. IV. P. 327-328 SELİM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, P. 379-380.

⁶⁰ EBN ABDAN, t. IV. P. 327. son satırlar.

riyle istirdat edildiğini farzedelim; satış bedelini sebepsiz olarak ödeyen alıcı şüphesiz satıcıdan bu bedeli talebedebilir. Fakat satıcının alacaklısından da böyle bir talepde bulunabilir mi? Mesele satıcının ödemededen aczi halinde büyük bir pratik değer kazanır. Mecelle bu konuda susuyor ve Mısır Bk. nu meseleyi müsbet yönden hallederek şöyle diyor : «Satış bedeli bir havaleye tahsis edilmiş bulunan mebi'in bir üçüncü şahıs tarafından haklı olarak istirdat edildiği her halde, alacaklıya satış bedelini ödemiş olan muhalünaleyh, ödediği bedeli geri almak için alacaklıya yahut muhile müracaat hakkına sahip olacaktır». Bu hal tarzı mantıkî görünüyor; çünkü tahsis edilen borcun butlanı, havalenin de butlanını mucip olur ve yeni borçlu, alacaklıya borçlu olmadığı bir şeyi ödemiş durumuna düşer; hak sahibi üçüncü şahsın istirdadı daha önce vukubulmuş olsaydı, alacaklıya hiç bir şey ödemiş olacaktı. Talep sonradan vukubulduğundan, muhalünaleyh sebepsiz olarak ödediği şeyi alacaklıdan talep edebilecektir.

Fakat 905. maddeyi, şöyle kaleme alınmış olan 902. madde ile nasıl bağdaştırmak gerekir? «Satıcı, satış bedelini alıcıdan tahsil etmek için bir üçüncü şahsı tevkil ettiği zaman alıcı, satış bedelini bu kimseye öder ve sonra mebi'i bir üçüncü şahıs tarafından istirdat edilirse, satıcının ödemededen aczi halinde bile, ödemedede bulunduğu kimseye müracaat edemeyecek ve ancak satıcıya rücu edebilecektir.»? İlk bakışta bu iki metin arasında bir bağdaşmazlık var gibi görünür. Bunun izahını Hanefi müelliflerde bulamadık. 905. maddenin menşei İbn Abidin de bulunuyor.⁶¹ Fakat 902. maddeyi izah edecek benzer bir hal tarzı bulamadık. Şöyle bir izah teklif edilebilir : Terminolojisi oldukça bozuk görünen 902. maddede, 905. maddede yer alan satış bedelinin tahsisi suretiyle yapılmış bir havale-i mukayyede bahis konusu değildir. Muamele tamamıyla farklıdır. Satıcı mutlaka alacaklısı olmayan bir şahsı, bedeli alıcıdan tahsil için yetkilendirmektedir. Bu şartlar içinde vekile haksız olarak ödenmiş olan satış bedelinin ancak tevkil edenden istenebileceği anlaşılıyor; çünkü vekil, temsilci sıfatıyla müvekkili adına satış bedelini alıcıdan tahsil etmiştir.

Muhil ve muhalünaleyh arasındaki münasebetler konusunda Hanefi mezhebinin çözüm tarzları bunlardır. Diğer üç mezhebin çözüm tarzlarında ortaya çıkarılması gereken önemli farklar nelerdir? Hatırlanacağı gibi, havale-i mutlaka'yı kabul etmiyorlar ve muhalünaleyhin muhile karşı bir borcunun olmasını havalenin esashi

⁶¹ EBN ABDİN, Rad el Mohter, t. IV, P. 328.

şartlarından biri olarak istiyorlar. Mâliki müellifler, kendisine hiç bir şey borçlu olunmayan şahsa ödeme va'dinde bulunulması ve gerçekten borcun ödenmiş olması halini inceliyerek, bu halde bu şahsa karşı bir müracaat hakkının mevcut olup olmadığını soruyorlar. El Kherchi menfi fikri savunuyor ve o zaman, diyor El Kherchi, bir teberruda bulunulmak istendiği arz olunur. Fakat El Zarkani, borcun borçlunun daveti üzerine değil, üçüncü şahıs tarafından kendiliğinden ödenmiş olması hali için doğru olan bu çözüm tarzının, aksi halde kabule şayan olmadığı; gerçekten borçlu tarafından tayin edilmiş olan ve ona hiç bir şey borçlu olmadığı halde, borcunu ödemeği taahhüt eden kimsenin bir kefilin durumunda olduğu ve şüphesiz va'dinin borçluyu alacaklıya karşı borcundan kurtarmayıp, ödemenin onu borcundan kurtardığı ve bînetice böylece borçlu için ödemede bulunmuş olan kimsenin, kefilin yaptığı gibi, asıl borçluya rücu edebileceği ve aksi halde borçlunun haksız zenginleşmesinin bahis konusu olacağı fikrindedir. El Adaoui, bunun özel bir mesele olduğunu ve ödemede bulunan kimsenin gerçekten bir hibede bulunup bulunmadığını araştırmak gerektiğini söylüyor; Ed Desouki bu sonuncu fikri kabul eder görünüyor.⁶²

Hanbelilerde ve Şâfilerde benzer bir doktrin raslanır. Mansour İbni İdris'e göre, prensip olarak ve tarafından hibede bulunmak iradesinin isbatı hali hariç, kendisine önceden hiç bir şey borçlu olmadığı borçlunun borcunu ödemeği taahhüt eden üçüncü şahıs (muhalünaleyh), asıl borçluya (muhi) rücu edebilecektir. Fakat bu rücu hakkını kefalet esası üzerine dayandırmak yerine, yeni borçluyu (muhalünaleyh), tediye de bulunması için eski borçlu müvekkil tarafından tevkil edilmiş olan ve ödediği meblağı müvekkilinden istemek hakkına sahip bir vekil gibi telâkki ederek, vekalet fikrine dayıyor.⁶³

Borçlunun borçlusu üzerine bir havale bahis konusu olduğu zaman; bu, Hanefi mezhebinin yeni borçlunun eski borçluya (muhi) mevcut bir borcunun tahsisi suretiyle havale olarak adlandırıldığı şeye tekabül eder. Bu borç iptal edilmiş yahut ortadan kalkmışsa durum ne olacak? Çözüm tarzı, Mâliklerde Hanefilerde olduğundan daha çok münakaşalıdır. Baskın fikre göre, havale hükümsüz olur ve yeni borçlu (muhalünaleyh) borcu ifaya mecbur değil-

⁶² ED DESOUKI sur ED DARDIR, t. III, P. 295.

⁶³ MANSOUR EBN IDRIS, t. II, P. 186. 24-30 satırlar. Şâfiler için. Bk. AL BEGERMI, t. III, P. 19. 20-35 satırlar.

dir; ve alacaklıya eski borçluya (muhi) müracaat etmek kalacak. Fakat aksine, İbn Kasse, kötü niyet yoksa havalenin muteber olarak kalacağını ve muhalünaleyhin alacaklıya (muhalünle), ifaya mecbur olacağını ve sonra eski borçlu (muhi) ya müracaat edeceğini savunuyor.⁶⁴

Bu konuda yukarıda izah edilen Hanefi doktrinine yaklaşan Şâfîler,⁶⁵ butlan yahut sona erme sebebinin havaleden önce yahut sonra olmasına göre ayırım yapıyorlar ve havaleden önce butlan yahut sona erme halinde muhalünaleyhin muhalünlehe ifaya mecbur olmadığını ve aksine ikinci halde, ifaya mecbur olduğunu savunuyorlar. Fakat Hanefi müelliflerden farklı olarak, havale konusu olarak tahsis edilmiş borcun, yeni borçlunun muhalünlehe ifa anında sona ermesi halinde, yeni borçlunun ancak ifada bulunduğu alacaklıya (muhalünle) karşı rücu hakkına sahip olduğunu savunurlar.⁶⁶ Halbuki Mısır Bk. nun 905. maddesi, muteber zannettiği bir borçtan bizzat kurtulmak için eski borçlunun borcunu üzerine alan muhalünaleyhe, muhi durumunda bulunan eski borçluya müracaat hakkı veriyor.

Hanbeliler bu nokta üzerinde Şâfîlerle tamamen aynı çözüm tarzını kabul ediyor.

2) Alacaklı ve muhi arasındaki münasebetler :

Mısır Bk. nun 890. maddesi hükmüne göre havalenin muhalünle ve muhalünaleyh tarafından kabulü, borçlunun varsa kefilinin borcunu sona erdirir ve muhalünlehin borçlu (muhi) dan borcun ifasını isteme hakkını ortadan kaldırır». (Ayrıca Mecelle Md. 690).

Bununla beraber, diğer taraftan 906. madde; «havalenin, ister havale-i mutlaka, ister havale-i mukayyede olsun, borçlu sıfatını muhilde bırakmasına rağmen, muhilin borcunu muhalünaleyhe naklettiğini» hükme bağlıyor.

Görünüşte çelişen bu iki metin aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan 890. maddenin 3. fıkrasında uzlaşmış görünürler : «Bununla beraber borçlunun ve kefilinin borcunun sona ermesi, ancak borcun muhalünaleyh tarafından ödenmesi kesin ise mutlakdır» ya-

⁶⁴ Bu münakaşa ED DESOUKI tarafından da zikrediliyor. t. III. P. 298.

⁶⁵ Bk. yukarıda dip not 58 ve s.

⁶⁶ ZAHARIAH EL ANSARI sur AL MOKRI, t. II. P. 232-233; AL BEGERMI, t. III. P. 21-22 sonuncu satırlar.

hüt daha doğru olarak — çünkü Abde Aziz Khalil Bey tercümesi, Arapça metnin tam anlamını vermiyor — Yeni borçlu tarafından borcun ödenmesi imkânsız olmadığı ölçüde borçtan kurtuluş vardır. Başka bir deyişle, muhil ve kefil prensip olarak borcundan beri olur; fakat muhalünaleyhin ödemede bulunamayacağı kesin olduğu hallerde dava edilebilirler.

Bu karışık çözüm tarzi, uzak menşeiini Peygamber'in Halife Osman tarafından nakledilen bir hadisinde bulur görünüyor : «Bir müslümanın malı kaybolamaz».⁶⁷ Bu hadis, havalenin, alacağı pratikman tesirsiz hale getirerek alacaklıya alacağının menfaatini kaybettirmek neticesini doğuramayacağı neticesini çıkaran bir çok Hanefi müellifler tarafından zikrediliyor.⁶⁸ Fakat bu ancak pratik bir sebeptir; ve hukukçular, özellikle borçlunun borçtan kurtulduğu halde daha nasıl dava edilebileceğini teorik olarak izah etmeye çalıştılar. Ebu Hanife'nin ilk talebelerine kadar giden münakaşa daha çok akademiktir; çünkü müşahhas hal tarzları üzerinde müellifler arasında pek az ihtilâf vardır. Bununla beraber, bu münakaşanın pratik faydadan tamamıyla âri olmadığı görülecektir. Bu aşağıdaki şekilde özetlenebilir :

Ebu Yusuf borcun yeni borçlu (muhalünaleyh) ۛ nakledildiğini savunurken,⁶⁹ arkadaşı Muhammed de, muhilin borçlu olarak kaldığı; fakat alacaklının geçici olarak artık borçluya müracaat edemeyeceği; çünkü davanın muhalünaleyhe geçtiği⁷⁰ ve havalenin, yeni borçlunun ödiyemeyeceğinin açık olduğu hallerde müracaat imkânını mahfuz tutarak, borçluya karşı takipleri tehir etmek neticesini doğurduğu görüşündedir. Nihayet Ebu Hanife'nin bir başka talebesi olan Zoufar'a göre, —ki bunun fikri takipçi bulamadı— ne borcun ne de davanın nakli mevcut olup, havale kefilin asıl borçludan evvel takip edildiği bir nevi kefalettir. Bu münakaşalardan çıkan sonuç şudur : Müşterek kanaate göre ve teorik izahlar nazara alınmaksızın, Hanefilere göre havale, Alman yahut İsviçre hukuklarının kabul ettiği borcun naklinden ve Fransız hukukunda mevcut havaleden farklı olarak, eski borçlunun (muhil) borçtan kesin olarak kurtulması neticesini doğurmaz. Daha ziyade infisah

⁶⁷ MANSOUR EBN IDRIS, t. III. P. 188-199.

⁶⁸ EBN EL HOUMAM, Fath El kadir, t. VI. P. 351. EL ZAILAI, Tabyin El Hakaek, t. IV. P. 172.

⁶⁹ Bu anlamda Bk. EBN EL HOUMAM, t. VI. P. 348. EBN ABDIN, op. cit. ABDEL HAKIM, t. II. P. 60.

⁷⁰ Muhammed tarafından yapılmış olan ayırım, Almanların Schuld ve Haftung (Borç ve sorumluluk) arasında yaptıkları ayırma oldukça uygundur.

şart altında bir borçtan kurtulma neticesini doğurur. Geçici olarak ve yeni bir emre kadar, alacaklı muhili takip edemeyecek ve ona karşı davası neticesiz kalacaktır. Fakat yeni borçlunun borcu ödiyemeyeceğini kişinlikle bildiren bir hadise ortaya çıkarsa, alacaklı, Muhammed'in fikrini kabul etmiş görünen Mısır Bk. nun 906. maddesinin söylediği gibi, borçlu sıfatını asla kaybetmemiş olan eski borçluya karşı hareket etmek hakkını yeniden elde eder. Mısır Bk.nun 891. maddesi, havaleyi, muhilin borçtan mesul olmakta devam etmesi şartı altında kabul edilmiş olan ödemeye havaleden ayırmağa dikkat ediyor; o zaman, diyor madde, alacaklı isteğine göre takip edeceği iki borçluya sahip olacağından, bu bir havale değil kefalettir.⁷¹

690. maddesinde Mısır Bk.nun 890. maddesindeki terimlere benzer ifadelerle, prensip olarak eski borçlunun borçtan berî olmasını kabul eden Mecelle'nin, Mısır Bk.nun 906 ve 890. maddesinin 3. fıkrasına uygun hiç bir hüküm ihtiva etmediğini not etmek gerekir. Mecelle hiç bir yerinde, eski borçlunun borçlu sıfatını muhafaza ettiğini söylemiyor ve hiç bir yerde borçlunun borçtan kurtuluşunun neticelerini genel bir formülle tahdit etmiyor. Bu, Mecelle'nin müşaahas çözüm tarzlarının, Mısır Bk.nun çözüm tarzlarından önemli, şekilde farklı olduğu demek değildir. Fakat bundan Mecelle'nin Ebu Yusufun fikrini kabul ettiği neticesi çıkarılabilir: Halbuki Mısır Bk.nu Muhammed'in fikrinden mülhem olmuştur. Ve bu farklı doktrinal tesirlerdir ki, müelliflerin münakaşanın faydaları olarak bildirdikleri bazı noktalar üzerinde pratik çözüm tarzlarının farklılığını izah edeceğiz. Zaten burada bir küçük fark vardır. Alacaklının yeni borçluya karşı olan hakkı tamiri imkânsız bir şekilde tesirsiz kalmışsa, Ebu Yusuf'un doktrininde bile, borçlu olmaktan çıkmış olan muhil, alacaklı tarafından takip edilebilecektir. Ve bize, muhalünaleyhin ademi tediyesini kesin kabul eden ve metinlerin zikrettiği gibi, alacaklının eski borçluya müracaatına cevaz veren hadiseler nelerdir, onları görmek kalıyor.

A) Yeni borçlunun ölümü halinde vâdeli borç, onun terekesi aleyhine hemen muaccel olur (Mısır Bk. Md. 896; 3. fıkra). Bu, İslâm hukukunda borçlunun ölümünün vâdenin hulûlünü mucip olması genel prensibinin bir tatbikatıdır (Mısır Bk. 214). Ve bu prensip,

⁷¹ Mısır Bk. nun 891. maddesi tarafından öngörülen muamelenin, Fransız hukukunun nâkıs havalesinden-ki bu havalede muhalünaleyh muhilün borcunun fer'i olmayan ve binnetice bir kefaletin özelliklerine sahip olmayan müstakil bir borçtan muhalünlehe karşı mesuldür-ayırmanın imkânsız olduğuna işaret edelim.

borçların ancak mirasın aktifi üzerinden tahsil edilebilmesi nedeniyle izah olunur. Alacakları henüz muaccel olmamış alacaklılar için alacaklarını hemen mirasın tasfiyesinden almaları zarureti buradan geliyor. Fakat yeni borçlunun terekesi borca batıksa, ancak bir dividant almış olan alacaklı kalan kısmın ne yeni borçlu ve ne de terekenin pasifi için kendi şahsî mallarıyla mesul olmayan mirasçuları tarafından ödeneceği hususunda bundan böyle şüphesizdir. Bunun içindir ki, mirasın tasfiyesinden sonra ve başka da bir çare yoksa, örneğin yeni borçlunun bir kefiline karşı dâva hakkı yoksa; alacaklı, muhile, sadece borcun kalan kısmı için müracaat edebilecektir. (Mısır Bk. Md. 896. fık. 3. ve 4.; Md. 908 fık. 3.).

Bütün müellifler bu nokta üzerinde mutabıktırlar.⁷² Aksine henüz hayatta olan yeni borçlunun iflâsının yahut ödemediği borcun bakiyesi için, alacaklıya eski borçluya müracaat hakkı vermediği meselesi çok münakaşalıdır. Ebu Hanife bu meseleye menfi olarak cevap verdi. Ona göre Zenginlik bir med — cezir gibidir ve bugün iflâs halinde olan borçlu tekrar zengin olabilir. Şu halde onun borçlu kaldığı şeyi ödemekte daima imkânsızlık içinde olacağı kesin değildir. Binnetice alacaklı eski borçluya (muhil) karşı müracaat hakkına sahip değildir. Bu fikri kabul eden El Zailai'e göre, durum yeni borçlunun gaip olması haline benzer; geri gelirse borcu ödiyeceği henüz ümit edilebilir. Zaten, diyor müellif, biraz alay ederek, beşerî hükümler hataya mahkûmdur. Hâkim yeni borçlunun iflâsına karar verdiği anda bile, belki borçlu kendisine borcu ödemek imkânını genişçe verecek zengin bir mirasa konabilir.⁷³ Fakat iki arkadaş ve Ebu Hanife'nin falebeleri İmam Muhammed ve Ebu Yusuf, yeni borçlunun iflâsının alacaklının hakkını tehlikeye koyması sebebiyle, kalan kısım için alacaklının muhili takip etmesinin caiz olduğu görüşündedirler.⁷⁴ Mısır Bk.da Ebu Hanife'nin ve Zailai'nin fikri kabul edildi. Bu kanunun 898 ve 899. maddeleri, muhalünaleyhin ne iflâsının ne de gaipliğinin alacaklıya eski borçluya müracaat yolunu açmadığını açıkça belirtiyor. Mecelle meseleyi halletmiyor; zaten aciz halindeki yeni borçlunun ölü-

⁷² Hususiyle Bak. EBN EL HOUMAM t. VI. P. 352, EL ZAILAI, t. IV. P. 172. son satır. EBN NOGAIM, t. VI. P. 172, EBN NOGAIM, t. VI. P. 250; EBN ABDIN, t. IV. P. 325. ABD EL HAKIM, t. II. sh. 60. EBN ABDIN tarafından zikredilen ve tenkit edilen ALI ZEYYAD, bir kefilin mevcudiyetinin müracaatı önlemediğini savunuyordu. Fikri kabul görmedi.

⁷³ EL ZAILAI, t. IV. P. 172. 173.

⁷⁴ EBN EL HOUMAM, t. VI. P. 352. EBN ABDIN, t. IV. P. 325-26.

mü halini de öngörmüyor. Sélim Roustoum El Libnani, Mecelle şerhinde (P. 377) münakaşaya değiniyor ve Ebu Hanifenin fikrini kabul ediyor.

B) Muhalünaleyh, borcu üzerine aldığı inkâr ederse ve rızası isbat edilemezse, bu halde de artık borçlunun (muhalünaleyhin) ödemiyeceği kesindir; ve alacaklı eski borçluyu dava edebilir (Mısır Bk. 897.). Bu durum münakaşasız olarak bütün müellifler tarafından zikredilmektedir. Mecelle bundan bahsetmiyor. Selim Rüstem, mecelle şerhinde (sh. 377) ittifakla kabul edilen fikre katılıyor.

C) Muhalünaleyhin elinde bulunan ve muhile ait bir malın tahsisi suretiyle havalede (havale-i mutlaka), bu malın yeni borçlu muhalünaleyhin sorumluluğunu mucip olmaksızın hasara uğraması halinde, yeni borçlunun va'dini tutmağa mecbur olmadığı görülmüştü. Şu halde yeni borçlu muhakkak surette ödemiyecektir. Netice olarak, alacaklı, eski borçlu (muhil) e karşı müracaat hakkını kullanabilir (Mısır Bk. Md. 897, 2. fık. 903); (Mecelle Md. 695). Bu hal tarzı da münakaşasız olarak kabul edilmiştir.

D) Tahsis edilmiş olan objet hak sahibi bir üçüncü şahıs tarafından geri alınmışsa, alacaklı daima aynı mantık üzere, eski borçluya karşı davasını yeniden kazanır (Mısır Bk. 903. fık. 2. 904 fık. 2; Mecelle Md. 694).

E) Havale, yeni borçlunun eski borçluya (muhile) olan bir borcunun tahsisi suretiyle yapıldığı zaman; bu borç bâtil yahut daha önce sona ermişse, havale bâtildir. Netice olarak yeni borçludan hiç bir şey alamayan alacaklı eski borçlusuna yeniden müracaat edebilir.» (Mısır Bk. Md. 900. Mecelle, md. 693.). Fakat havaleye tahsis edilmiş olan borcun sonradan sona ermesi, muhalünaleyhi borcundan kurtarmaz; ve binnetice alacaklı yeni borçluya karşı harekete geçmek için bundan istifade edemez (Mısır Bk. 901. Md. Mecelle Md. 693).

F) Mısır Bk. nun 906. maddesi şöyle kaleme alınmıştır : «Havale anlaşması, borçlu sıfatını muhilde bırakmasına rağmen, onun borcunu, ödeme için yetki verdiği kimseye nakleder. Muhalünaleyh, borcun bir kısmını ödemiş ve kalan kısmın ödenmesinden önce muhil aciz halinde ölmüşse, alacaklı (muhalünleh) muhalünaleyhten aldığı şeyi kesin olarak muhafaza etmek hakkına sahip olacak; fakat kalan kısım için Muhalünaleyhe müracaat edemeksizin muhilin diğer alacaklıları ile birlikte garemeye iştirak edecektir».

İşte, alacaklının eski borçluya (muhil) karşı daha doğrusu terekesine karşı davasını yeniden elde ettiği bir hal daha; ve ilk bakışta bu hüküm, önceki hükümler gibi, alacaklının borçluya karşı hakkını tesirsiz bırakan borçlunun aczi hali ile izah olunmuyor. Bununla birlikte, zaten redaksiyonu çok kötü olan bu metnin temelinde daima bu fikir mevcuttur. Bunu iyi anlamak için Hanefi hukukçularının eserlerine başvurmak gereklidir. Önce, bu eserlerde kaidenin havale-i mutlaka haline has olduğu görülüyor. Bu özellik, Mısır Bk. metninlerince belirtilmiyor. Sadece bu neviden havale konusundadır ki müellifler bu meseleyi inceliyorlar. El Zailai, havale-i mukayyede halinde kaidenin aksi olduğunu; eski borçlunun ölümünün, alacaklının durumunu hiç bir şekilde değiştirmedigini; alacaklının eski borçlunun terekesine müracaata mecbur olmadığını fakat yeni borçluya karşı bütün haklarını muhafaza ettiğini açıkça belirtiyor.⁷⁵ Havale-i mutlaka konusunda müellifler işte böyle düşünüyorlar.⁷⁶ Müelliflerden en açığı olan El Zailai, katı bir şekilde, alacaklının, eski borçlu (muhil) nun terekesine karşı hakkını kullanamaması gerektiğini söylüyor. Ona bu hak tanımyorsa, bu, eski borçlunun ölümünün tahsis edilmiş malı terekenin aktifine geçirtmesi ve netice olarak, mal elinden alınmış olan yeni borçlunun, havale-i mutlaka mucibince borçlu olmaktan kurtulmuş olması yüzündendir; bundan, yeni borçludan hiç bir şey elde edemeyecek olan alacaklının, eski borçlunun terekesine müracaat edeceği neticesi çıkar. Bu, Mısır Bk.nun 906. Md.nin 2. fıkrasının anahtarını veren fakat redaksiyonunda tamamen meskut bırakılmış olan esas fikirdir. Bu böyle kabul edilince, müellifler, tahsis edilen ve böylece terekenin aktifine girmiş olan mal üzerinde alacaklının bir rüçhan hakkı olup olmadığını düşündüler. Zoufar, ki onun fikri El Zailai tarafından naklediliyor, tahsis edilen objede alacaklı lehine tesis edilmiş bir nevi menkul rehni mahiyeti göreyerek, müsbet görüşü savunuyordu. Fakat fikri genel olarak tenkit edildi. Tahsis (havale-i mutlaka), yeni borçlunun taahhüdünü tahdit eden bir modalite olup, bir menkul rehni tesisi demek değildir; çünkü tahsis edilen mal, yeni borçlunun elinde kalır. Alacaklı Yeni borçluya karşı harekete geçmiş olsaydı, bu mal üzerinde hiç bir rüçhan hakkı elde edemeyecekti. Bahis konusu mal, eski borçlunun terekesine dahil olduğu zaman da alacaklı bu hakkı haiz olamayacaktır. Netice olarak, eski borçlunun terekesine karşı hak-

⁷⁵ EL ZAILAI, t. IV. P. 74. son satırlar.

⁷⁶ EL ZAILAI, t. IV. P. 174. EBN EL HOUMAM, t. VI. P. 351; EBN ABDIN, t. IV. P. 327. 18. ve sonraki satırlar. P. 321. satır 13.

larını kullanan alacaklının, murisin diğer alacaklıları ile birlikte garemeye iştirak edeceği fikri galip gelmiştir; ve Mısır Bk.nun 906. maddesinin 2. fıkrasına geçmiş olan fikir budur.

Kaldı ki, borcun yahut bir kısmının eski borçlunun terekesinden ödenmesi, yeni borçluya karşı, mirasçılara bir müracaat hakkı verir. Muhalünaleyhin, muhile olan borcunun ödenmesi makamına alacaklıya tediyede bulunmağı taahhüt ettiği zaman vukubulan şey budur (Mısır Bk. Md. 907). Burada tesbit etmek gerekir ki, Mısır Bk.nun bu nokta üzerinde hakim fikri kabul etmesine karşılık, Mecelle Zoufari'nin fikrini kabul etmişe benziyor. Gerçekten bu kodun 692. maddesi, havale-i mukayyede halinde, muhil artık havale konusu şey üzerindeki hakkını tamamiyle kaybedeceğini söyledikten sonra, şu cümleyi ilâve ediyor: «Eski borçlu borcu ödemedi ölmüş ve aktifinden yüksek olan bir pasif bırakmışsa, diğer alacaklılar havale konusu olarak tahsis edilmiş şeye müracaat edemezler» Bu metin, Mısır Bk. nu 906. maddesinin 2. fıkrası ile açıkça bağdaşmaz. Çözüm tarzlarının farklılığı, bu nokta üzerinde müellifleri bölen fikir ayrılığı ile izah olunur.

G) Bazı müellifler, alacaklının eski borçluya müracaat hakkının, yukarıda zikredilen hallerden başka, alacaklının açık bir şartından da doğabileceğini savunuyor.⁷⁷ Fakat müelliflerin ekseriyeti tarafından sükutla geçilmiş olan bu hal, ne Mısır Bk. da ne de Mecelle de bulunuyor. Hattâ Mısır Bk.nun 891. maddesi bu çözüm tarzına muhalif görünüyor; çünkü madde, eski borçlunun borçtan mesul olmakta devam edeceği ve alacaklının davasına hedef olacağı şart koşulmuşsa, akdin bir havale olmayıp kefalet gibi kabul edileceği hükmünü koyuyor.

Müellifler, yukarıda zikredilen hallerde, alacaklının hukuken ve otomatikman ilk borçluya karşı müracaat hakkını yeniden kazanıp kazanmadığı yahut önce havalenin butlanını yahut feshini karar altına aldırıp aldirtmıyacağı meselesini münakaşa ettiler.⁷⁸ Mısır Bk.nun 897 ve sonraki maddeleri ve Mecelle'nin bu maddelere uygun hükümleri meseleyi kesin olarak halletmiyor. Fakat bizzat susuşlarıyla alacaklıyı borçluya karşı olan eski haklarını otomatikman kazanmış gibi telâkki eder görünüyorlar. Bu, borçlunun ancak infisahî şart altında borçtan kurtulmuş olduğu fikrine uygundur. Şartın tahakkukunda, borçtan kurtulmuş olma

⁷⁷ EBN NOGAIM, t. VI. P. 249-250. EBN ABDİN tarafından zikredilen EL BAZAZIAH, t. IV. P. 325. 5. satır.

⁷⁸ Münakaşanın izahı için Bk. EBN EL HOUMAM, t. VI. P. 351.

durumu ortadan kalkar; ve alacaklı başka formaliteye ihtiyaç olmaksızın, Muhammed'in teorisi kabul edilecek olursa, teorikman borçlu olmaktan hiçbir şekilde berî olmamış olan, bu borçluyu takip etmek yetkisini yeniden kazanır.

Hanefi mezhebinin çözüm tarzlarının izahından sonra, diğer mezhepler üzerine bir göz atmamız gerekiyor. Bunların prensipleri daha az karışık. Hatırlanacağı gibi, Mâlikler Şâfi'iler ve Hanbeliler için havale, bir borcun bir alacak vasıtasıyla ödenmesidir; netice olarak, kaideten eski borçlunun borçtan kurtulmasının kesin olduğunu kabul ediyorlar. Bununla beraber, esas şartlarından birinin yokluğu sebebiyle havalenin iptal edilmesi halinde prensibin yürümiyeceğini kabul ediyorlar; ki bu mantıktır.

Mâlikilerdeki hâkim fikre göre, yeni borçlunun eski borçluya karşı olan borcunun iptali yahut feshi halinde, havalenin ortadan kalktığını ve alacaklının eski borçlusuna karşı haklarını yeniden kazandığını daha önce görmüştük. Muhalünaleyh muhile karşı borcunu inkâr eder ve ona karşı muhilin delili de yoksa, durum aynıdır. Bu halde, havalenin esaslı elemanlarından birinin isbatı gerçekleşmemiştir. Bununla beraber, önceki bir inkâra rağmen alacaklı, doğacak bütün neticeleri kendine ait olmak üzere havalayı kabul etmişse, muhile (eski borçlu) ya müracaat edemeyecektir.⁸⁰

Muhil, muhalünaleyhin ödemedi aczini yahut muhalünlehe karşı bir düşmanlığı olduğunu bilmesine rağmen, alacaklıyı bundan haberdar etmemişse, alacaklı eski borçluya (muhil) e müracaat hakkına sahiptir; çünkü bu halde, borçlu alacaklıyı aldatmış durumdadır.

Nihayet, Mâliki mezhebinin şeflerinden biri olan Al Moughira'ya kadar çıkan bir fikre göre, alacaklı, açık bir kayıtla, yeni borçlunun gelecekteki aciz hali için muhile müracaat hakkını kendisi için muhafaza edebilir. Fakat Sahnoun ve Averroës tarafından izlenen bu fikir, Ebn Arafa tarafından tenkit edilmiştir. Çünkü, diyor Arafa, böyle bir şart, muamelenin borcun kesin olarak ödenmesi ve eski borçlunun borçtan kurtulması olan gayesine aykırı-

⁷⁹ Bk. Mâlikiler için, ED DESOUKI sur ED DARDIR. t. III. P. 297; şâfiiler için, AL BEGERMI, t. III. P. 18. Hanbeliler için Bk. MANSOUR EBN IDRIS. t. III. P. 598.

⁸⁰ ED DESOUKI, op. cit.

⁸¹ ED DESOUKI, op. cit.

dır.⁸² Hanbeliler, muhile karşı alacaklının müracaat hakkını daha da tahdit ediyorlar; yeni borçlunun inkârı halinde, bu inkârını bir yeminle doğrulasa bile, alacaklıya müracaat hakkı vermemektedirler. Muhalünaleyhin ödemededen aczi veya ölümü halinde bile bu hakkı alacaklıya tanımamaktadırlar; şu kadar ki, muhalünaleyhin ödeme kabiliyeti açıkça şart koşulmuşsa veya akit anında borçlunun ödeme kabiliyeti üzerinde bir hata veya öncelikle bir aldatma varsa, alacaklı muhile müracaat hakkına sahip olacaktır.⁸³

Şâfi'ilere göre, butlan halinde yahut yeni borçlunun eski borçluya borcunun isbat edilmemesi halinde, eski borçlu (muhil) alacaklıya (muhalünleh) karşı borçlu olmakta devam eder; çünkü havale, usulüne uygun olarak teessüs etmiş olan bir elemanın yokluğu sebebiyle bâtıldır ve borçtan kurtarıcı neticesini doğuramamıştır.⁸⁴

Fakat Şâfi'i müellifler, alacaklının, yeni borçlunun ödeme gücünü şart koşturarak, eski borçlu muhile karşı bir müracaat hakkı elde edip edemeyeceği meselesi üzerinde ihtilâfa düştüler.⁸⁵ Al Begermi bu şartı hükümsüz sayar; çünkü muamelenin borçtan kurtarma gayesine aykırıdır. Fakat müellif, alacaklı böyle bir şartı rızasının esaslı unsurlarından biri olarak kabul etmişse, o zaman bütün muamelenin bâtil olduğunu ve borçlu değişmesinin gerçekleşmediğini ilâve ediyor.⁸⁶

3) Alacaklı (Muhälünleh) ve Muhalünaleyh (yeni borçlu) arasındaki ilişkiler :

Mısır Bk.nun 890. maddesi, havalenin eski borçluyu borcundan kurtardığını söyledikten sonra, alacaklıya yeni borçluya karşı müracaat hakkını tanıdığı ilâve ediyor ve 896. madde şu önemli prensibi koyuyor : «Borç üçüncü şahıs muhalünaleyhe geçmekle özellik değiştirmez.» Fransız hukukundaki havale ve borçlu değişmesi suretiyle tecdit ile fark böylece ortaya çıkmış oluyor. İslâm hukukunda havale, hiç olmazsa Hanefi mezhebine göre, ne bir tecdit ne bir borcun ortadan kalkması ve ne bir başka borcun yerine kaim olmasıdır. Bu, borca bir tevarüstür; ve Alman ve İsviçre hu-

⁸² ED DESOUKI. op. cit.

⁸³ MANSOUR EBN IDRIS, op. cit.

⁸⁴ EL BEGERMI, t. III. P. 18-22. son satırlar.

⁸⁵ Bk. ZACHARIAH EL ANSARI sur EL MOKRI de ki münakaşalar, t. II. P. 232. 20. satır.

⁸⁶ AL BEGERMI, t. III. P. 21, 26 ve son satırlar.

kuklarındaki borcun naklinde olduğu gibi, yeni borçlunun eski borçlunun yerine, değişmemiş olan borç münasebetinde, kaim olduğunu söylemek mümkündür. Bundan, Mısır Bk. nun 896. maddesi, borcun yeni borçlunun elinde kayıtsız şartsız, şartlı yahut vâdeli olmak özelliklerini muhafaza ettiği neticesini çıkarıyor. Madde, vadeli borç şimdi yeni borçluya taallük ettiğinden, yeni borçlu ölürse borcun hemen muaccel olacağını ve aksine, ölen muhil ise, yeni borçlunun vadeden faydalanmaya devam edeceğini belirtiyor.⁸⁷ Eski müelliflerden alınmış olan bu çözüm tarzı, Mecelle'nin 697. maddesinde yer alıyor.⁸⁸

Bize öyle geliyor ki, metinler tarafından fomüle edilmemiş olan diğer neticeler de kabul edilmelidir. Nakledilen borç, ticarî yahut âdi borç karakterini muhafaza eder. İcraya konabilen bir senedi olan alacaklı, onu yeni borçluya karşı da kullanabilir; eski borçluya karşı gönderdiği ihtar, yeni borçluya karşı da neticelerini doğurmaya devam eder. Borcun devamı, ki onda yalnız borçlunun şahsı değişiyor, mantikî bir çok neticeler doğurur. Prensip, Avrupa mevzuatlarında olduğu gibi, İslâm hukukunda ancak yumuşatmalarla kabul edilmiş olan daha iki netice doğuruyor : Yeni borçlunun (muhalünleh) defileri alacaklıya karşı dermeyanı ve borcun fer'ileri olan teminatların muhafazası bahse konudur. Bu noktalar bir kere aydınlandıktan sonra, muhalünaleyhin alacaklıya olan borcunun sona ermesine ilişkin bir kaç özelliği tetkik etmek kalıyor.

4) İleri Sürülebilecek Def'iler :

Yeni borçlunun alacaklıya olan borcu, eski borçlununki ile aynı olduğundan, mantikî olarak bundan şu neticeler çıkacaktır.

A) Bu borcun, yeni borçlu tarafından, eski borçlu için mevcut olduğu şekliyle devralınmış olması; netice olarak, yeni borçlunun havaleden evvel muhilin faydalanabileceği her türlü butlan yahut borcun sona ermesi sebeplerini alacaklıya karşı ileri sürebilmesi.

⁸⁷ Bu sonuncu çözüm tarzı, gerçekten sadece havale-i mukayyede halini istihdaf ediyor; çünkü nakil (havale) tahsis suretiyle yapılmışsa, yukarıda görüldüğü gibi, (sh. 21-22), muhilin ölümü, yeni borçluyu alacaklıya karşı borçtan kurtarır ve alacaklı haklarını muhilin terekesine karşı kullanmak zorundadır.

⁸⁸ Bk. özellikle EL ZAILAI, t. IV. P. 174. 4. satır; EBN ABDİN, t. IV. P. 328. sonuncu satırlar.

B) Aksine muhalünaleyhin muhil ile olan hukukî münasebetlerinden doğan def'ileri muhalünlehe ileri sürememesi; örneğin alacaklıyı tatmin etmek suretiyle kurtulmayı düşündüğü bedeli muhile karşı borçlu olmadığını ileri sürememesi.

Alman ve İsviçre MK. nunlarında (Al. MK. 417 Md.; İs. BK. 179 Md). açıkça fakat bazı yumuşatmalarla kabul edilmiş bulunan bu ikili kaide, İslâm hukuku metinleri tarafından, genel terimlerle, hiç bir yerde ifade edilmiş değildir. Bununla birlikte, bu kaidenin Mısır Bk. nun 896. maddesi tarafından konmuş olan prensipten çıkabileceğini sanıyoruz :» Borç yeni borçluya geçmekle özelliği değiştirmez» Fakat kaide, zaten Avrupa hukuklarındakilerle aynı olmayan bazı yumuşatmalar ihtiva ediyor.

a) Birinci kaide konusunda, alacaklıya muhilin ileri sürebileceği def'ileri, yeni borçlunun prensip olarak ileri sürebileceği şüphesiz görünüyor. Çünkü alacaklı, yeni borçluya karşı, eski borçlu (muhil) ya karşı sahip olduğu haklardan daha fazlasına sahip değildir. Fakat muhalünaleyh, muhil lehine alacaklıya (muhalünlehe) karşı doğmuş olan bir alacağı nazara alarak, Al. MK. ve belki İs. BK. tarafından kesin olarak reddedilen⁸⁹ takas def'ini ileri sürebilir mi? Fikrimizce ayırım yapmak gerekir. İslâm hukuku, Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, aynı neviden, aynı özelliklere, aynı kuvvet ve vadeye sahip iki borç arasında kanunî otomatik takası kabul etmektedir (Mısır Bk. 225-226. Md. ler). Bu şartlar havale anlaşmasından önce tahakkuk etmişse, konusu olmadığından akit bătıldır; zira akdin konusu, tarafların bilgisi dışında daha önce sona ermiş olan bir borçtur; ve önce takas edilmiş olan bir borç üzerine dayanan havalenin butlanını alacaklıya dermeyeran etmek yeni borçluya aittir. Fakat bu şartlar akit tarihinden önce tahakkuk etmemiş olsaydı, takas, ancak muhil tarafından talep edilmiş ise gerçekleşebilecekti ve o zaman Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, yeni borçlu eski borçlunun ileri sürebileceği; fakat gerçekte ileri sürmediği takas def'ini dermeyeran edemez. Çünkü bu, eski borçluyu takas suretiyle ödemeye ve yeni borçlunun muhil yerine borcu ödeme va'dini nazara almamağa zorlamak olacaktı.

Bir başka mesele : Yeni borçlu (muhalünaleyh), havale konusu olan bir borcun ehil olmayan bir eski borçlu tarafından aktedildiği için bătıl olduğunu ileri sürebilir mi? İsviçre hukuku buna

⁸⁹ ROSSEL, Droit federal des obligations, t. I no 362.

cevaz vermiyor. İs. Bk. nun 179. maddesine göre «yeni borçlu eski borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği şahsi def'ileri kullanamaz.» Bu, ehliyetsizlikten doğan butlanı ileri sürmenin, bizzat ehil olmayana yahut kanunî temsilcilerine ait olduğu fikrinin bir neticesidir. Metinlerin susuşu karşısında İslâm hukuku neye karar veriyor? Mesele naziktir ve incelenmiş olduğu kanısında değiliz. Bununla beraber, sarahat olmadıkça, yeni borçlunun, eski borçlunun ehliyetsizliği sebebiyle butlanı def'i yoluyla ileri sürebileceğini zannediyoruz. Şüphesiz butlan davası açamaz. Fakat kabili iptal bir borcu devraldığı gerçektir. Takibata uğradığı gün, «borç nakledilmekle özellik değiştirmeyeceğinden», sonradan bir teyit olmadıkça, bu borcun ayıbını ileri sürebilecektir. Bununla beraber, ehliyetini kazanmış olan eski borçlu, havaleye razı olmuşsa, havale anlaşmasında da zımni bir icazet görüleceğini ilâve etmek uygundur ve bu büyük pratik önem taşır. Artık yeni borçlu nakil anında ortadan kalkmış olan ehliyetsizlik ayıbını ileri süremeyecektir.

b) İkinci kaide konusunda; yani yeni borçlunun eski borçlu ile olan hukukî münasebetlerinden doğan def'ileri alacaklıya karşı dermeyan edemeyeceği kaidesi, havale-i mutlaka halinde kesin olarak uygulanır. Gerçekten bu halde, yeni borçlunun alacaklıya karşı borcunun, eski ve yeni borçlu arasındaki münasebetlerden tamamıyla müstakil olduğu bilinmektedir.⁹⁰ Fakat havale tahsis suretiyle yapıldığı zaman, önceki izahlardan bazı ayrımlar ortaya çıkar.

Havale-i mukayyede bahis konusu olduğu takdirde, yeni borçlunun elinde bulunan ve muhile ait olan mal, yeni borçlunun kusuru olmaksızın telef olmuş yahut mal bir üçüncü şahıs tarafından istirdat edilmişse, vazülyet yani yeni borçlu (muhalünaleh) borçtan kurtulur; ve sadece borcunu üzerine almağı va'dettiği muhil'e karşı değil, aynı zamanda alacaklıya karşı da borçtan kurtulur. Çünkü o, alacaklıya bile ancak elindeki malla yahut onun değeri ile ödemeğı taahhüt etmiştir; şu halde, yeni borçlu, bu durumda nakledilen borca yabancıdır; yani eski borçluya karşı kendi özel durumundan doğan bir def'iyi alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.⁹¹

Aynı şekilde, yeni borçlunun (muhalünaleyh) eski borçluya sorumlu olduğu bir borcun tahsisi bahis konusu olduğu zaman, bu borç bâtılsa yahut havaleden önce sona ermişse, yeni borçlu alacaklıya karşı, eski borçluya sorumlu olduğundan daha fazla so-

⁹⁰ Bk. sh. 14-15.

⁹¹ Mısır Mk. Md. 903-904. Mecelle Md. 694-95 Bk. yukarda sh. 14-15.

rumlu değildir.⁹² Şu halde yeni borçlu, alacaklıya karşı eski borçluya olan şahsi borcunun butlanı yahut önceki tarihteki sona ermesine dayanabilecektir. Yani burada da havale konusu borca yabancı bir def'iyi alacaklıya karşı kullanabilecektir. Fakat aksine, havale-i mukayyede konusu olan borcun sona ermesi, havale anlaşmasından sonra olmuşsa, yeni borçlu bunu alacaklıya karşı kullanamayacaktır.⁹³ Bu sonuncu halde, yeni borçlunun alacaklıya olan borcunun, muhile olan borcundan bağımsız olduğu prensibine vâsil olunuyor.

Hanefi mezhebinin kaidelerinden çıkan kesin olmayan bu hal tarzları, diğer mezheplere hangi ölçüde uygulanabilir? Hatırlanacağı üzere, diğer üç mezhebe göre havale, borçlunun alacaklısını tatmin etmek için bir üçüncü şahsa karşı olan alacağını kullandığı bir çaredir. Şu halde bu mezheplerde, eski borçlunun yeni borçluya karşı bir alacağının mevcudiyeti muamelenin önemli bir şartıdır.⁹⁴ Bu genel prensiplerden şu neticeler çıkar.

a') Yeni borçlu tarafından deruhte edilen borcun özellik değiştirmemiş olduğu. Netice itibariyle, yeni borçlu, muhilin havaleden evvel alacaklısına karşı dermeyan edebileceği bütün butlan ve sukut sebeplerini alacaklıya karşı kullanabilecektir.

b') Baskın fikre göre, yeni borçlunun ancak eski borçluya karşı sorumlu olduğu ölçüde sorumlu olabildiği. Şu halde yeni borçlu, eski borçlu ile olan hukuki durumundan gelen def'ileri dermeyan edebilecektir. Muamele daima, Hanefi mezhebinin tahsis suretiyle havale (havale-i mukayyede) diye adlandırdığı şey'e teka-bül eder.⁹⁵

5) Teminatlar :

Borcun değişikliğe uğramaksızın muhafazası, fer'i olan teminatların mutlak olarak muhafazasını mucip olur. Fakat bilindiği gibi borcun naklini kabul etmiş olan Avrupa mevzuatları, bu nokta

⁹² Mısır Bk. Md. 900; Mecelle Md. 699.

⁹³ Mısır Bk. Md. 901; Mecelle Md. 693.

⁹⁴ Bk. Mâlikiler için : MOHAMED ELECH, Charh Menah El Galil, sur Khalil, t. III. P. 238. Hanbeliler için Bk. MANSOUR EBN IDRIS, Kachaf El Kenaa, t. II. P. 185-186. Şâfiiler için Bk. AL BEGERMI, Charh Menhag Al Toullab, t. III. P. 18. ve AL FAYROUZABADI, El Kamous, t. P. 338.

⁹⁵ Bk. Mâlikiler için, MOHAMMED ELECH sur Khalil, t. III. P. 230. Hanbeliler için MANSOUR EBN IDRIS, t. II. P. 188. Şâfiiler için Bk. AL FAYROUZABADI, t. I P. 339.

üzerinde teminat verenlerin menfaatine prensiplerin kesinliğini zedeliyor. Bu bakımdan birbirlerine taban tabana zıt kaideler koyan Alman ve İsviçre hukukları bu konudaki prensipleri yumuşatıyorlar; öyleki aşağı yukarı aynı sonuca varıyorlar. Al. MK. nun 418. maddesi, borcun nakli halinde kefilin yahut rehin veya ipotekle kayıtlı malın malikinin rızası hariç, teminatların düşeceğini bildiriyor. İsviçre Bk. nun 178. maddesi, teminatların devam edeceğini hükme bağlıyor; fakat aynî ve şahsî kefillerin ancak borcun nakline razı oldukları takdirde bağlı kalacaklarını ilâve ediyor.*. Bu konuda, Hanefi mezhebine göre İslâm hukuku hangi pozisyonu alıyor?. Bunun çok ilginç olduğunu ve bu mezhepten hukukçuların havale konusunda vardıkları özel anlayışa bağlandığını göreceğiz. İslâm hukukunda tanınmayan ipotekten bahsetmiyeceğiz. Nazara alınacak teminatlar kefâlet, (şahsi teminat), hâpis hakkı ve menkul yahut gayrimenkul rehni (aynî teminatlar)dır.

Eski borçlunun kefilî, taahhüt altına girdiği zaman tanımadığı yeni borçlunun ödeme kabiliyetini garanti etmek istemez. Netice itibariyle, yeniden rızası olmadıkça, kefil yeni borçlunun kefilî olmaz. Mısır Bk. nun 890 ve Mecelle'nin 690. maddesi, havale alacaklı tarafından kabul edilir edilmez, eski borçlu (muhil) gibi, kefilin kefâletten kurtulduğunu hükme bağlıyorlar. Fakat önce görüldüğü gibi, eski borçlu ancak infisahî şarta bağlı olarak borçtan kurtuluyor. Binnetice kaderi eski borçlununkine bağlı olan kefil hakkında da durum aynıdır. Yeni borçlunun ödiyemeyeceğini kesin olarak gösteren hadiseler zuhur ederse, o zaman alacaklı sadece eski borçluya karşı değil aynı zamanda kefiline karşı da müracaat hakkını yeniden kazanır. (Mısır Bk. Md. 890 fıkra 3). Binnetice, şahsi teminat borçla birlikte devredilmiyor; fakat henüz kesin olarak borçtan kurtulmamış olan eski borçlunun taahhüdünün garantisini devam eder. Bazı hallerde alacaklının yeniden eski borçluyu takip etmesine müsaade eden Mecelle'nin (Md. 693-95) alacaklının kefile karşı dava hakkının yeniden dirildiğinden hiç bir yerde bahsetmediğini belirtmekten kendimizi alamıyoruz.

Ebu Yusuf'la birlikte muhilin, teorikman bile, borçlu sıfatını artık muhafaza etmediğini kabul eden Mecelle'nin müellifleri, bundan muhilin kefilinin, borcun bir başka şahsa devriyle kesin ola-

* Fark ancak eski borçlu tarafından ipotek edilmiş olan gayrimenkulün üçüncü şahıs müktesibine taallük eder. Borcun nakline katılmadıkça Alman hukukunda borçtan kurtulmamış sayılan bu şahıs, İsviçre hukukunda ipotekle mes'ul olarak kahr.

rak berî olduğu ve artık kefile karşı hiç bir müracaatın mümkün olmadığı neticesini çıkarmak gerektiğine inandılar.⁹⁷

Bununla beraber, El Libnani Mecelle Şerhinin 376. sayfasında borçtan kurtulmanın şartlı olduğunu kesin olarak bildiriyor ve borçlu ile kefil arasında hiç bir şekilde fark yapmıyor.

Eski borçlu (muhil) tarafından temin edilen aynı teminatlara gelince, bunlar Hanefi hukuk bilgileri arasında meşhur bir münakaşaya sebep oldu; Mecelle ve Mısır Bk. nu arasındaki ayrılık belki buradan doğuyor.

Önce Mısır Bk. nu tarafından tanzim edilen ihtilâfsız bir noktayı kenara bırakalım : Bir rehinli alacaklı borçlusunu yahut satıcı alıcısını, bir üçüncü şahsa borçlu olduğu bir meblağı kendi yerine ödemekle görevlendirir ve üçüncü şahıs bu havaleyi kabul ederse, rehinli alacaklı yahut bu satıcı rehini yahut satılan şeyi tutmak hakkına sahip değildir ve üçüncü şahıs (muhalünleh) da hapis hakkını kullanamaz. Bu, havalenin, ki burada havale-i mukayyede, muhilin muhalünaleyhe karşı haiz olduğu takip hakkını (satış bedeli alacağı, rehinli alacak) kesin olarak söndürdüğü ve yeni borçlunun üçüncü şahıs alacaklıya karşı, kendisinin eski borçluya (muhil), satıcıya yahut rehinli alacaklısına karşı mes'ul olduğu hükümlere göre değil, fakat bu eski borçlunun bizzat bu alacaklıya karşı sorumlu olduğu şartlar içinde sorumlu olduğu fikrinin basit bir neticesidir.

Fakat bir alıcının yahut alacaklısına bir rehin tesis eden borçlunun, bu alacaklının rızasıyla borcunu bir üçüncü şahsa devrettiğini farzedelim. Alacaklı merhununu muhafaza edebilir mi, hapis hakkını kullanabilir mi? Muhammed ve takipçileri müsbet cevap veriyorlar. Çünkü onlar muhilin, alıcının yahut rehin tesis edenin borçlu sıfatını muhafaza ettiğini ve aynı teminatın, muhalünaleyh tarafından tatmin edilmediği için eski borçluya yeniden müracaat hakkını elde eden alacaklıya faydalı olacağını nazara alıyorlardı. Mısır Bk. nu Md. 894 fıkra 3 e geçmiş bulunan bu çözüm tarzı şöyle kaleme alınmıştır : «Borçlu yahut alıcı alacağından ödemede bulunması için bir şahsı tayin etmişse, rehinli alacaklı yahut satıcı hapis hakkını kaybetmez.»

Ebu Yusuf'un ve takipçilerinin doktrini tamamiyle başkadır.⁹⁸ Eski borçlunun borçtan kurtulmuş ve artık borçlu sıfatının kalk-

⁹⁷ Bak. yukarda dipnot 67.

⁹⁸ Bak. dipnot 68.

miş olduğunu nazara alan Ebu Yusuf ve takipçileri, bundan alacaklının ne borçlu tarafından tesis edilmiş bulunan rehini muhafaza edeceği ne de satıcı gibi hapis hakkını icra edebileceği neticesini çıkarıyorlar. Çünkü bu, alacaklı tarafından borçlu olmayan birine karşı bir baskı vasıtası olabilirdi.⁹⁹

Mecelle, bu nokta üzerinde iki sistemden hangisini kabul etmiştir? Mecellenin 690. maddesinin son cümlesi Grigsby tarafından şöyle tercüme edilmiştir: «Borçlusuna ait bir şeyi rehin olarak elinde tutan ve borçlusunun borcunun bir üçüncü şahsa devrini kabul eden bir alacaklı, merhunu daha uzun müddet elinde tutmak hakkını kaybeder.» Bu tercümeğe göre, Mecelle Ebu Yusuf'un fikrini benimsemiş ve Mısır Bk. Md. 894 fıkra 3 e taban tabana zıt bir çözüm tarzı kabul etmiştir. Fakat bir şüphe devam ediyor; çünkü bu tercüme doğru değildir. Mecelle'nin 690. maddesinin son cümlesi aynen şöyle diyor: «Rehinli alacaklı, rehin veren borçlusundan ödemeyi sağlaması için birini tevkil ederse, artık merhunu muhafaza etmek hakkına sahip olmayacaktır.» Bu hüküm, rehin tesis eden borçlunun borç münasebetinde yerine bir başkasını ikame ettiği 894 fıkra 3. değil, fakat daha ziyade rehinli alacaklının bir üçüncü şahsa karşı bizzat sorumlu olduğu borçta borçlusunu kendi yerine ikâme ettiği Mısır Bk. nun 894. maddesinin 1 ve 2. fıkralarını istihdaf eder görünüyor. Aristarchi Bey, Mecelle'nin 690. maddesinin son fıkrasını «bir borcu borçlusunun üzerine yükleyen rehinli alacaklı, artık merhunu tutmak hakkına sahip değildir» şeklinde tercüme ederek aynı anlayışa katılıyordu. Rüstem Baz El Libnani de Mecelle şerhinde (Sh. 377) maddeyi aynı şekilde tefsir ediyor ve şöyle yazıyordu «Örneğin satıcı, alıcıdan tediye talebinde bulunabilmesi için alacaklısını tevkil ederse, artık satılan şeyi tutmak hakkına sahip değildir.» Diğer faraziye, Mısır Bk. nun Md. 894. fıkra 3 deki ihtimaldir ki, burada alıcı satıcısını alacaklı olduğu bir üçüncü şahsa gönderiyor. Mecelle'nin metni bu ihtimali öngörmüyor. El Libnani, bu susuşu Muhammed'in ve Mısır Bk. nun sistemi anlamında yorumluyor. Aksine, diyor, müellif, alacaklısını borçlusundan tediye istemesi için tevkil eden kimse rehini tesis eden borçlu ise yahut alıcı satış bedelini üçüncü şahıs borçludan tahsil etmesi için satıcıyı yetkilendirmişse, rehin yahut hapis hakkı devam eder.» Metinler tarafından öngörülmemiş olan bir nokta kalıyor ve bu nokta üzerinde, müelliflerde boşuna izah ara-

⁹⁹ Zaten çok münakaşalı olan tez EBN EL HOUMAM, t. IV. P. 348'de izah edilmiştir.

dık. Borcun naklini kabul eden alacaklı, üçüncü şahıs tarafından temin edilen merhunu muhafaza edebilir mi?. Ebu Yusuf'un fikri kabul edilirse, öncelikle alacaklı bunu yapamaz. Muhammed'in ve Mısır Bk. nun sisteminde ne deniyor?. Alacaklıya Merhunu muhafaza etmesine müsaade eden Mısır Bk. nun 894. maddesinin 3. fıkrasının, bir anlamda sadece eski borçlu tarafından tesis edilen rehni istihdaf ettiği söylenebilir. Aksine olarak, alacaklının, yeni borçlunun değil, yalnız eski borçlunun ödeme kabiliyetini garanti etmek istemiş olan üçüncü şahıs tarafından tesis edilmiş bulunan rehni muhafaza etmek hakkına sahip olamaması buradan doğuyor. Fakat aksi anlamda, Mısır Bk. md. 894 fıkra 3 ün alacaklıya merhunu paraya çevirmek hakkını değil, sadece onu elinde tutmak hakkını verdiği; maddenin alacaklıya bu hakkı, yeni borçluya karşı olan haklarının gerçekten şüpheli olması sebebiyle, eski borçlusuna geri dönmeğe mecbur olduğu hali düşünerek vermiş olduğu ve böyle tefsir edilen bu hükmün analogi yoluyla, bir üçüncü şahıs tarafından tesis edilmiş olan rehine de üçüncü şahsın, şahsî teminatın yaptığı gibi, muhtemelen takibe maruz bulunan eski borçlunun borcunu garanti etmeğe devama mecbur olması sebebiyle, uygulanabileceği tesbit olunabilir.

Sözün kısası, aynı ve şahsî teminatlar konusunda söylenenlerin hepsini özetlemek için; Ebu Yusuf'un, garanti edilen borcun nakli gününden itibaren teminatların tam ve kesin olarak ortadan kalkacağı fikrine varmasına mukabil, aksine Muhammed'in doktrini teminatların muhafazası fikrini kabul ediyor. Fakat bunlar yeni borçlunun ödeme gücünü garanti etmek için muhafaza ediliyor. Gerçekten yeni borçlunun iflâsına karar verilirse, alacaklı ancak eski borçlunun ödeme gücünü temin gayesiyle tesis edilmiş bulunan teminatları paraya çevirmeksizin yeni borçlunun zenginleşmesini beklemeye mecbur kalacaktır. Ancak alacaklının eski borçluya müracaat hakkını yeniden kazanacağı gündedir ki, tâbir caizse, uyumakta olan teminatlar tam kuvvetlerini kazanabilmek için uyanacaklardır.

Hanefi mezhebinin çok orijinal bu çözüm tarzı karşısında diğer mezheplerin çözüm tarzları nelerdir? Hatırlanacağı gibi, onlar biri diğerinin tasfiyesine yarayan iki borcun benzerliğini esas olarak kabul ederler.¹⁰⁰ Bu temel fikir, bu borçların müemmen olduğu, zaruri olarak birbirinden farklı teminatların ortadan kalkması neticesine sahiptir. Şafii müellif El Begermi, iki borçtan bi-

¹⁰⁰ Bk. sh. 5-6.

ri bir rehin yahut kefile temin edilmişse, miras halinde olduğunun aksine, -ki bu halde mirasçı murisi borçlu olduğu şeyde temsil eder- borcun garantisiz olarak devredildiğini söylüyor.¹⁰¹

Havale sebebiyle eski borçlu (muhil) nun borçtan kesin olarak kurtulmasını prensip olarak vazedən Mâlikiler ve Hanbeliler, tamamıyla istisnâî bazı haller hariç,¹⁰² hanefilerde çok ihtilâflı olan teminatlar meselesini tartışmıyorlar.

6) Yeni borçlunun borçtan kurtulması :

Yeni borçlunun alacaklıya karşı borcu, normal olarak ödeme ile yahut ödemeye muadil bir ifa ile, örneğin ödeme yerine geçmek üzere bir şey verme yahut takas ile sona erer. (Mecelle Md. 699). Yeni borçlunun, eski borçluya önceden hiç borçlu değilse, ona müracaat edebileceği ve aksi halde bu ödemeyi ona borçlu olduğu şey üzerinden mahsup edebileceği yukarıda görülmüştü.¹⁰³ Borç, yeni bir devirle bir üçüncü şahsa geçirildiği zaman da sona erer (Mısır Bk. Md. 910; Mecelle Md. 699).¹⁰⁴ Metnin susuşu karşısında bu borçtan kurtulmanın eski borçlununkinden farklı olarak, kesin olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten Mısır Bk. nu tarafından benimsenmiş olan Muhammed'in doktrinine göre, bizzat borç asla nakledilmemiştir; Borcu ilk def'a devralan kimse hiç bir şekilde bir davanın pasif sujesi olmadı; ve bu durumda bir üçüncü şahsı kesin olarak yerine ikâme etti. Netice itibarıyla, üçüncü şahıs borç ödemekten acz içinde ölürse, yukarıda tefsir edilen Mısır Bk. nun 908. maddesinin 2. fıkrası mucibince alacaklı, kendine karşı kesin olarak borçtan kurtulmuş olan ve va'dettiği gibi borcu tediye etmediği için eski borçluya karşı mes'ul bulunan muhalünaleyhe değil, sadece eski borçluya müracaat edebilecektir. Ebu Yusuf'un sisteminde- ki bu sistemde borç yeni borçluya geçmektedir, yeni borçlu tarafından borcun yeniden nakledilmesi, mantıki olarak yeni borçluyu eski borçlu gibi, alacaklının muhtemel müracaatına maruz bırakır. Bununla beraber, mecelle bu konuda hiç bir açıklık ihtiva etmiyor. Yeni borçlunun kurtuluş sebepleri arasında, alacaklının yeni borçlu lehine alacağından vazgeçmiş olduğunu bildirmesini de zikretmek gerekir (Mısır Bk. Md. 911.) Metin borçlunun, bu alacağın terkine razı olmasa bile,

¹⁰¹ AL BEGERMI sur ZACHARIAH EL ANSARI, t. III. P. 19.

¹⁰² Bk. yukarıda sh. 23-24.

¹⁰³ Bak. yukarıda sh. 14 ADDE EL KASSANI, Badayeh et Sanayeh t. VI. P. 18.

¹⁰⁴ SELIM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI Mecelle şerhinde prensibi geliştirmeksizin zikretmekle yetiniyor P. 37 ve 383.

o zaman borçtan kurtulduğunu; o şekilde ki yeni borçlunun eski borçlunun borçlusu olmaması halinde kendisine terkedilmiş bulunan meblağ için eski borçluya müracaat edemeyeceğini beyan ediyor. Bundan, muhalünaleyhin, muhilin borçlusu ise, alacaklının terkettiği meblağı bu borç üzerinden mahsup da edemeyeceği neticesi çıkarılmalıdır.

Mecelle de (Md. 699) Mısır Bk. nun 911. maddesi gibi, borcun naklini yeni borçlunun borçtan kurtuluşu sebebi olarak zikrediyor.¹⁰⁵ Fakat Mecelle, yeni borçlunun, alacaklının vazgeçtiği meblağın yekünü için eski borçluya karşı müracaat hakkını muhafaza edip etmediğini söylemiyor. Roustoum Baz El Libnani, Mecelle şerhinde (sh. 338). Mısır Bk. nun 911. maddesinin yaptığı gibi, bu hakkı yeni borçluya reddettiği halde, Mecelle müellifleri belki aksi çözümlerini düşünüyorlardı. Çünkü burada, müelliflerin Muhammed ve Ebu Yusuf arasındaki büyük uyuşmazlığın pratik faydaları gibi işaret ettikleri noktalardan birine dokunuyoruz.¹⁰⁶ Muhammed'in fikri kabul edilirse, alacağını terkedene alacaklı, vazgeçtiğini şüphesiz yeni borçluya (muhalünaleyh) bildirmelidir; çünkü yalnız ona karşı dava hakkı vardır. Fakat bu borçtan vazgeçme, yeni bir değişikliğe kadar alacaklının takibinden muaf olmasına rağmen, gerçek borçlu olmaktan devam eden eski borçluyu faydalandırmalıdır. Alacaklı alacağından vazgeçerek, ancak eski borçluya bir hibede bulunuyor. Binnetice, eski borçlu ne yeni borçlunun ödemediği bir meblağı ona ödemeğe ne de diğer taraftan yeni borçlunun kendine borçlu olduğu şeyden bu meblağı tenzil etmeğe mecburdur. Ebu Yusuf'un tezi kabul edilirse neticeler aksi olacak; ve borcun naklinden istifade edecek olan, yeni borçludur.

Alacaklı yeni borçluya alacağından bir kısmını terkettiği zaman yahut alacağı ona ölüme bağlı olarak devrettiği zaman durum tamamiyle başkadır. (Mısır Bk. Md. 909, Mecelle Md. 700) Yeni borçlunun alacaklıya karşı borcu, mevcut olduğu ölçüde, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi ile sona erer. Fakat bu sona erme yeni borçlunun lehine gerçekleştiğinden, Mısır Bk. nun 912. maddesinin 2. fıkrası bundan, yeni borçlu muhilin borçlusu olsaydı, borçlu olduğu miktara kadar, gerçekten ödemiş gibi takas suretiyle

¹⁰⁵ GRISBY'nin alacaklı ile anlaşmadan bahseden ingilizce tercümesi, ibrahim yahut ARISTARCHI BEY'in tercümesinin dediği gibi borçlunun kurtulması terimini kullanan Arapça metni tam tercüme etmemektedir.

¹⁰⁶ EL ZAILAI, t. IV. P. 172. EBN EL HOUMAM, t. VI. P. 348. satır II. EBN EL NOGAIM, t. VI. P. 245. Satır 14. EBN ABDIN. t. IV. P. 327 sonuncu satırlar ABD EL HAKIM, t. t. II P. 60.

kurtulacağı ve eğer hiç bir şey borçlu değilse, sanki tediyede bulunmuş gibi karşılıksız olarak elde ettiği bu alacağın miktarı için eski borçluya (muhil) müracaat edebileceği neticesini çıkarıyor.¹⁰⁷

Mısır Bk. nun 913. maddesi alacaklının alacağını eski borçluya hibe edemeyeceğini bildiriyor. Örneğini müelliflerde bulamadığımız oldukça tuhaf bu hüküm belki şu sebeble izah olunur : Muhil, alacağın hibesinden istifade eden durumunda olacak olursa, ödemededen hemen sonra kendisine müracaat edebilecek olan yeni borçluya karşı ödeme için harekete geçebilecektir. Fakat sebep yetersizdir; çünkü eski borçlu daima borçlu sıfatını muhafaza ettiğinden (Md. 906), borç, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle sona erecektir. Çok muhtemeldir ki Mısır Bk. nun müellifi, 911. maddeye uygun olarak alacaklı tarafından eski borçlu lehine yeni borçluya bildirilmiş olan borçtan vazgeçmeyi eski borçluyu mükafatlandırmak için tercihe şayan bir usul olarak kabul etmiştir.

Bize yeni borçlunun borçtan kurtulmasının bu sonuncu meselesine diğer mezhepler tarafından verilmiş olan çözüm tarzlarını bildirmek kalıyor.

Mâlikilerde, Şâfiilerde ve Hanbelilerde yeni borçluya karşı eski borçlunun bir alacağının mevcudiyetinin havalenin esaslı bir unsuru olduğunu ve prensip olarak muamelenin, eski borçlunun borçtan kurtulması neticesini doğurduğunu yukarda söylemiştik. Bundan aşağıdaki neticeler çıkar :

A) Yeni borçlu (muhalünaleyh) borcu bir üçüncü şahsa nakletmişse, kesin olarak borçtan kurtulur. Fakat bu üçüncü şahsın yeni borçlunun borçlusu olması gerekir. Aksi halde muamele bir havale olmayıp vekâlet olur.

B) Alacaklı (muhalünleh) yeni borçluya karşı alacağından vazgeçmişse, yeni borçlu borcundan kurtulur; alacaklı alacağından vazgeçmek suretiyle ona bir hibe yapmaktadır.

C) Alacaklı alacağını yeni borçluya hibe eder ve borçlu da kabul ederse, durum aynıdır. Başka bir deyimle, bütün bu hallerde borcun sona ermesi, yeni borçlunun lehine husule gelir.¹⁰⁸

¹⁰⁷ EBN ABDİN, op. cit. Bu hal tarzları Mecelle sarihi SELİM ROUSTOUM BAZ tarafından da 699 ve 700. maddeler altında, 382-383. sayfalarda kabul edilmiştir.

¹⁰⁸ Bk. Hanbeliler için, MANSOUR EBN IDRIS, Kachaf al Kenâa, t. II. P. 186; 27 ve sonraki satırlar. Mâlikiler için ED DESOUKI sur ED DARDİR, t. III. P. 295.; Şâfiiler için, AL BEGERMI, sur ZAHARIAH EL ANSARI, t. III. P. 19. 14 ve sonraki satırlar.

İslâm hukukunda havalenin incelenmesine bir katkıda bulunmaktan başka gayesi olmayan bu incelemenin sonuna geldik; bundan ne **lege feranda** neticeler çıkarmak ne de Avrupa mevzuatlarında mevcut benzer müesseselerle bir mukayese yapmak ve ne de oldukça farklı müesseselerin karşılıklı değerleri üzerinde bir takdir hükmü vermek durumundayız. Bilhassa arzumuz, sınırlı bir konuda, bazı sarahatle, şüphesiz eski Roma'nın büyük hukuk bilginlerinden daha az tanınmış ve incelenmiş olan bu eski İslâm hukuku bilginlerinin düşünce zenginliğini ve ruh inceliğini anlatmak oldu.