

Hanefî Mezhebine Göre Fesâdın Çeşitleri ve Tashîhu'l-Ukûd Örneği Olarak Müfsit Unsurun Giderilmesi*

Ozat SHAMSHIYEV

Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İslami Araştırmalar Enstitüsü

İslam Ekonomisi ve Finansı Anabilim Dalı

Asst. Prof. Dr., Social Sciences University of Ankara Institute for Islamic Studies

Department of Islamic Economics and Finance

Ankara/TÜRKİYE

ozat.shamshiyev@asbu.edu.tr | orcid.org/0000-0002-9385-7235

Hunharca katledilerek şehit edilen Filistinli

kardeşlerimin ruhuna ithaf olunur..!

Özet

Makalenin konusu, genel olarak Hanefî mezhebine göre *fesâd teorisi*, özelde ise *tashîhu'l-ukûd teorisi* ile ilgilidir. Bilindiği üzere fâsit akit, aslı itibarıyla meşru fakat vasfı itibarıyla gayri meşru olan akit çeşididir. Hanefî fukahâsının akitlerde sahih-fâsit-batıl olmak üzere üçlü taksime gitmelerinin altında yatan sebep, Şâri'in hitabıyla ilgili usûl anlayışına dayanmaktadır. Diğer üç mezhep Şâri'in yasağını ef'âl-i mükellefinin aslıyla ilişkilendirip yasak konusu olan eylemleri doğrudan batıl kabul ederken; Hanefîler bazı durumlarda ilahî nehyi fiillerin vafına ilişkin kabul ederek yasak konusu eylemleri fâsit

* Bu çalışma Necmettin Erbakan Üniversitesi'nde 2022 yılında tamamladığımız "Hanefî Mezhebinde Tashîhu'l-Ukûd Teorisi" başlıklı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır.

Geliş/Received: 23.08.2023 | **Kabul/Accepted:** 23.12.2023 | **Yayın/Published:** 30.12.2023

Atıf/Citation: Shamshiyev, Ozat. "Hanefî Mezhebine Göre Fesâdın Çeşitleri ve Tashîhu'l-Ukûd Örneği Olarak Müfsit Unsurun Giderilmesi". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 42 (Aralık 2023), 143-166./Shamshiyev, Ozat. "Types of Fasâd According to the Hanafi School and Removing the Voidable Elements as Implementation of *Tashîh al-'Uqûd*". *Journal of Islamic Law Studies* 42 (December 2023), 143-166.

<https://doi.org/10.59777/ihad.1348708>

İntihal/Plagiarism: Bu makale en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi./This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

© Ozat SHAMSHIYEV | CC BY-NC-ND 4.0 International

olarak nitelemektedir. Dolayısıyla Hanefîler'e göre fâsî kategorisine giren malî muâmelât işlemlerinin temelden iptal edilmeyip birtakım şartlar çerçevesinde sıhhat bulması söz konusu olabilmektedir. Bu makalede söz konusu fâsî sözleşmelerin sıhhatle hamledilmesi bağlamında daha önce çalışılmamış olan fesâdın çeşitleri ile müfsit unsurun giderilmesinin şartları üzerine odaklanılmıştır.

Konuyla ilgili birçok çalışma mevcut olup bu araştırmanın önemi, kuvvetli ve zayıf fesâdın çerçevesinin oluşturulması; aslî ve arızî fesâdın ve ilgili ihtilafların tespit edilmesi; fesâdın geçişkenliği meselesini gündeme getirmesi, mevcut fâsî sözleşmenin hangi şartlar çerçevesinde sıhhatle çevrildiğinin ortaya konması hususunda kendini göstermektedir. Ayrıca fesâdın sırf dünyevi bir hüküm olduğu ve uhrevî anlamda taraflara bir günah terettüp ettirmediğine dair yanlış bir algının düzeltilmesi bakımından da önem arz etmektedir.

Makalemiz teorik bir çalışmadır. Veriler toplanırken mümkün mertebeye aslî kaynaklara inilmeye çalışılmıştır. Konular tahlil edilirken fesâtla ilgili yapılmış çağdaş çalışmaların hemen hepsi incelenmiştir. Nitekim makalenin çerçevesi oluşturulurken mümkün olduğu kadar güncel çalışmaların değinilmediği noktalar üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Çalışma esnasında deskriptif ve analitik bir üslup kullanımına özen gösterilmiştir.

Fâsî sözleşmenin sıhhatle dönüştürülmesinde *sulbû'l-akit* (sözleşmenin özü) kavramı oldukça önem arz etmektedir. Zira fesâdın sözleşmenin özünde bulunduğu durumlarda tashihten söz edilememektedir. Hanefî fukahâsının sözleşmenin özünüyle akdin rükünlerini kastetmediklerine dikkat edilmelidir. Çünkü Hanefî mezhebine göre sözleşmenin rükünü yalnızca icap ve kabuldür. Hâlbuki *sulbû'l-akitle* kastedilen akdin yine kurucu unsurlarından olan bedellerdir. Bedeller (bedeleyn) ise sözleşmenin türüne göre değişiklik arz etmektedir. Söz gelimi satım akdinde mebi ile semen bedeleyn iken; sarf akdinde semen ile semendir. Dolayısıyla bedellerin cinsi, çeşidi ve miktarına dair fesât *kuvvetli fesât* olarak nitelendirilmektedir. Ödeme zamanı, teslim yeri, tarafların ileri sürdükleri (ca'lî) şartlarla ilgili fesât ise *zayıf fesât* olarak kabul edilmektedir. Kuvvetli fesâdın onarılması söz konusu değilken, zayıf fesâdın düşürülmesi imkân dahilindedir. Ancak meclis sona ermeden kuvvetli fesâdın giderilmesi pratikte mümkün olsa da teorik olarak bizim konumuzla ilgili değildir. Çünkü kuvvetli fesâdın düzeltilmesi, sözleşmenin yeniden kurgulanması anlamına gelmektedir. O durumda akit iktizâen baştan beri sahih olarak kurulmuş olur.

Akdi ifsat eden unsurlarla ilgili bir diğer taksime göre sözleşmenin kuruluş ânından itibaren (ibtidâen) mevcut olan fesâda *aslî* veya *mukârin* fesât denilirken; sözleşme sözlü olarak kurulduktan sonra ya meclis devam ederken veya sözleşmenin gereklerini ifâ aşamasında meydana gelen bir eksiklik/fesât ise *arızî* veya *târî* fesât olarak isimlendirilmektedir. Aslî ve arızî fesât hususunda Debûsî'nin aktardığına göre mezhebin kurucu

imamları arasında görüş farklılığı söz konusudur. Ebû Hanîfe'ye göre aslî fesât durumunda sözleşme sıhate hamledilemez; ancak arızî olması durumunda sıhate dönüştürülmesi söz konusudur. Buna karşılık İmâmeyn'in yaklaşımına göre fesat, sözleşmenin özünde olmadıktan sonra, aslî veya târi olması tashih sürecini olumlu veya olumsuz etkilememektedir.

Son olarak fesâtla ilgili durumları göz önünde bulundurmakla birlikte fâsî sözleşmenin sıhate hamli için birtakım şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir: Taraflar aynı akdi onarmaya rızası olmalı; fesât sözleşmenin özünde olmamalı ve tamamına sirayet etmemeli; tashih, fesât kalıcı hâle gelmeden gerçekleştirilmeli; aynı ma'kûd 'aleyh mevcudiyetini korumalı ve değişikliğe uğramamalı; üçüncü bir şahsın hakkına girme durumu söz konusu olmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Muâmelât, Tashîhu'l-'ukûd Teorisi, Fesât Çeşitleri, Fesâdın Giderilmesi ve Şartları.

Types of Fasâd According to the Ḥanafî School and Removing the Voidable Elements as Implementation of Taşhîh al-'Uqûd*

In memory of my Palestinian brothers and sisters

who were brutally murdered and martyred...!

Summary

The subject of this article is related to the theory of fasâd according to Ḥanafî law in general and the theory of *tashîh al-'ukûd* in particular. As a matter of fact, a voidable contract is a type of contracts that are legitimate in essence but illegitimate in certain attributes. The underlying reason for the Ḥanafî jurists' tripartite classification of contracts as legitimate-voidable-void is based on their understanding of the Divine speech. While the other three schools of law associate the Shâri's prohibition with the essence of the acts of the worshippers and consider the acts subject to the prohibition to be directly invalid (void), the Ḥanafîs, in some cases, attribute the divine prohibition to the secondary qualifications of the acts and characterize them as voidable. Therefore, according to the Ḥanafîs, financial transactions that fall into the category of voidable may not be canceled fundamentally, but may be validated under certain conditions. In this article, we focus on the types of the voidable elements and the conditions for the elimination of them, which have not been studied before in the context of rectification of the contracts.

* This article is grounded on my doctorate dissertation titled "Theory of Rectification of Contracts (Taşhîh al-'uqûd) Within the Scope of Hanafî Law School" (PhD Dissertation, Necmettin Erbakan University, Konya/TÜRKİYE, 2022).

There are many studies on the subject, and the importance of this research is manifested in establishing the framework of strong and weak fasād, identifying the essential (aşli) and incidental fasād (ṭāri') and related disputes, raising the issue of the transitivity of fasād, and revealing the conditions under which the existing voidable contract is converted into a valid contract. It is also important in terms of correcting the erroneous perception that the fasād is a merely structural (worldly) status of the contract and does not impose a sin on the parties in the hereafter.

Our article is a theoretical study. While collecting the data, we tried to go down to the original sources as much as possible. While analyzing the topics, almost all contemporary studies on the theory have been examined. As a matter of fact, while creating the framework of the article, we have tried to emphasize the points that contemporary studies have not touched upon. During the study, it has been focused on using a descriptive and analytical style as much as possible.

The concept of *şulb al-'aqd* (the essence of the contract) is very important in converting a voidable contract into a valid one. This is because in cases where the corruption is in the essence of the contract, there is no possibility of the rectification. It should be noted that the Ḥanafī jurists do not mean by *şulb al-'aqd* the essential elements (al-rukūn) of the contract. This is because, according to the Ḥanafī madhhab, the essential elements of a contract are only offer and acceptance. However, what is meant by the *şulb al-'aqd* is the counterparts (al-badalayn) of the contract, which are also constituent elements of the contract. The consideration (al-badalayn) varies according to the type of contract. For instance, in a contract of sale, mabī' and thaman are the counterparts, while in a money exchange contract, counterparts are thaman from both sides. Therefore, fasād regarding the type, kind and amount of the counterpart is considered strong one (al-fasād al-qawī). The defects related to the time of payment, the place of delivery, and the conditions put forward by the parties (al-sharṭ al-ja'li) are considered weak defects (al-fasād al-ḍa'if). While strong defect cannot be repaired, weak defects can be dismissed. However, although it is practically possible to rectify strong fasād before the end of the assembly of the parties, theoretically it is not relevant to our subject. Because the correction of strong fasād means reconstructing the contract, which denotes that the contract is established validly from the beginning.

According to another division of the elements that vitiate the contract, the fasād that is present from the moment of the establishment of the contract (ibtidā'an) is called primary fasād (aşli or muqārīn), while a deficiency that occurs after the contract, either during the assembly or during the execution of the requirements of the contract, is called incidental fasād ('āridī or ṭāri'). According to al-Dabūsī, there is a difference of opinion between the founding imams of the madhhab regarding the essential and

incidental defects. According to Abû Hanîfa, the contract cannot be converted into a valid contract in the case of a primary defect, but it can be converted into a valid contract in the case of an incidental defect. On the other hand, according to the approach of the Imâmâyın, as long as the defect is not in the essence of the contract, whether it is primary or incidental does not affect the rectification process.

Finally, in addition to taking into account the circumstances related to the fasâd, certain conditions must be met for the voidable contract to be restored to validity: The parties must consent to repair the same contract; the defect must not be in the essence of the contract and not permeate its entirety; the rectification must be carried out before the fasâd becomes permanent; the same ma'qûd 'alaih must remain in existence and not be altered; and there must be no infringement on the rights of a third party.

Keywords: Islamic Law, Muâmalât, Theory of Taşhîh al-'uqûd, Types of the Fasâd, Removing the Voidable Elements and Its Conditions.

Giriş

Hanefî müctehidlerin *tashîhu'l-ukûd teorisi* bağlamında ortaya koydukları akdi sıhate çevirmenin yollarından biri, müfsit unsurların ortadan kaldırılmasıyla fâsit akitlerin sahihe dönüştürülmesidir. *Fesât teorisi* çerçevesinde gelişen söz konusu yöntem fıkıh literatüründe *tashîhu'l-'akd bi-izâleti'l-müfsid¹* veya *tashîhu'l-'akd bi-iskâti'l-müfsid²* gibi ifadelerle dile getirilmektedir. Bugüne kadar fesât teorisi ile ilgili birçok çalışma yapılmıştır. Onların içinde özellikle fâsit akdin tashih edilmesine yönelik şu çalışmalar önem arz etmektedir (kronolojik olarak sıralanmıştır): Ahmed Yâsîn Karâle'nin “Tashîhu't-tasarrufâtî'l-fâside fi'l-fıkhî'l-İslâmî” (*Mecelletü's-şerî'a ve'l-kânûn* 39, 2009, 313-368.) isimli makalesi; Zâfir b. Muhammed Muhsin'in *Tashîhu'l-'ukûdi'l-fâside* (Riyad: İmâm Muhammed b. Su'ûd İslâmî Üniversitesi, Kaza Yüksek Enstitüsü, 2010.) adlı yüksek lisans tezi; Eflah b. Ahmed Halîlî'nin “Tashîhu'l-'ukûdi'l-fâside ve eseruhû fi'stikrârî't-te'âmûlât ve tatbîkâtuhu'l-fıkhîyye” (*AAOIFI 17. Yıllık Toplantısı Menama 7-8 Nisan 2019*) adlı bildirisi; Ali Haydar Bölükbaş ile Ali Kumaş tarafından kaleme alınan “Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fasid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı” (*Usul İslam Araştırmaları* 33, Nisan 2020, 55-77.) adlı makale. Bu çalışmalarda bizim ele aldığımız şekilde fesâdın çeşitleri ve fâsit akdin sıhate çevrilmesi için sağlanması gereken şartlar konu edinilmemiştir. Dolayısıyla bu makale bahsedilen boşlukların doldurulmasını hedeflemektedir. Esas konuya geçmeden önce kısaca fesât teorisinin teorik arka planından bahsedilecektir. Fesâdın tanımı, genel ve

¹ Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Daru'l-Ma'rife, 1993), 13/50.

² Ebû Muhammed (Ebü's-Senâ) Bedrüdîn el-'Aynî, *el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-'ilmîyye, 2000), 8/192.

özel olmak üzere fesâdın sebepleri gibi literatürde sıklıkla tekrar edilen konulara girilmeyecektir.

Mer'î hukukta *mutlak hükümsüzlük* olarak ifade edilen İslam hukukundaki batıl akitler, hukuki anlamda bir netice doğurmayan, bedellerin karşılıklı teslimi gerçekleşmesi durumunda *emânet* ahkâmı uygulanan bir akit nevidir. Batıl sözleşmenin hukuki anlamda bir varlığı olmadığı için feshi de gerekmemektedir. Buna mukabil fâsit akitler eksik ya da sakat da olsa hukuki bir varlığı olduğu için birtakım hükümler doğuran bir akit çeşididir. Söz gelimi fâsit sözleşme neticesinde mahallin teslimi ile birlikte sınırlı mülkiyet hakkı doğar. Literatürde buna, *temiz olmayan mülkiyet* anlamında habîs mülkiyet denmektedir.³ Aslı itibarıyla mün'akid olmasına binâen hakkında *nisbî hükümsüzlük* kuralları uygulanır ve kimi durumlarda vasıflarla ilgili noksanlıkların giderilmesi sonucu sıhhat ve kesinlik kazanır.⁴ Burada fukahânın *asıl* ile kastettikleri akdin kurucu unsuru olan rükünleri (Hanefiler'e göre icap ve kabul) ile yine rükünle ilgili olan ve akdin kuruluşu açısından birinci dereceden önem arz eden hususlardır. *Vasıfla* ifade etmek istedikleri ise ifanın yeri ve zamanına dair hususlar, ödeme şekli, calî şartlar vb. akdi çevreleyen ikincil unsurlardır.⁵

Fesât veya *fâsit*, bir fıkıh terimi olarak sözleşmenin hukuki yapısıyla ilgili, bir diğer ifadeyle akdin dünyevi hüküm boyutuna işaret eden bir kavramdır. Uhrevî boyutu itibarıyla ise fâsit bir akit, sözleşmede bulunan fesâdın durumuna bağlı olarak *tenzihen mekrûh*, *tahrîmen mekrûh* veya *haram* olarak nitelenebilmektedir. Örneğin, sözleşmenin vadesiyle ilgili bir bilinmezlikten kaynaklanan fesât *kerâhet* hükmü doğururken, karşılıksız fazlalık gibi ribâlî işlem nedeniyle fâsit olan akit *haramlık* ifade eder. Her iki akit örneğinin ortak özelliği, uhrevî hükümleri itibarıyla farklı seviyelerde olsa da fâilin mahzurlu bir fiil işlemesine sebep olması ve yapıları itibarıyla fâsit kategorisinde olmalarıdır.⁶ Dolayısıyla fâsit akit, yapısı bakımından mekruh akitten farklıdır. Mekruh akit, yapısı itibarıyla hem aslı hem de vasfı itibarıyla bir müfsit unsur içermese de Cuma ezanı okunurken yapılan alışveriş, bir Müslümanın pazarlığı üzerine yapılan pazarlık vb. gibi, harici bir etkenden (illet) dolayı yasaklanan akitlerdir. Fâsit akit ise hem hukuki hem de dinî olarak bir kusur/noksanlık barındıran bir sözleşme nevidir.⁷

³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: DİB Yayınları, 2017), 1/203.

⁴ Vehbî Süleymân Gâvecî, *el-Kâfi fi'l-fikhi'l-Hanefî* (Dimaşk: er-Risâletü'l-âlemiyye, 2013), 3/1109; Abdülhamîd Mahmûd Tahmâz, *el-Fıkhu'l-Hanefî fi sevbihi'l-cedîd* (Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 2018), 4/59-63.

⁵ Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed ed-Dimaşkî Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebâr ve câmi'i'l-bihâr*, ed. Abdülmün'im Halil İbrahim (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, 2002), 579.

⁶ Muhammed Takî Osmânî, *el-Fıkhu'l-buyû'ale'l-mezâhibi'l-erba'a* (Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 2018), 2/924.

⁷ Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimaşkî İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr 'alâ'd-Dürri'l-muhtâr* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1992), 5/49-50.

Hanefî müctehidler ibadetlerde fesâtla butlanı aynı kategoride ele alırken, özellikle malî muâmelât alanında ikisini farklı değerlendirmektedir. Diğer mezheplerin müctehidleri ise, İslam hukuku alanlarında bir ayırım gözetmeden *hükümsüzlük* anlamında fesât ile butlanı eşdeğer kabul etmektedir. Bununla beraber Hanefîlerin kimi zaman batıl akdi ifade etmek üzere fâsit nitelemesini kullanmaları söz konusu olduğu gibi,⁸ diğer mezhep hukukçularının da kimi konularda⁹ fâsit-batıl ayırımı gözetmek¹⁰ durumunda oldukları bir gerçektir.¹¹ Esas itibarıyla bu noktada fukahâyı görüş ayrılığına sevk eden sebep, *şer'î yasağın* (nehiy) anlamı ve anlamlandırılması ile ilgili usûlî ihtilafa dayanan bakış açısından kaynaklanmıştır.¹² Birinci gruptakiler Şâri'in yasağını mükellefin tasarrufunun aslına ircâ' ettikleri için, onların yaklaşımına göre ilke olarak yasak konusu edilen akitler kökten batıldır. Hanefî müctehidler ise tasarrufun aslına yönelik yasağı vasafla yönelik yasaktan ayrı değerlendirmek suretiyle meseleye daha ayrıntılı bir bakış açısıyla baktıkları için, onlara göre yasak konusu olan sözleşmelerin kimisi batıl, kimisi de fâsit olarak hüküm doğurabilmektedir.¹³ Bu vesileyle Hanefîlerin malî muâmelâta yönelik nehiyle ilgili yaklaşımını şu şekilde özetlemeyi uygun görüyoruz:

⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm*, 1/203.

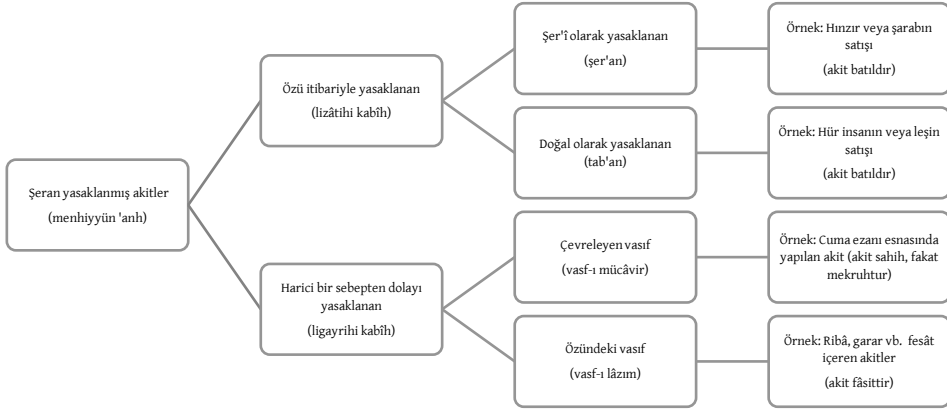
⁹ Cumhûrun Fesât ile butlanı farklı değerlendirdikleri yerler için bk. Komisyon, "Fesâd", *el-Mevsû'atu'l-fikhiyye 'l-Küveytiyye* (Küveyt: Vizâretü'l-evkâf, 1983-2006), 32/119-120.

¹⁰ Mansur Koçinkağ, "Şâfiî Mezhebinde Fesâd ve Butlân Kavramları Eşanlamlı Mıdır?", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 31 (2018), 121-132.

¹¹ Yunus Apaydın, "Fesad", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/417.

¹² Alî Haffî, *Ahkâmü'l-muâmelâti's-şer'iyye* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 2008), 332; Komisyon, "el-Bey'u'l-bâtıl", *el-Mevsû'atu'l-fikhiyye 'l-Küveytiyye* (Küveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve 'ş-şuûni'l-İslâmiyye, 1427), 9/53; Eflah b. Ahmed Halîfî, "Tashîhu'l-ukûdi'l-fâside ve eseruhû fi'stikrâri'-te'âmûlât ve tatbikâtuhu'l-fikhiyye", *AAOIFI 17. Yıllık Toplantısı Menama 7-8 Nisan 2019*, (2019), 7-8.

¹³ Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bk. Şihabeddin el-Karâfi, *Envâru'l-burûk fi envâi'l-furûk* (b.y.: 'Âlemu'l-kütüb, ts.), 2/82-85; Salâhuddîn Âlâî, *Tahkiku'l-murâd fi enne'n-nehye yakedî'l-fesâd* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî's-Sekâfiyye, ts.), 157-181.



Şekil 1. Kaynak: Hanefî Usûl Literatürü¹⁴

Yukarıdaki tablodan anlaşılacağı üzere, usûl-i fıkıh ilminde Şâri'in hitabından doğan *nehîy* konusu, usûlu'd-dîn ilmindeki *hüsün-kubuh* teorisine dayanmaktadır. Buna göre yasak konusu olan akit (menhiyyün 'anh) ya *lizâtihi* veya *ligayrihi kabîh* olduğu için Şâri tarafından nehyedilmiştir. *Lizâtihi kabîh* kabul edilen akitler de domuz ve şarap mîsallerinde olduğu gibi yasaklanma nedeni dinî ise *şer'an*; hür insanın¹⁵ ve leşin akde konu edinilmesinde olduğu üzere aklî/doğal bir gerekçe ise *tab'an*¹⁶ *kabîh* olmak üzere iki kısımda değerlendirilir. Hem *şer'an* hem de *tab'an* yasak konusu olan akitlerde akdin mahalli *şer'an* mütekavvim (müntefe'un bih) mal olmadığı için, her iki durumda da akde verilen hüküm mutlak hükümsüzlüktür (butlân). Buna karşın haricî bir illetten dolayı yasaklanmış olan (*ligayrihi kabîh*) akitler de aynı şekilde iki kısma ayrılır. Eğer *şer'î* ya sağın gerekçesi akdin bizzat kendisinden kaynaklanmayan ve akdi çevreleyen harici bir

¹⁴ Hüsâmeddîn Hüseyin b. Alî b. Haccâc b. Alî Sıgnâkî, *el-Kâfi şerhu'l-Pezdevî* (Riyad: Mektebetü'r-Rüşd li'l-Neşr ve't-Tevzîc, 2001), 2/657-658; Abdüllatif İbn Melek, *Şerhu'l-Menâr*, ed. İlyas Kaplan (İstanbul: Mektebetü'l-İrşad, 2014), 1/507-508; Ahmed b. Ebî Saîd Molla Cîven, *Nûrül-envâr fi şerhi'l-Menâr* (Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2015), 1/198-199.

¹⁵ Hanefî usûlünde hâkim kanaat hür insanın satışının *şer'an kabîh* olduğu yönünde olsa da Azmîzâde'nin buna bir itirazı vardır. Bk. Mustafâ Hâletî Azmîzâde, *Hâşiye 'alâ Şerhi'l-Menâr*, ed. İlyas Kaplan (İstanbul: Mektebetü'l-İrşad, 2014), 508.

¹⁶ Kaynaklarda *tab'an* yerine *hissen* veya *vaz'an* ifadeleri de kullanılmaktadır bk. Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd Bâbertî, *et-Takrîr li Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî* (Kuveyt: Kuveyt Vakıflar Bakanlığı, 2005), 2/192; İbn Melek, *Şerhu'l-Menâr*, 1/518-520; Ebü'l-Hasen Nûrüddîn Alî b. Sultân Muhammed el-Herevî Alî el-Kârî, *Şerhu Muhtasari'l-Menâr (Tavdihu'l-mebânî ve tenkihu'l-me'ânî)*, ed. İlyas Kaplan (İstanbul: Mektebetü'l-İrşad, 2006), 146-147.

durum ise, Cuma ezanı vaktinde akit yapma örneğinde olduğu gibi *mücâvir bir vasıftan* dolayı akit mekruh kabul edilir. Şayet yasağın gerekçesi akdin kendisine ait ve yapısının bir cüz'ü olan vasıftan (*vasf-ı lâzım*) kaynaklanıyorsa, şartlı, ribâlı veya gararlı satış¹⁷ örneklerinde olduğu gibi sözleşmenin aslı tam¹⁸ olmakla beraber vafına ilişkin söz konusu kusurdan dolayı akit eksik ve fâsit olarak değerlendirilir.¹⁹

Kural olarak fasit akdin, fesih hakkına sahip tarafça/tafalarca feshedilmesinin gerekliliği, tarafların feshe yanaşmadıkları durumlarda hâkimin söz konusu sözleşmeyi feshetme yetkisini elinde bulundurduğu kaydedilir.²⁰ Hâkime tanınan bu yetki, fesâdın asıl gerekçelerinden biri olan nizâ-i müşkili²¹ önleme suretiyle taraflardan her türlü potansiyel zararı bertaraf etme düşüncesine dayanır. Bununla beraber sözleşmede meydana gelen müfsit unsurun herhangi bir yolla ortadan kaldırılma imkânı varsa,²² bir başka ifadeyle sözleşmenin vafına ilişkin bozukluğun/noksanlığın düzeltilme imkânı varsa,²³ fesih seçeneğine gidilmeksizin müfsit unsur izâle edilir ve sözleşme sıhate dönüştürülebilir.²⁴ Bu konuda Züfer b. Hüzeyl (v. 158/775) dışında Hanefî fukahâsının hemen hepsinin yaklaşımı bu şekildedir. İmam Züfer'e göre ise fâsit olarak kurulmuş olan bir sözleşme sonradan hiçbir şekilde sahihe çevrilemez. Fâsit akdin sıhhatinden bahsedilecekse, yalnızca müfsit unsur içermeyecek şekilde yeni bir akit kurmak şarttır.²⁵

Hanefîlerin fâsit akit teorisi, bir açıdan hem üçüncü tarafı hem de bizzat akde taraf olanları himaye eden, diğer bir açıdan da çok ağır boyutta olmayan kusur ve eksiklikler içeren sözleşmenin bir anda hukuki zeminden kaldırılmasını önleyen, akde

¹⁷ Siddîk Muhammed el-Emin Darîr, *el-Garar fi'l-ukûd ve âsâruhu fi't-tatbîkâtî'l-mu'âsıra* (Cidde: İslam Kalkınma Bankası Yayınları, 1993), 32.

¹⁸ Alâüddîn Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr* (Kahire: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, 1308), 1/268.: على هذا الأصل وهو أن النهي في المشروعات يقتضي بقاء مشروعيتها

¹⁹ Muhammed Şemsüddîn b. Veliyyüddîn Ferfûr, *Muhtasarü'l-efkâr 'alâ metni'l-Menâr* (Dımaşk: Dâru'l-Ferfûr, 2001), 53-54.

²⁰ Ebû Bekir b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fi tertibi's-şerâ'î'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1986), 5/300.

²¹ Nizâ kavramının akit teorisindeki yeri için bk. Ali Haydar Bölükbaşı, *İslâm Borçlar Hukukunda Nizâ* (Rize: Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020), 169-178.

²² Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fi tertibi's-şerâ'î'*, 5/300.: لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما إذا كان الفساد لجهالة الأجل فأسقطه يسقط ويبقى البيع مشروعاً كما كان

²³ Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler* (İstanbul: A.H.İ. Yayıncılık, 2006), 100.

²⁴ Apaydın, "Fesâd", 12/420.

²⁵ Ebû Zeyd Abdullâh (Ubeydullâh) b. Muhammed b. Ömer b. İsâ Debûsî, *Te'sîsu'n-nazar*, ed. Muhammed Amîmulihsân el-Berketî (Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2016), 28.: الأصل أنه يجوز أن يتوقف الحكم في العقود وغيرها.: وعند زفر رحمه الله متى وقع الشيء جائزاً أو فاسداً لا يتقلب عن حاله لمعنى يطرأ عليه إلا بالتجديد والمعنى يطرأ عليها ويحدث فيها عندنا، وعند زفر رحمه الله متى وقع الشيء جائزاً أو فاسداً لا يتقلب عن حاله لمعنى يطرأ عليه إلا بالتجديد والاستئناف.

belli ölçüde ve birtakım şartlar çerçevesinde sonuç doğurma ve telâfi edilme imkânı sunan, tarafların nizâya götürebilecek hususları tespit edip düzeltmelerine, böylelikle sözleşmeyi sahih hâle çevirmelerine imkân veren²⁶ özgün bir medeni müeyyidedir.²⁷ Maliki müctehidlerinden Karâfî (v. 684/1285) Hanefîlerin fâsît akit yaklaşımını “hoş bir fıkıh anlayışı” (فقه حسن) şeklinde vasfetmiştir.²⁸ Hatta Abdurrezzâk Senhûrî fesât teorisinin Batılı vaz’î hukuk sistemlerinin yakalayamadıkları bir meziyet olduğunu ifade eder.²⁹ Çünkü Bölükbaşı’nın ifadesine göre akitlerde anlaşmazlığın önlenmesi bir ilkedir.³⁰ Bu ilkenin en güçlü dayanakları ise “...bir birinizin malınızı batıl yollarla yemeyin”,³¹ “Ey iman edenler! Karşılıklı rıza ilkesine dayalı ticaret çerçevesinde olmadığı sürece birbirinizin mallarını haksız yollarla yemeyin...”³² vb. ayetlerdir. Ayrıca “Ey iman edenler! Akitlerin gereğini tastamam yerine getiriniz...”³³ ayeti de güçlü bir dayanaktır. Nitekim içerisinde yaşadığımız çağın ihtiyaçları ile değişen ve gelişen şartları dikkate alındığında, fâsît akitlerin feshedilip ardından yeniden inşâ edilmesinin zaman ve mekân açısından hayli zorluklara sebebiyet verebileceği kaçınılmaz bir gerçektir. Ayrıca nakliye masrafları, vergi, tescil işlemleri, ticari ruhsatlar vb. maddi külfetler de hesaba katılırsa, fâsît sözleşmelerin fesih yerine mümkün mertebe onarılmasına ağırlık verilmesinin hayati önem arz edeceği inkâr edilmez.³⁴ Bu bağlamda Hanefî hukukunun ürünü olan *fesât* ve *tashîhu'l-ukûd* teorilerinin hukuk politikası, hukuki sürdürülebilirlik, hukuki istikrar, birey ve toplumun maslahatları ile ihtiyaçlarına cevap verme noktasında ne kadar önem arz ettiğini görmek mümkündür.

1. Akitlerde Yer Alan Fesat Çeşitleri

Hanefî literatürü *tashîhu'l-ukûd* ekseninde incelendiğinde 1) kuvvetli ve zayıf *fesât*; 2) *aslî* ve *ârzî* *fesât* olmak üzere birtakım *fesât* tasniflerine rastlanılır.

²⁶ Necmeddin Güney, “İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 16 (2010), 502.

²⁷ Apaydın, “Fesâd”, 12/421.

²⁸ Karâfî, *el-Furûk*, 2/84.

²⁹ Abdurrezzâk Senhûrî, *Mesâdiru'l-hakk fi'l-fikhi'l-İslâmî: dirâse mukârane bi'l-fikhi'l-garbi* (Beirut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, ts.), 4/111.

³⁰ Bölükbaşı, *İslâm Borçlar Hukukunda Nizâ*, 162-165.

³¹ el-Bakara 2/188.

³² en-Nisâ 4/29.

³³ el-Mâide 5/1.

³⁴ Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance* (Southern Gate Chichester: John Wiley & Sons Ltd., 2007), 123.

1.1. Kuvvetli ve Zayıf Fesât

Yukarıda işaret edildiği üzere, Hanefî mezhebine göre kimi durumlarda müfsit unsurun ortadan kaldırılması sonucunda fâsit sözleşmenin sahih bir akde dönüştürülmesi söz konusudur. Ancak bu durum akdin vasfına ilişen her türlü fesât için geçerli değildir. Bu bağlamda Hanefî metodolojisinin kurucu isimlerinden olan Kerhî'nin (v. 340/952) aşğıdaki ifadesi, konumuza doğrudan ışık tutmakta ve fesât kavramına daha detaylı yaklaşmayı gerektirmektedir. Bir hukuk ilkesi olarak literatürde yerini bulan ve binlerce fûrû' meselesine yansıyan Kerhî'nin söz konusu tespiti şu şekildedir: "Kurala göre, akdin sulbünde (özünde) bulunan fesât ile akdin vasfına (ikincil unsurlara) ilişen fesât ayrı ayrı değerlendirilmelidir."³⁵

Söz konusu kurala göre sözleşmenin özü anlamında kullanılan *sulbû'l-akit*,³⁶ güçlü ve zayıf fesât ayrımında kilit noktada bulunan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü akdin aslında ve özünde bulunan fesât *kuvvetli fesât* (الفساد القوي) olarak adlandırılırken sözleşmenin özünde bulunmayan fesâda *zayıf fesât* (الفساد الضعيف) denilmektedir.³⁷ Bu noktada akdin özüyle (*sulbû'l-akit*) kastedilenin, akdi akit yapan ve akdin varlığının kendisine bağlı olduğu temel unsurlar olduğu kaydedilmektedir.³⁸ Diğer bir ifadeyle Hanefîlere göre *sulbû'l-akit*, akde konu olan mal veya hizmet ile bunların karşılığı konusunda olan semen veya ücretten (*bedel* ile *mübdel*) oluşan sözleşmenin aslî unsurlarıdır.³⁹ Bu noktada *sulbû'l-akdin rükün* kavramını tam olarak karşılamadığına dikkat çekmekte fayda vardır. Zira rükün Hanefîlere göre sadece îcâp ve kabuldür. *Bedel* ile *mübdel* olarak ifade edilen iki bedel her ne kadar sözleşmenin aslî unsurları olsalar da ve zımnen îcâp ve kabulün içinde varmış gibi tasavvur edilseler de Hanefîler bunları ifade etmek üzere rükün yerine özellikle *sulbû'l-akit* kavramını kullanmayı yeğ görmüşlerdir.

Bedel ile *mübdel* (*bedeleyn*) birer cins kavramlar olup sözleşmenin türü ve tabiatına göre farklılık arz etmektedir. Örneğin satım akdinde *bedeleyn*, *mebi'* ile *semen* iken;

³⁵ Ebü'l-Hasen Ubeydullah b. el-Hüseyn b. Dellâl Kerhî, *el-Usûl*, ed. Muhammed Amîmulihsân el-Müceddidî-Berketî (Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2016), 12. 15. Asıl: الأصل أنه يفرق بين الفساد إذا دخل في صلب العقد وبينه إذا دخل في علقته من علاقته.

³⁶ *Sulbû'l-akit* kavramı ve ilgili örnekler için bk. Ali Haydar Bölükbaşı - Ali Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsîd Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbû'l-Akit' Kavramı", *Usul İslam Araştırmaları* 33 (Nisan 2020), 60.

³⁷ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fi tertibi's-şerâ'î'*, 5/300.

³⁸ Mahmûd b. Ahmed el-Merginânî Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-burhânî* (Beyrut: Daru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 2004), 7/102: ... صلب العقد الذي لا يوجد العقد بدونه.

³⁹ Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd Bâbertî, *el-Înâye şerhu'l-Hidâye* (b.y.: Dâru'l-Fikr, ts.), 6/465; Zeynüddîn b. İbrâhîm İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik* (b.y.: Dâru'l-Kütübî'l-İslâmî, ts.), 8/52.

kira (icâre) sözleşmesinde mübdel *menfaat*, bedel ise *ücrettir*.⁴⁰ O hâlde akdin çeşidine bağlı olarak değişiklik arz etmekle birlikte bedeleyn konumunda olan aslî unsurlara ilişkin müfsit vasıflar, birer kuvvetli fesât olarak değerlendirilebilir.

Ancak burada şu hususa da dikkat çekilmelidir: İvazlı sözleşmeler hem akdin özünde olan hem de özünde yer almayan noksanlıklarla fesâda uğrarken;⁴¹ müşâreke, mudârabeye,⁴² kitâbet,⁴³ nikâh⁴⁴ gibi akitler yalnızca bedeleyn ilişkine eksiklikle fâsit olabilmektedir. Zira ivazlı akitlerde nizâ ihtimali daha yükseken; mübadele özelliği taşımayan diğer akitler daha çok genişlik üzerine bina edilmiştir. Dolayısıyla onlarda meydana gelen fesat akdi doğrudan fesâda uğratmamaktadır.

Literatürde *bedel* ile *mübdele* ilişkine müfsit unsurun kuvvetli fesât olarak ele alındığını ifade etmiştik. Bunun anlamı ise, mebi' ile semenin bizzat zâtı ile mahiyetini ilgilendiren ve sözleşmenin fesâdına yol açan durumlardır. Demek oluyor ki bedeleyn meydana gelip de akdin butlanına yol açan durumlar araştırmanın konusu dışındadır.⁴⁵

Satım akdinde semenin domuz eti veya içki gibi gayr-i mütekavvim mal olması,⁴⁶ mebi ve/veya semenin cins, nevi, miktar veya evsaf konusunda bilinmezlik veya garar barındırması⁴⁷ vb. durumları fesâdın *bedellerde* bulunmasına örnek olarak gösterebiliriz. Örneklerdeki fesâdın tamamı, kuvvetli fesât kabilindedir. Buna karşın akdin ifa zamanına dair basit bilinmezlik⁴⁸ veya sözleşme taraflarından birine fazlaca menfaat getiren bir şartın ileri sürülmesi yani fasit şart⁴⁹ gibi örneklerdeki fesat ise sözleşmenin özünü,

⁴⁰ Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 60.

⁴¹ Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr* (y.b.: Daru'l-Fikr, ts.), 6/449: بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره.

⁴² Serahsî, *el-Mebsût*, 12/28: وعقد المضاربة نظير عقد الشركة لا يفسد بالشرط الفاسد إذا لم يكن متمكنا في صلب العقد.

⁴³ 'Aynî, *el-Binâye*, 10/388: وإنما تفسد إذا تمكن من الشرط في صلب العقد نحو ما إذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة.

⁴⁴ 'Aynî, *el-Binâye*, 10/388.

⁴⁵ Burada mebinin gayri mütekavvim mal olması, mebinin varlığının şüpheli olması, mebinin satıcının mülkiyetinde olmaması veya mebinin teslim edilememe riski taşıması gibi akdin butlanına yol açan durumlar kastedilmektedir. Akdin butlan ve fesâdı bağlamında gararın hukukî sonuçları için bk. Necmeddin Güney, *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013), 281-284.

⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hukkâm*, 1/380. Bu konuda İbnü'l-Hümâm'ın mezhep fukahâsından farklı bir tercihi vardır. Ona göre bir bey' akdinde mebiye karşılık şarap veya domuz gibi şer'an müntefe'un bih olmayan bir semen tayin edilirse akit fâsit olmaz, doğrudan batıl olur bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 6/44.

⁴⁷ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-burhânî*, 6/368; Güney, *İslam Borçlar Hukukunda Garar*, 283.

⁴⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/455.

⁴⁹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fi tertibi ş-şerâ'î'*, 5/300.

yani doğrudan bedellerin mâhiyetini ilgilendirmediği için zayıftır. Buna göre sözleşmenin bedeller dışındaki ikincil veya ârizî bir parçasında meydana gelip de akdin bizzat sulbüne ilişkin olmayan fesât zayıf fesât olarak isimlendirilir.⁵⁰ Bunun örneği nerde

Kuvvetli ve zayıf olmak üzere yapılan söz konusu ayırımının pratik sonucu ise şudur:⁵¹ Kuvvetli fesâdın ortadan kaldırılarak düzeltilme imkanı bulunmamakta; zayıf fesâdın ise izâle edilerek düzeltilmesi söz konusu olmaktadır.⁵² Söz gelimi iki dirhemle bir dirhemi mübadele etmek, şaraba karşılık bir elbise satmak,⁵³ bir mebi' satılırken semen olarak bin dirhem artı şarap üzerine anlaşmak⁵⁴ vb. örneklerde akdi fesâda götüren unsurlar akit meclisi devam ederken düzeltilse de mevcut olan fâsit akit sahih bir hâle dönüşmemektedir. Zira fesât, sözleşmenin özünde (bedeleyn) yer aldığı için kuvvetlidir.⁵⁵ Buna karşılık, karşılığında hediye alma şartıyla bir malı satmak,⁵⁶ hacılar hacdan dönünce, hasat mevsimi gelince veya Hıristiyanların dini bayramı gelince ödemek kaydıyla vadeli satım akdine girme⁵⁷ durumunda ise fesat, sözleşmenin ikincil bir unsurlarında yer aldığı için akde iyice yerleşerek kesinlik kazanmadan önce ifsat edici unsurun ortadan kaldırılarak sözleşmenin sıhate kavuşturulabilmesi söz konusudur.⁵⁸ Dolayısıyla ikinci gruptaki örnekler fesâdın semen ile mebi gibi aslî unsurlarda (bedeleyn) bulunmadığı zayıf ve düzeltilebilir fesâdın birer örneğidir. Ancak vadeli satım akitlerinde vadenin sadece basit düzeydeki cehâlet (basit bilinmezlik) içermesi durumunda fesâdın zayıf bir fesât sayılacağına dikkat edilmelidir.⁵⁹ Çünkü hacıların dönüş zamanı ve Hıristiyanların dini bayramları üzerine bağlanan vadeler, genel itibariyle bilinmezlik taşısa da gelmesi ve gerçekleşmesi mutlaka beklenen ve az bir araştırma neticesinde tespit edilebilen olaylardır. Buna karşın akdin vadesinin *rüzgârın esmesi* veya *yağmurun*

⁵⁰ Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 65.

⁵¹ Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, 5/178.: والأصل عندنا: أنه ينظر إلى الفساد فإن كان قويا بأن دخل في صلب العقد وهو البديل أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد... وإن كان ضعيفا لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل الجواز.

⁵² Bâbertî, *el-Înâye*, 6/455.

⁵³ Bâbertî, *el-Înâye*, 6/465.

⁵⁴ Serahsî, *el-Mebsûat*, 23/160.

⁵⁵ Serahsî, *el-Mebsûat*, 24/94.

⁵⁶ İbrâhîm b. Muhammed Halebî, *Mülteka'l-ebhur* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1998), 96.

⁵⁷ Ebû Hafs Necmüddîn Ömer b. Muhammed b. Ahmed es-Semerkindî Nesefî, *Şerhu Medâri'l-Usûl*, ed. Muhammed Amîmulihsân el-Berketî (Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2016), 12; Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr Mergînnânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, ed. Tılâl Yûsuf (Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, ts.), 3/50; Bâbertî, *el-Înâye*, 6/465.

⁵⁸ Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, 5/300.: لأن الفساد الذي لا يرجع إلى البديل لا يكون قويا لكونه محتملا للحذف والإسقاط.

⁵⁹ Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 71.

yağması gibi fahiş bilinmezlik içeren olaylara bağlanması, sözleşmeye ilişen fesâdı kuvvetli fesât hâline getirmektedir.⁶⁰ Zira rüzgârın esmesi ile yağmurun yağması gibi hâdiseler sözleşme için gerçek anlamda vade olabilecek mahiyette değildir. Ödeme zamanı olarak tayin edilebilmesi için vuku bulması yakın ve beklenen bir olay olması gerekmektedir.⁶¹ Dolayısıyla bu gibi durumlarda vade âdeta konuşulmamış gibi kabul edilir. Vadesi konuşulmayan sözleşme ise son tahlilde semeni tayin edilmeyen, dolayısıyla özü itibariyle sorun barındıran bir akit olunca kuvvetli fesâttan ötürü sıhhate dönüştürülememektedir.

Fâsîit sözleşmelerin sıhhate çevrilmesi ile ilgili dikkate değer bir husus, bazı durumlarda akdin özünde (sulbünde) yer alan fesâdın (kuvvetli fesât) bile akit meclisi dağılımadan önce giderilerek akdi kurtarmanın imkân dahilinde olmasıdır.⁶² Söz gelimi çatıdaki kirişin satımı,⁶³ cinsi veya çeşidi belirlenmemiş kumaşın⁶⁴ satımı,⁶⁵ iki arabadan birinin tayin edilmeden satımı,⁶⁶ sürünün içerisinde tayin edilmeden bir koyunun satımı,⁶⁷ buğdayın şarap veya domuz etiyle mübadelesinde olduğu gibi bir malın şeran semen olmaya müsait olmayan (gayri mütekavvim) bir şeye karşılık satılması⁶⁸ vb. müfsit unsurun doğrudan sözleşmenin özünde bulunduğu örneklerde ilke olarak fesât sebebi giderilememekte ve akit sıhhate çevrilememektedir. Ancak verilen örneklerde meclis dağılımadan önce fesât izâle edildiği takdirde sözleşmenin sahih olarak kurulacağı da kaydedilmektedir.⁶⁹ Burada şuna dikkat edilmelidir: Özünde fesât bulunan sözleşmelerin meclis sona ermeden tashih edilerek sıhhat kazanması, önceden var olan fâsîit sözleşmenin sıhhate dönüştürülmesi değil, karşılıklı rıza ile îcab ve kabule dayalı yeni bir sözleşmenin *iktizâ yoluyla* kurulmuş sayılması şeklinde değerlendirilmelidir.⁷⁰

⁶⁰ Beşîr Muhammed İzzüddîn Guryânî, “Tashîhu'l-ukûdi'l-fâside ve eseruhû fi'stikrârî't-te'âmûlât ve tatbîkâtuhu'l-fikhiyye”, *AAOIFI 17. Yıllık Toplantısı Menama* (2019), 38.

⁶¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/27.: وهذا بخلاف البيع إلى هبوب الريح وإمطار السماء؛ لأن ذلك ليس بأجل فالأجل ما يكون منتظر الوجود.

⁶² Bölükbaşı - Kumaş, “Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fasid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve ‘Sulbü'l-Akit’ Kavramı”, 63.

⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/27.

⁶⁴ Klasik fıkıh kitaplarında verilen örneklerde kumaşın günümüzdeki gibi standart (misli) mal olmadığı, bilakis kıyemî mal sınıfında olduğuna dikkat edilmelidir.

⁶⁵ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/44.

⁶⁶ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/45.

⁶⁷ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm*, 1/208.

⁶⁸ Neseîfî, *Şerhu Medâri'l-Usûl*, 12; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm*, 1/380.

⁶⁹ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fi tertibi's-şerâ'î'*, 4/207.

⁷⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/3; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fi tertibi's-şerâ'î'*, 4/207; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-burhânî*, 6/368; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 6/260.

Fesât konusunda kafa yoran araştırmacıların biri olan Bölükbaş da bu durumu *akdin teâtî yoluyula yeni baştan kurulması* olarak nitelermektedir.⁷¹

1.2. Aslî ve Ârizî Fesât

Hanefî hukukunda fesâtla ilgili yapılan bir diğerk ayrımaya göre, sözleşmenin yapı-lış ânından itibaren mevcut olan fesâtla sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen fesât birbirinden farklı değerlendirilmiştir. Fıkıh literatüründe bunların birincisine *aslî* veya *mukârin* fesât denilirken; ikincisi *ârizî* veya *târi* fesât olarak anılmaktadır.⁷² Bu bağ-lamda Hanefî usûlünün kurucu isimlerinden olan Debûsî (v. 430/1039), konumuza dair Ebû Hanîfe ile İmâmeyn arasındaki usûl farkını şu şekilde dile getirir:

“Ebû Hanîfe’ye göre aslolan, bir sözleşmeye müfsit olması hususunda icmâ edilen⁷³ kuvvetli bir fesât karışır, fesât akdin her tarafına yayılır ve akdin tamamı fâsit olur. İmâmeyn’e göre ise durum farklıdır.”⁷⁴

Literatürde *sirâyetü'l-fesâd*,⁷⁵ *te’addi’l-fesâd*⁷⁶ veya *şüyû’u’l-fesâd*⁷⁷ olarak da isimlendirilen bu konu, esas itibariyle sözleşmenin hükümsüzlüğünün ne zaman akdin tamamını kapsayıp ne zaman kapsamayacağı açısından önemlidir. Terim olarak *fesâdın geçişkenliği* ifadesi yaygınlık kazansa da konunun kapsamına *butlanın geçişkenliği* konusu da dahildir. Konudan çok uzaklaşmamak adına kaynaklarda geçen *fürû’* örneklerinden hareketle mevzuu şu şekilde özetleyebiliriz: İmâmeyn, fesâdın akdin kuruluşundan önce (aslî) veya sonra (ârizî) meydana gelmesi arasında bir fark gözetmemiştir. Onlara göre her iki durumda da fesât yayılmaz. Ebû Hanîfe ise aslî olduğu zaman fesâdın sözleşmenin tamamına sirayet edeceğini benimserken; ârizî fesât durumunda fesâdın

⁷¹ Bölükbaş - Kumaş, “Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fasid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve ‘Sulbü’l-Akit’ Kavramı”, 63.

⁷² Serahsî, *el-Mesât*, 22/34; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü’l-burhânî*, 9/190; Bâbertî, *el-İnâye*, 6/437; İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-Kadîr*, 9/409; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, 6/10.

⁷³ Haskefî, *ed-Dürü’l-muhtâr*, 569.: وقيدوا سراية الفساد في باب البيع الفاسد بالفاسد القوي المجمع عليه فيسري كجمع بين حر وعبد، بخلاف الضعيف فيقتصر على محله ولا يتعداه كجمع بين عبد ومدبر فتدبر.

⁷⁴ Debûsî, *Te’sîsu’n-nazar*, 23.: وليس الكُلّ. وشاع في الكُلّ. أوجب فساد. أو جب فساد قوي مجمع عليه: إذا دخله فساد قوي مجمع عليه: أوجب فساد. وشاع في الكُلّ. وليس كذلك عندهما.

⁷⁵ Haskefî, *ed-Dürü’l-muhtâr*, 569.

⁷⁶ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü’l-burhânî*, 9/189.

⁷⁷ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü’l-burhânî*, 7/84. *Şüyû’u’l-fesâda* benzer bir kavram *şüyû’u’l-feshitir*. Tâbiîn fukahâsından İbn Ebî Leylâ’ya (v. 148/765) göre muâmelât konularında ne zaman akdin bir kısmını feshet zorlayan bir sebep meydana gelirse, akdin tamamının feshi vâcip olur. Ayrıntı için bk. Debûsî, *Te’sîsu’n-nazar*, (45. asıl), 29. Ayrıca bk. İbnü’l-Hâzım, *Rûhü’l-fikh*, 74.

yalnızca müfsit unsurun miktarıyla sınırlı kalacağını ileri sürmüştür.⁷⁸ Örneğin peşin bir dinara karşılık “vadeli olmak” kaydıyla on dirhem konuşulursa, meclis dağılmadan önce on dirhem beş peşin verilir ise İmâmeyn’in kanaatine göre nakit miktarı kadar sarf akdi sahihtir. Bir diğer ifadeyle yarım dinara karşılık beş dirhem sahih bir şekilde değiştirilmiştir. Dinarın kalan yarımı açısından ise sarf akdi söz konusu değildir. Dolayısıyla fesâdın sözleşmenin kuruluşundan önce mevcut (şart olarak konuşulmuş) olmasının bir zararı yoktur. İmam A’zam’a göreyse, fesât aslî olduğu için akdin tamamını ifsat eder. Ancak aynı örnekte “peşin olmak” kaydıyla bir dinara karşılık on dirhem konuşulur, fakat meclis sona ermeden önce bir dinara karşılık yalnızca beş dirhem teslim edilirse, üç imama göre de sarf akdi kısmen sahihtir. Zira bu durumda fesât, akit kurulurken (şartları konuşulurken) değil mübadele ânında (sözleşmenin gereğinin îfası esnasında) söz konusu olduğu için ârızîdir. Dolayısıyla Ebû Hanîfe’ye göre de burada fesâdın geçişkenliği söz konusu değildir.⁷⁹

Ebû Hanîfe’nin aslî ve ârızî fesâtla ilgili söz konusu yaklaşımı, *Mecelle’de* yer alan şu iki kuralda da kendisini bariz bir şekilde hissettirmektedir: “İbtidâen tecvîz olunmayan şey bekâen tecvîz olunabilir”,⁸⁰ “Bekâ ibtidâdan esheldir”.⁸¹ Zira Ebû Hanîfe akdin kuruluş aşamasında (ibtidâ) şartları çok daha sıkı tutarak meydana gelen fesâdın akdin tamamını etkileyeceğini söylerken, akit kurulduktan sonraki aşamada (bekâ) ortaya çıkan fesâdın akdin tamamına yayılmayacağını, vuku bulduğu yerle sınırlı kalacağını benimsemektedir. Bu da akit kurulduktan sonra şartlar ve cevaz konusunda daha müsamahalı olunabileceğini ifade eden yukarıdaki iki kaidenin anlamıyla örtüşmektedir.

Fesâdın geçişkenliği meselesinde fukahânın ittifak ettiği nokta şudur: Şayet ma’kûd ‘aleyhin bir kısmı sahih ise, yani sözleşmeye konu olmaya müsait ise, diğer kısmı da fâsitse/batılsa (sözleşme konusu edilemiyor ise) ve bu unsurlar birbirinden zararsız bir biçimde bölünemiyorsa (teferruku’s-safka mümkün değilse), ittifakla fesât/butlan akdin tamamına yayılır.⁸²

Üç imamın görüşleri çerçevesinde kuvvetli-zayıf fesât ile aslî-ârızî fesâdın kesim noktalarını tespit etmek gerekirse şu şekilde karşılaşılabılıriz:

⁷⁸ Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü’l-burhânî*, 7/84.: والأصل عند أبي حنيفة أن العقد إذا كان صفقة واحدة وفسد بعضه بفسد الكل، وإذا فسد بعضه بفسد طارئ على العقد لا يفسد كله، أن الفساد بقدر المفسد على: والأصل عند أبي يوسف ومحمد مقارن للعقد فسد كله، وإذا فسد بعضه بفسد طارئ على العقد لا يفسد كله، كل حال.

⁷⁹ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i’ fi tertibi’ş-şerâ’i’*, 5/217.

⁸⁰ *Mecelle*, md. 55: يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.

⁸¹ *Mecelle*, md. 56: البقاء أسهل من الابتداء. Maddelerin şerhi ve örnekleri için bk. Ali Haydar, *Dürerü’l-hukkâm*, 1/121-123.

⁸² Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-sanâ’i’ fi tertibi’ş-şerâ’i’*, 5/217.

Ebû Hanîfe	Kuvvetli Fesât	Zayıf Fesât
Aslî Fesât	Fesât Geçişken ve Kuvvetli Tashih İmkânı Yok	Fesât Geçişken ve Zayıf Tashîh İmkânı Yok
Arızî Fesât	Fesât Geçişken Değil Fakat Kuvvetli Tashih İmkânı Yok	Fesât Geçişken Değil ve Zayıf Tashîh İmkânı Var

Şekil 2. Ebû Hanîfe'ye Göre Tashîh

İmâmeyn	Kuvvetli Fesât	Zayıf Fesât
Aslî Fesât	Fesât Geçişken Değil Fakat Kuvvetli Tashih İmkânı Yok	Fesât Geçişken Değil ve Zayıf Tashîh İmkânı Var
Arızî Fesât	Fesât Geçişken Değil Fakat Kuvvetli Tashih İmkânı Yok	Fesât Geçişken Değil ve Zayıf Tashîh İmkânı Var

Şekil 3. İmâmeyn'e Göre Tashîh

Yukarıda verilen tablolarla ilgili dikkat edilmelidir ki sözleşmede söz konusu olan kuvvetli ve aslî fesâda rağmen tarafların karşılıklı rıza ile fesâdı ortadan kaldırarak meclis dağılmadan sözleşmeyi onarmaları bu kapsama dahil değildir. Zira akitlerde karşılıklı rıza esas olduğu için sözleşmeyi yeniden kurma, içeriğini yeniden düzenleme veya tamamen feshetme hususunda taraflara oldukça geniş inisiyatif verilmiştir. Tablolarda sunulmaya çalışılan tashih ise, fâsit olarak kurulmuş bir akdin feshedilmeden ve yeni bir akde çevrilmeden olduğu gibi sıhate dönüştürülmesini ilgilendirir.

2. Fâsit Akdin Tashîh Edilmesinin Şartları

Hanefî mezhebinin fûrû' literatürü incelendiğinde, farklı yerlerde, fâsit akdin tashih edilebilmesinin şartlarından bahsedilmiştir. Söz konusu şartları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Taraflar sözleşmeyi onarmaya rıza göstermelidirler.⁸³ Zira âkideynin irade beyanı ile rızası, akdin kuruluş aşamasında olduğu kadar feshedilmesinde de yahut da fâsit akdi feshetmeden sıhate çevirmede de son derece belirleyicidir.⁸⁴

2) Fesât, sözleşmenin özünde (sulbü'l-akit) olmamalı ve akdin tamamına sirayet (şüyû'u'l-fesâd) etmemelidir.⁸⁵ Çünkü sözleşmenin özünde yer alan fesât kuvvetlidir. Kuvvetli fesât ise mevcut fâsit sözleşmenin sahih hâle dönüştürülmesi tasavvur edilemez. Fâsit sözleşmenin sahihe çevrilmesinde söz konusu olan zayıf fesât ise semenin vadesiyle ilgili bilinmezlik, süresi belirlenmemiş şart muhayyerliği ya da âkideynin birine veya her ikisine de menfaat sağlayan fâsit şart gibi bizzat bedeleynle ilintili olmayan durumlardır.

3) Akdi ifsat edici unsur, sözleşmenin özüne iyice işleyerek kesinlik kazanmadan önce (*kable't-takarrur*) ortadan kaldırılmalıdır.⁸⁶ Müfsit unsurun kesinlik kazanması (*ta-karruru'l-fesâd*), tarafları nizâyâ sürükleyebilecek potansiyelde olup sözleşme üzerinde olumsuz tesirinin ortaya çıkması anlamına gelmektedir.⁸⁷ İlgili örneklerden de anlaşılacağı üzere fesâdın sözleşmede karar kılarak kalıcı hâle gelmesi, sözleşme tarafları arasında nizâ-i müşkilin kaçınılmaz hâl almasını beraberinde getirmektedir.⁸⁸ Demek ki bu konuda asıl belirleyici unsur nizâdır.⁸⁹

Nizâm taraflar üzerindeki tesiri ise iki şekilde söz konusu olabilir:⁹⁰

a) Fesât vadenin bilinmezliğinden kaynaklanıyorsa konuşulan vadenin gelmesiyle. Örneğin hacıların dönüş zamanına veya ekinlerin hasat mevsimine bağlandığı bir vade misalinde fesât, sözleşmenin özüne değil ikincil bir unsuru olan vadeye ilişmiştir. Dolayısıyla nizâ ihtimali akit meclisinden sona ermesiyle kaçınılmaz hâle gelmemektedir. Çünkü her iki tarafın beklentisi akit meclisinden sonra meydana gelecek olan bir olaya

⁸³ Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 72.

⁸⁴ Alî Muhyiddîn Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ fi'l-'ukûd* (Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 2002), 1/219.

⁸⁵ Ahmed Yâsîn Karâle, "Tashîhu't-tasarrufâti'l-fâside fi'l-fikhi'l-İslâmî", *Mecelletü's-şerî'a ve'l-kânûn* 39 (2009), 348; Zâfir b. Muhammed Muhsin, *Tashîhu'l-'ukûdi'l-fâside* (Riyad: İmam Muhammed b. Su'ûd İslâmî Üniversitesi, Kaza Yüksek Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 55; Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 62; Guryânî, "Tashîhu'l-'ukûdi'l-fâside", 38.

⁸⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 17/189; Karâle, "Tashîhu't-tasarrufâti'l-fâside", 349; Muhsin, *Tashîhu'l-'ukûdi'l-fâside*, 56; Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 66.

⁸⁷ 'Aynî, *el-Binâye*, 8/192; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, 67268.

⁸⁸ 'Aynî, *el-Binâye*, 8/21.

⁸⁹ Bölükbaşı, *İslâm Borçlar Hukukunda Nizâ*, 213.

⁹⁰ Muhsin, *Tashîhu'l-'ukûdi'l-fâside*, 56.

bağlıdır. Dolayısıyla fesât ancak konuşulan vadenin dolmasıyla kesinlik kazanmakta ve sözleşmeden ayrılmayacak bir duruma gelmektedir. Örneğin Ağustos ayında yapılan bir sözleşmede net bir tarih belirlenmeyip ödeme zamanı Eylül ayında beklenen hasat mevsimine bağlanırsa, fakat o sene hasat mevsimi Ağustos ayının sonuna denk gelirse borçlu taraf için beklenmedik bir durum olacağından nizâ ihtimali söz konusu olur. Dolayısıyla sözleşme tashih edilecekse fesâdın konuşulan vade dolmadan önce düşürülmesi veya sözleşmenin gereğinin (ödeme) yerine getirilmesi gerekmektedir.⁹¹

Semenin vadesi, *rüzgârın esmesine veya yağmurun yağmasına* bağlanmış olan sözleşmelerde ise, esasında nizâ ihtimali daha meclis devam ederken söz konusudur. Zira fahiş bilinmezlik anlamı taşıyan söz konusu şartlar, gerçek anlamda vade değildir.⁹² Çünkü her iki taraf için de aşırı bilinmezlik ve mağduriyet ihtimali söz konusudur. Hâl böyle olunca bu gibi durumlarda vadeye ilişkin fesâdın sözleşme meclisi sona ermeden düzeltilmesi gerekmektedir.

b) Akdin fesâdına yol açan sebep vade dışında bir durumla/şartla ilgili ise, sözleşme meclisinin sona ermesiyle fesât kesinlik kazanır. Dolayısıyla tarafları nizâyâ düşürecek sebep sözleşme meclisi dağılmadan önce ortadan kaldırılmalıdır.⁹³ Aksi hâlde kural olarak meclis sona erdiğinde fesât takarrur etmiş olur. Söz gelimi sözleşmede taraflardan birine veya her ikisine menfaat sağlayan bir şart koşulursa, meclis sona erdiği zaman söz konusu fesât kaçınılmaz hâlde geleceğinden daha meclis dağılmadan müfsit şart düşürülmelidir.⁹⁴

4) Sözleşme konusu (ma'kûd 'aleyh) mevcut olmalıdır.⁹⁵ Diğer bir ifadeyle mebi ile semenin karşılıklı teslimi gerçekleşmiş olan fâsit bir sözleşmenin mahalli, alıcı tarafından tüketilmiş, kaybedilmiş veya üçüncü bir şahsa hediye edilmek suretiyle elden çıkarılmış olmamalıdır. Çünkü kural gereği fâsit sözleşmenin sahihe dönüştürülebilmesi için fesât konusu olan asıl unsurun (malın) ortada olması icap etmektedir.⁹⁶

⁹¹ Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fasid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 70.

⁹² Serahsî, *el-Mebsût*, 13/27.

⁹³ Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 68.

⁹⁴ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, 5/304.

⁹⁵ Karâle, "Tashîhu't-tasarrufâtî'l-fâside", 346; Bölükbaşı - Kumaş, "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fâsid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı", 73.

⁹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 13/49.

5) Sözleşme konusunun (ma'kûd 'aleyh) feshe engel olacak şekilde değişime uğramamış olması gerekmektedir.⁹⁷ Ma'kûd 'aleyhin değişikliğe uğraması, canlı varlık ise artması-eksilmesi veya çoğalması-azalması, cansız ise dışarıdan yapılan bir müdahale ile mâhiyet veya vasıf değiştirmesi demektir.⁹⁸ Bu tür şartın ileri sürülmesinin altında yatan gerekçe, sözleşme konusunda meydana gelen değişimin taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onamaya yönelik rızasını zedeleyeceği gerçeğidir.

6) Fâsit akdin tashihinden söz edilecekse üçüncü bir kişinin hakkının söz konusu olmaması gerekir.⁹⁹ Söz konusu şart, fâsit olarak edilen bir malın başka bir müşteriye sahih bir akit ve mübadele çerçevesinde intikal etmiş olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü fâsit sözleşmeden sonra aynı mal üzerinde yapılan sahih akitteki müşterinin hakkı, fâsit sözleşmedeki taraflarının hakkından önceliklidir. Bu durum, fâsit olarak kurulan birinci akdin sahihe çevrilmesinde veya feshedilmesinde Şâri hakkının (yani fesâdın tashihle veya fesihle ortadan kaldırılmasının dinî bir görev olması), sahih olarak gerçekleştirilen ikinci sözleşmede ise kul hakkının daha ağırlıklı olmasıyla ilişkilendirilmiştir.¹⁰⁰ Bilindiği üzere Hanefî fikhına göre kul hakkı ile Allah hakkı karşı karşıya geldiği zaman, kulun muhtaç Allah'ın ise her şeyden müstağni olduğu düşüncesinden hareketle kul hakkına öncelik verilir. Nitekim sahih akitten doğan üçüncü kişinin mal üzerindeki hakkı, önceki fâsit akdin hukukuna öncelenir. Dolayısıyla böylesi durumlarda fâsit akdin tashihinden söz edilememekte, kendisine zorunlu olarak sahih akit muamelesi yapılmaktadır.¹⁰¹

Sonuç Yerine

Özellikle Arapça olarak ortaya konulan akademik çalışmaların büyük bir kısmında *tashîhu'l-'ukûd* düşüncesinin, yalnızca fâsit olarak inşâ edilen ve tarafları nizâyâ düşürebilecek bir eksiklik bulduran fâsit akitlerin sıhate çevrilmesi olarak anlaşıldığı görülmektedir. Hâlbuki Hanefî fukahâsının ortaya koyduğu *tashîhu'l-'ukûd teorisi*,

⁹⁷ Ayhan Hıra, "Hanefîlerin Fâsit Akit Anlayışı ve Fâsit Satım Akdinin Feshedilmesine Engel Olan Durumlar", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 29 (2017), 131.

⁹⁸ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, 3/155; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 5/100-101; Tahmâz, *el-Fıkhü'l-Hanefî*, 4/75-76.

⁹⁹ "Akd-i fâside hakk-ı gayr tealluk ider ise lâzım olub, fesâd mürtefi' olur" bk. Musa Carullah Bigiyef, *Kavâid-i Fıkhiyye: İslâm Hukukunun Genel İlkeleri*, ed. Ferhat Koca (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2018), 193. Bilindiği üzere "fesâdın mürtefi" olması, akdin tashih edilmesi anlamında değildir. Zira burada üçüncü kişinin hakkını korumak adına, önceki fesâdın etkisi yok kabul edilmektedir. Hukukî anlamda fesâdın etkisi görülmemekle birlikte, bu durum önceki fâsit akdin günahının ortadan kalktığını göstermez.

¹⁰⁰ Tahmâz, *el-Fıkhü'l-Hanefî*, 4/60-61.

¹⁰¹ 'Aynî, *el-Binâye*, 11/364.

daha farklı ve kapsamlıdır.¹⁰² Ayrıca her ne kadar fesât teorisi Hanefî mezhebinin diğer mezheplerden farklı olarak ortaya koyduğu özgün bir fıkıh ürünü olsa da *izâletü'l-müfsid* şeklinde ifade edilen söz konusu yöntem *tashîhu'l-'ukûd* teorisine göre bir amaç değil, yapılan yanlışlık ve hatadan dönme (tövbe) anlamında fâsit olarak kurulan sözleşmenin onarılarak sağlıklı bir şekle kavuşturulmasını ifade eden bir araçtır. Çünkü teoriye göre aslanan, sözleşmeyi fâsit olarak kurduktan sonra sıhate çevirmek değil, akdin mümkün olduğu kadar kuruluş anından itibaren sahih kabul edilmesidir. Bir başka ifadeyle yaygın olarak düşünüldüğü gibi fâsit akit, “tarafalara sözleşmeyi önce fâsit olarak kurup, daha sonra fesâdı giderme suretiyle sahihe çevirmeye imkân tanıyan” bir akit değildir. Yani kasıtlı olarak fâsit akit kurmak veya fâsit akde yönelmek de uhrevî açıdan bakıldığında günahdır. Nitekim, mahzurlu olması açısından fâsit akdin mekruh akde göre daha ağır olduğu ifade edilmiştir. O hâlde günümüz araştırmacılarının zihninde fâsit akitle ilgili yer alan “fesâdın yalnızca sözleşmenin yapılışı ile ilgili dünyevi bir hüküm olduğu, fâsit sözleşmenin uhrevî anlamda bir mahzur bulundurmadığına” dair yanlış tasavvurun da düzeltilmesi gerekmektedir.

Bu noktada zihinlerde şöyle bir muhtemel soru oluşabilir: “Şayet taraflar sözleşme serbestisi ve karşılıklı rızaya dayalı olarak akit meclisi sona ermeden her türlü fesâdı ortadan kaldırebiliyor ve şartları yeniden konuşabiliyorlarsa; üstelik fesâdın sözleşmenin özünde olup olmaması arasında da bir fark olmuyorsa, bu makalede yapılan onca tahlilin ne önemi vardır?” Buna şöyle cevap verilebilir: “Evet. Hakikaten fâsit akdin feshedilmeyip sıhate çevrilmesinin birçok şartı bulunmaktadır. Fesâdın aslî-arızî veya kuvvetli-zayıflı olmasına bağlı olarak tashih imkânı da oldukça sınırlı kalmaktadır. Dolayısıyla konunun pratikten ziyade teorik önemi daha ön plana çıkmaktadır. Ancak bununla birlikte bir konunun teorik çerçevesinin oluşturulması, sınırlarının çizilmesi, şartlarının tespit edilip yanlış anlaşılmaya müsait hususların izah edilmesi bile akademik olarak bir değer ifade etmektedir”. Nitekim Giriş kısmında önceki çalışmalarda ele alınmayan fesâdın çeşitleri ile fesâdın giderilmesinin mâhiyeti ile şartlarını inceleyeceğimizi dile getirmiştik. Bu bağlamda aslî-arızî ve kuvvetli-zayıf olmak üzere fesat çeşitlerini tespit ederek; hangi durum ve şartlar çerçevesinde fesâdın giderilmesinin söz konusu olabileceğini ortaya koyarak çalışmanın amacına ulaştığımızı ifade edebiliriz.

Etik Beyan/Ethical Statement: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur./It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited.

¹⁰² Tashih teorisinin tamamını görebilmek için bk. Ozat Shamshiyev, *Hanefî Hukukunda Akitlerin Tashihi* (İstanbul: Kitap Dünyası, 2022).

Çıkar Çatışması/Competing Interests: Yazar, çıkar çatışması olmadığını beyan eder./The author declare that have no competing interests.

Finansman/Funding: Yazar, bu araştırmayı desteklemek için herhangi bir dış fon almadığını kabul eder./The author acknowledge that they received no external funding in support of this research.

Kaynakça

- Abdülazîz el-Buhârî, Alâüddîn. *Keşfü'l-esrâr*. 4 Cilt. Kahire: Dâru'l-Kitâbi'l-İslami, 1308.
- Âlâî, Salâhuddîn. *Tahkîku'l-murâd fî enne'n-nehye yaktedî'l-fesâd*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi's-Sekâfiyye, ts.
- Alî el-Kârî, Ebü'l-Hasen Nûrüddîn Alî b. Sultân Muhammed el-Herevî. *Şerhu Muhtasari'l-Menâr (Tavdîhu'l-mebânî ve tenkîhu'l-me'ânî)*. ed. İlyas Kaplan. İstanbul: Mektebetü'l-İrşâd, 2006.
- Ali Haydar Efendi. *Dürrü'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. 4 Cilt. İstanbul: DİB Yayınları, 2017.
- Apaydın, Yunus. "Fesad". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- ‘Aynî, Ebû Muhammed (Ebü's-Senâ) Bedrüddîn. *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.
- Ayub, Muhammad. *Understanding Islamic Finance*. Southern Gate Chichester: John Wiley & Sons Ltd., 2007.
- Azmîzâde, Mustafâ Hâletî. *Hâşiye 'alâ Şerhi'l-Menâr*. ed. İlyas Kaplan. İstanbul: Mektebetü'l-İrşâd, 2014.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd. *el-'İnâye şerhu'l-Hidâye*. 10 Cilt. b.y.: Dâru'l-Fikr, ts.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd. *et-Takrîr li Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî*. 8 Cilt. Kuveyt: Kuveyt Vakıflar Bakanlığı, 2005.
- Bigiyef, Musa Carullah. *Kavâid-i Fikhiyye: İslâm Hukukunun Genel İlkeleri*. ed. Ferhat Koca. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2018.
- Bölükbaşı, Ali Haydar. *İslâm Borçlar Hukukunda Nizâ*. Rize: Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020.
- Bölükbaşı, Ali Haydar - Kumaş, Ali. "Nizaya Götüren Cehâlet veya Garar Sebebiyle Fasid Olan Akitlerin Sahihe Dönüştürülmesi ve 'Sulbü'l-Akit' Kavramı". *Usul İslam Araştırmaları* 33 (Nisan 2020), 55-77.
- Burhâneddin el-Buhârî, Mahmûd b. Ahmed el-Merginânî. *el-Muhîtü'l-burhânî*. 9 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2004.
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akidler*. İstanbul: A.H.İ. Yayıncılık, 2006.

- Darîr, Sıddîk Muhammed el-Emîn. *el-Garar fi'l-ukûd ve âsâruh fi't-tatbîkâtî'l-mu'âsıra*. Cidde: İslam Kalkınma Bankası Yayınları, 1993.
- Debûsî, Ebû Zeyd Abdullâh (Ubeydullâh) b. Muhammed b. Ömer b. Îsâ. *Te'sîsu'n-nazar*. ed. Muhammed Amîmulihsân el-Berketî. Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2016.
- Ferfûr, Muhammed Şemsüddîn b. Veliyyüddîn. *Muhtasarü'l-efkâr 'alâ metni'l-Menâr*. Dımaşk: Dâru'l-Ferfûr, 2001.
- Gâvecî, Vehbî Süleymân. *el-Kâfi fi'l-fikhi'l-Hanefî*. 3 Cilt. Dımaşk: er-Risâletü'l-âlemiyye, 2013.
- Guryânî, Beşîr Muhammed İzzüddîn. "Tashîhu'l-ukûdî'l-fâside ve eseruhû fi'stikrâri't-te'âmûlât ve tatbîkâtuhu'l-fikhiyye". *AAOIFI 17. Yıllık Toplantısı Menama 7-8 Nisan (2019)* 1-58.
- Güney, Necmeddin. "İslam Borçlar Hukukunda Satım Akdinin Konusuna Dair Cehâlet ve Akde Etkisi". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 16 (2010), 491-502.
- Güney, Necmeddin. *Satım Akdi Özelinde İslam Borçlar Hukukunda Garar*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.
- Haffî, Alî. *Ahkâmu'l-muâmelâti's-şer'iyye*. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 2008.
- Halebî, İbrâhîm b. Muhammed. *Mülteka'l-ebhur*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1998.
- Halîfî, Eflah b. Ahmed. "Tashîhu'l-ukûdî'l-fâside ve eseruhû fi'stikrâri't-te'âmûlât ve tatbîkâtuhu'l-fikhiyye". *AAOIFI 17. Yıllık Toplantısı Menama 7-8 Nisan (2019)*, 1-32.
- Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed ed-Dımaşkî. *ed-Dürrü'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebâr ve câmi'i'l-bihâr*. ed. Abdülmün'im Halil İbrahim. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2002.
- Hıra, Ayhan. "Hanefilerin Fasit Akit Anlayışı ve Fasit Satım Akdinin Feshedilmesine Engel Olan Durumlar". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 29 (2017), 115-135.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî. *Reddü'l-muhtâr 'alâ'd-Dürri'l-muhtâr*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1992.
- İbn Melek, Abdüllatif. *Şerhu'l-Menâr*. ed. İlyas Kaplan. İstanbul: Mektebetü'l-İrşad, 2014.
- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm. *el-Bahrü'r-râ'ik*. 8 Cilt. b.y.: Daru'l-Kütübü'l-İslâmî, ts.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid. *Fethü'l-Kadîr*. 10 Cilt. b.y.: Daru'l-Fikr, ts.
- Karadâğî, Alî Muhyiddîn. *Mebdeü'r-rızâ fi'l-ukûd*. Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 2002.
- Karâfî, Şihabeddin. *Envâru'l-burûk fi envâi'l-furûk*. b.y.: 'Âlemu'l-kütüb, ts.
- Karâle, Ahmed Yâsîn. "Tashîhu't-tasarrafâtî'l-fâside fi'l-fikhi'l-İslâmî". *Mecelletü's-şer'i'a ve'l-kânûn* 39 (2009), 313-368.

- Kâsânî, Ebû Bekir b. Mes'ûd. *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fi tertibi's-şerâ'î'*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1986.
- Kerhî, Ebü'l-Hasen Ubeydullah b. el-Hüseyn b. Dellâl. *el-Usûl*. ed. Muhammed Amîmulihşân el-Müceddidî-Berketî. Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2016.
- Koçinkağ, Mansur. "Şâfiî Mezhebinde Fesâd ve Butlân Kavramları Eşanlamlı Mıdır?" *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 31 (2018), 121-132.
- Komisyon. "el-Bey'u'l-bâtıl". *el-Mevsû'atu'l-fikhiyye 'l-Küveytiyye*. 9/52-59. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-şuûni'l-İslâmiyye, 1427.
- Komisyon. "Fesâd". *el-Mevsû'atu'l-fikhiyye 'l-Küveytiyye*. 32/119-120. Kuveyt: Vizâretü'l-evkâf, 1983-2006.
- Mergînânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*. ed. Tılâl Yûsuf. 4 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, ts.
- Molla Cîven, Ahmed b. Ebî Saîd. *Nûrû'l-envâr fi şerhi'l-Menâr*. 2 Cilt. Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2015.
- Muhsin, Zâfir b. Muhammed. *Tashîhu'l-'ukûdi'l-fâside*. Riyad: İmam Muhammed b. Su'ûd İslâmî Üniversitesi, Kaza Yüksek Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Nesefî, Ebû Hafs Necmüddîn Ömer b. Muhammed b. Ahmed es-Semerkindî. *Şerhu Medâri'l-Usûl*. ed. Muhammed Amîmulihşân el-Berketî. Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2016.
- Osmânî, Muhammed Takî. *Fıkhü'l-buyû' 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a*. 2 Cilt. Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 2018.
- Senhûrî, Abdurrezzâk. *Mesâdiru'l-hakk fi'l-fikhi'l-İslâmî: dirâse mukârane bi'l-fikhi'l-garbî*. Beyrut: Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, ts.
- Serahsî, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*. 30 Cilt. Beyrut: Daru'l-Ma'rife, 1993.
- Shamshiyev, Ozat. *Hanefi Hukukunda Akitlerin Tashihi*. İstanbul: Kitap Dünyası, 2022.
- Sığnâkî, Hüsâmeddîn Hüseyin b. Alî b. Haccâc b. Alî. *el-Kâfi şerhu'l-Pezdevî*. 5 Cilt. Riyad: Mektebetü'r-Rüşd li'l-Neşr ve't-Tevzî', 2001.
- Tahmâz, Abdülhamîd Mahmûd. *el-Fıkhü'l-Hanefî fi sevbihi'l-cedîd*. 5 Cilt. Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 2018.