

HANEFİLERİN FASİT AKİT ANLAYIŞI VE FASİT SATIM AKDİNİN FESHEDİLMESİNE ENGEL OLAN DURUMLAR

Yrd. Doç. Dr. Ayhan HIRA *

Özet: İslam hukukçularının çoğunluğu akdin kuruluşuna dair temel unsurları ve bunlara ilişkin şartları taraflar, irade beyanı, mahal ve bunlara dair şartlar bağlamında bir bütün halinde tespit etmişlerdir. Bu sebeple şartların gerçekleşmesi halinde akit kurulmuş, gerçekleşmemesi halinde kurulmamış sayılır. Fesat ve butlan kavramlarının eş anlamlı olarak kullanılması suretiyle akdin kurulmamasının yaptırımı tek derecelidir. Hanefilerde ise icap-kabul, taraflar ve mahal sıralaması dâhilinde ilk sırada yer alan irade beyanı akdin rûknü sayılır. Şartlar ise in'ikat şartları, nefâz şartları, sıhhat şartları ve lüzum şartları şeklinde sınıflandırılmıştır. Rûkne özgü şartlarla birlikte taraflara ve mahale ilişkin şartlar in'ikat şartları içinde mütalaa edilir. Bunlardaki eksiklik akdin kurulmamış olduğunu gösterir. Nefâz şartları, akdin derhal yürürlük kazanıp kazanmamasıyla ilgilidir. Bu şartların bulunması halinde akit aslen mevcuttur. Sıhhat şartları ise akdin aslına değil vasfına ilişkin ikincil şartlardır. Bunların eksikliği akdin özüne zarar vermez. Lüzum şartları, tarafların karşılıklı borç yükümlüsü sayılıp sayılmamaları anlamında bağlayıcılık şartlarıdır. Hanefilerin akitte sahih, fasit ve batıl şeklindeki ayrımları söz konusu akit sisteminin sonucudur. Bu sonuç aynı zamanda fasit ve batıl şeklinde iki dereceli bir yaptırımın da ifadesi olmaktadır. Bu çalışmada, Hanefilerin fasit akit tanımı, bu akdin ölçütleri ve feshine engel olan durumlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Akit, Sıhhat, Fesat, Butlan, Fesih, Mani.

Voidable Contract Discrimination of Hanafi's Jurists and Non-Cancellation Conditions of Voidable Sales Contract

Abstract: The majority of the Islamic jurists have identified the basic elements establishment of contract and related conditions in the context of parties, declaration of will, place and terms in relation as a whole. For this reason, if the conditions are fulfilled, the contract is deemed to have been established and if the conditions are not fulfilled, the contract is deemed not to have been established. The sanction of not establishing a contract by means of the synonyms of the concepts of sedition and invalidity is the only criterion. In the Hanafis, declaration of will that ranks the first within sequence of offer-acceptance, parties and place is deemed the element of the contract. Conditions are categorized as conditions of conclusion, permeation, authenticity and exigency. Conditions regarding parties and place as well as the ones specific to the element are scrutinized within the conditions of conclusion. The deficiency within these indicates absence of contract. Conditions of permeation are related to whether the contract gains validity or not. In case of existence of conditions so far, the contract originally exists. Conditions of authenticity are secondary conditions related to quality of the contract, rather than its essence. Absence of these does not harm the essence of the contract. Conditions of exigency are conditions of bindingness in the sense whether parties are deemed mutual debt obligators. Hanafis' discrimination as authentic, voidable and superstitious is a result of the system of contract. This result is also an expression of a two-degree sanction as voidable and superstitious. In this study, it will be examined definitions of voidable contract, criteria of this contract and situations impeding its cancellation.

Keywords: Contract, Authenticity, Voidable, Invalidity, Cancellation, Impediment.

* Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Öğretim Üyesi, ayhnhira@hotmail.com

GİRİŞ

İslam hukukunda “akit” kavramı, sözlükte “bir şeyin uçlarını birbirine bağlamak, düğümlemek” gibi anlamlara gelmektedir ve Türkçede “sözleşme” kavramıyla karşılanmaktadır. Buna göre kavram, sözlük anlamıyla bağlantılı olarak, tarafların birbirlerine karşı borçlanılan şeyle alakalı yükümlülük bağıını ifade etmektedir. Bu bakımdan akit, hukukî anlaşmaların tümünü içerecek şekilde geniş kapsamlıdır.¹

Hanefiler dışındaki İslam hukukçularının çoğunluğunun akde bakışı, bütün hukukî anlaşmaları ihtiva edecek tarzda genel kapsamlıdır. Bu hukukçular “tek ya da daha fazla iradenin azmederek yöneldiği her türlü tasarrufu ve bunun doğurduğu yükümlülüğü (iltizam)” akit kavramıyla tanımlamaktadırlar.² Buna karşın daha çok Hanefî fakihlerin benimsediği “*Tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir.*”³ şeklindeki tanım ise bir öncekine göre daha dar bir mahiyet arz etmektedir. Nitekim bu tanımda akit kavramıyla kastedilmek istenen anlam, satım akdi gibi bir akdin kuruluşudur. Dolayısıyla tarifteki vurgu, satıcının ve alıcının malî mübadele yükümlülüğü altına girmesi ve bunu taahhüt etmesidir.⁴

Hanefî fûrû fıkıh kaynaklarda *bey'* ya da bunun alt türlerini ifade etmek üzere *büyü'* başlığında ele alınan, en yaygın borç kaynağı ve mülkiyet sebebi olarak bilinen “satış sözleşmesi” ise “*Bey', malı mala değişmektir*”⁵ şeklinde tarif edilmiştir. Tarifte akdin adının ve mahiyetinin belirtilmesi, satış sözleşmesinin isimli ve dolayısıyla özel bir akit türü olduğu anlamına gelmektedir. Bu akdin ele alındığı başlıklar incelendiğinde, tanımdan sonra icap kabul konusuna öncelik verildiği, ardından tarafların edimlerini ifa yükümlülüğü yani iltizam ve taahhüde ilişkin meselelerin ele alındığı görülmektedir.⁶

- 1 Bu makalede sözleşme ve akit kavramları birbiri yerine eşanlamlı kullanılacaktır. Akit kavramının anlamları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. el-Ezherî, Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed (v. 370/980), *Tehzibü'l-lüga*, Dâru İhyâ'it-Türâsî'l-Arabî, Beyrut 2001, I, 134-136; İbn Fâris, Ahmed b. Fâris b. Zekerîyya el-Kaznevî (v. 395/1004), *Mu'cemu mekâyîsî'l-lüga*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1979, IV, 86-89; Râzî, Zeyneddin Muhammed b. Ebû Bekr b. Abdulkadir (v. 666/1268), *Muhtârû's-sihâh*, el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut 1999, s. 214; İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemâleddin Muhammed b. Mükerrrem (v. 711/1311), *Lisânu'l-Arab*, Dâru Sâdır, Beyrut 1994, III, 296 vd.; Tehânevî, Muhammed Ali b. Ali (v. 1158/1746), *Keşşâfu istilâhâtî'l-fünûn*, Mektebetü Lübnan, Beyrut 1996, II, 1192; ez-Zebidî, Ebû'l-Feyz Muhammed b. Muhammed (v. 1205/1791), *Tâcü'l-arûs min cevâhiri'l-kâmûs*, Dâru'l-Hidâye, Lübnan ts., VIII, 394; Ebû Zehrâ, Muhammed (v. 1974), *el-Mülkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, ty., s. 199; Zeydan, Abdülkerim (v. 2014), *el-Medhal li dirâseti'l-Şeriati'l-İslâmiyye*, Dâru Ömer b. el-Hattâb, Kahire 2001, s. 285; Vehbe Zuhaylî (v. 2015), *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuh*, Dâru'l-Fikr, Dimeşk 1985, IV, 80.
- 2 Akde yönelik bu bakış açısı, taraf sayısı kayıtlanamaksızın borç kaynağı anlamında sebep ve hukukî sonuç ilişkisi bağlamında bir terimleşmenin varlığına işaret etmektedir. Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 80; Ebû Zehra, *el-Milkiyye*, s. 199 vd.; Mustafa Kelebek, *İslam Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf'un Öncelikleri*, İstanbul 2014, s. 47. İltizam terimi, hukukî işlem dışındaki kaynaklardan doğan borç ilişkilerini yani akit dışı sorumluluktan doğan damân terimini kapsamına almaz. Bkz. Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, İstanbul 1998, s. 22. Kişinin tasarrufları sayesinde kendini iltizam etmesi, kendini borç altına sokması demektir. Kişi irade beyanı veya bir fiili sebebiyle ödemeye muhatap olabilir. Kelebek, *age.*, s. 42.
- 3 Mecelle, md. 103.
- 4 Ali Haydar, Hoca Eminzâde/Büyük Haydar Efendi (v. 1355/1936), *Dürerü'l-hükkâm fi şerhi Mecelleti'l-ahkâm* (Arapçaya trc. Eden Fehmi el-Hüseynî), Beyrut 1991, I, 91.
- 5 Mecelle, md. 105; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 92, 152.
- 6 Serahsî, Muhammed b. Ahmed (v. 483/1090), *el-Mebûsât*, Dâru'l-Marife, Beyrut 1993, XII, 108; Semerkandî,

Akitler fıkıh usûlü kitaplarında “hüküm/ahkâm” konusu içinde sıhhat bakımından sahih, fasit, batıl; kuruluş bakımından mün’akit, gayr-i mün’akit; yürürlük bakımından nâfiz, gayr-i nâfiz; bağlayıcılık bakımından lâzım, gayr-i lâzım şeklinde tasnif edilmiştir. Akitlere “şer’î tasarruf”, akitlerin zikredilen tasnifteki türünü belirleyen şer’î hükümlere de “şer’î ihtisaslar” denmiştir. Örneğin “*Fasit akit mün’akittir ama sahih değildir*”⁷, “*Muhayyerlik şartıyla yapılan akit mün’akittir*”⁸ gibi cümleler bu tasarruflarla ihtisaslar arasındaki ilişkiyi göstermektedir.⁹

İslam hukukçularının çoğunluğu, akdi sıhhat bakımından tasnif ederken sahih olmayan akitler kategorisinde fasit ile batıl arasında ayırım gözetmemişlerdir. Onlara göre, temel unsurlarının ve bunlarla ilgili şartların tam olarak oluşup oluşmaması bakımından akitler ya sahihtir ya da değildir. Unsurların ve şartların tam olduğu sahih akitler, akdin hukukî sonucunu ortaya çıkarabilme gücüne sahiptir. Koşulları sağlayamayan fasit veya batıl akitler ise hukukî sonucu sağlayacak güce ulaşmamış akitleri ifade etmektedir. Kaynaklarda bu akitlerin fasit veya batıl diye isimlendirilmeleri hüküm bakımından aynı sonucu doğurduğu için bunlar eş anlamlı kullanılmaktadır.¹⁰ Gazzâlî’nin “Akit ya sahihtir ya da batıldır, her batıl fasittir”¹¹ ifadesinin, bu konudaki net izahlardan biri olduğunu söylemek mümkündür.

Muhammed b. Ahmed (v. 540/1146), *Tuhfetü'l-fukahâ*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, II, 34; Kâsânî, Alâeddin Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed (v. 587/1192), *Bedâi'us-sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1986, V, 133; Merginânî, Ebu'l-Hasen Burhâneddin Ali b. Ebû Bekr, (v. 593/1197), *el-Hidâye şerhu Bidâyetü'l-mübtedâ*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1990, II, 24; Mevsulî, Mecdeddin Ebu'l-Fazl Abdullah b. Mahmûd (v. 683/1284), *el-İhtiyâr li-ta'li'l-Muhtâr*, Dâru'l-Marife, Beyrut 1998, II, 3; Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmurz (v. 885/1480), *Dürrerü'l-hükkâm şerhu Gureri'l-ahkâm*, Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-Arabîyye, Beyrut ts., II, 142; İbn Nüceym, Zeyneddin b. İbrahim Muhammed (v. 970/1562), *el-Bahru'r-râik şerhu Kenz'id-dekâik*, Dâru'l-Kütübî'l-İslâmî, Kahire ts., V, 277; İbn Âbidin, Muhammed Alâeddin (v. 1252/1836), *Reddül-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1992, IV, 504. Tanımın tek taraflı iradeyi dışarıda bırakan muhtevasının değerlendirilmesi için bkz. Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1991, II, 46-47; a.mlf., “Akid,” *DİA*, II, 251; Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, VI, 13.

7 Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl fi şerhi Mirkâtî'l-vusûl*, Fazilet Neş., İstanbul ts., II, 170.

8 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Dâru'l-Marife, Beyrut ts., I, 151.

9 Ayrıca bkz. Teftâzânî, Sâdeddin Mes'ûd b. Ömer (v. 793/1391), *et-Telvih ale't-Tavzih*, Mektebetü Subeyh, Kahire ts., II, 243; Molla Fenârî, Muhammed b. Hamza (v. 834/1431), *Füsûlü'l-bedâi' fi usûliş-şerâi'*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2006, I, 264. Tasnifin eşbâh ve nezâir edebiyatındaki örneği için bkz. el-Hamevî, Ahmed b. Muhammed (v. 1098/1687), *Gamzû uyûni'l-besâir fi şerhi'l-Eşbâhi ve'n-nezâir*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1985, II, 274. Konuya borcun kaynakları bağlamında yaklaşım için bkz. Kelebek, *İslam Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf'un Öncelikleri*, s. 44-45.

10 Sahnûn, Ebû Saïd Abdüsselâm b. Saïd (v. 240/854), *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, III, 185; İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed (v. 595/1199), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Dâru'l-Hadis, Kahire 2004, III, 144; Karâfi, Şihâbeddin Ahmed b. İdris (v. 684/1285), *ez-Zehîra Dâru'l-Garbi'l-İslâmî*, Beyrut 1994, V, 5; Şâfiî, Muhammed b. İdris (v. 204/820), *el-Ümm*, Dâru'l-Marife, Beyrut 1990, II, 26, 57, III, 252; Nevevî, Muhyiddin Yahyâ b. Şeref (v. 676/1277), *el-Mecmû şerhu'l-Mühezzeb*, Dâru'l-Fikr, Beyrut ts., IX, 146; Minhâcî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed (v. 880/1476), *Cevâhiru'l-ukûd ve muînü'l-kudât ve'l-muvakkîn veş-şuhûd*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1996, s. 49; İbn Kudâme, Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed (v. 541/1223), *el-Muğni*, Mektebetü'l-Kahire, Mısır 1968, III, 480; İbn Teymiye, Takiyyüddin Ahmed b. Abdülhalim (v. 728/1327), *el-Muharrar fi'l-fikhi alâ İmami Ahmed b. Hanbel*, Mektebetü'l-Maârif, Riyad 1984, I, 304, 309.

11 Gazzâlî, Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed (v. 505/1111), *el-Müstasfâ min ilmi'l-usûl*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1993, s. 76.

Hanefilere göre cumhurun bu kabulü, bir yönden doğru ama diğer yönden eksiktir. Fakihlerin çoğunun fasit akit deyince “yasaklanmış” (memnû‘) hükmünü anlamaları ve bu akdi “gayr-i caiz” saymaları doğrudur. Ancak fasit ve batılı eş anlamlı kullanıp söz konusu yasak hükmünü tek dereceli saymaları bakımından cumhurun görüşü eksiktir. Bu eksiklik, aslen meşru olan fasit ile aslen meşru olmayan batıl arasında fark olmasından kaynaklanmaktadır. Fasittekinin aksine batılda malın teslim alınması mülkiyetin intikal etmesini sağlayamamakta, hüküm farklılığı bu ikisi arasında fark olduğunu kanıtlamaktadır. Bu sebeple her batıl mahiyet itibariyle hakikaten fasit sayılamaz. Ancak bu ikisinin birbiri yerine kullanılması, örfteki mecazi bir anlatımdan dolayı makul karşılanabilir. Çünkü batıl hem asılda hem de vasıfta meşru değilken fasit yalnızca vasıfta meşru değildir. Sonuçta ikisinin de gayrimeşru olduğu bir yön vardır.¹²

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Hanefiler batıl akit ile sahih akit arasına fasit akdi yerleştirmişler ve bu akdin birtakım hukukî sonuçlar doğurmasına dayanak teşkil eden ölçütler geliştirmişlerdir. Bundan sonra fasit akdin Hanefî fakihlerce hangi ölçütlere uyarlanarak açıklandığı sorusuna cevap aranacaktır.

A. HANEFİLERİN FASİT AKİT ANLAYIŞI

Hanefilerin fasit akitle ilgili açıklamalarında akdin niteliğini belirleyici olan husus, akdin aslının sahih olması, vasfının sahih olmamasıdır. Mecelle’deki fasit akit tanımını bu anlayışın bir ürünü olarak görmek mümkündür: “*Bey’i fâsîd, aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan yani zaten münâkîd olup da bazı evsâf-ı hâriciyyesi itibariyle meşru olmayan bey’dîr.*”¹³ Bu tarifte sahih ve meşru kavramlarıyla kastedilen husus, malın mütekavvim olmasıdır. Burada akdin caiz ve sahih olması kastedilmemiştir. Zira akdin fasit olması, sahih olmasına engel teşkil etmektedir. Fasit hükmündeki fiilin özelliği ise, harici vasıfları bakımından değil, rükünleri ve şartları yani aslı unsurları bakımından dünyevî amaçlara ulaştırıcı nitelikte olmasıdır. Bu sebeple, ilgili maddedeki fasit alışveriş tarifi haddizatında bütün fasit akitleri kapsamaktadır.¹⁴

Mezkûr açıklamalara göre, fasit akit rükün ve in’ikat şartları bakımından tam, harici vasıflar denen sıhhat şartları bakımından eksiktir. Bu sebeple, fasit akdin “*sıhhat şartlarından birinin ihlal edildiği akit*”¹⁵ olduğunu söylemek mümkündür.

12 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 49.

13 Mecelle, md. 109; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1991, VI, 6; Kelebek, *İslam Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf’un Öncelikleri*, s. 237.

14 Ali Haydar, *Düerü’l-hükkâm*, I, 94.

15 Kâsânî, *Bedâi’*, V, 304, İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 49.

Sihhat şartlarını ihlal eden fesat sebepleri ise kısaca şu şekilde ifade edilebilir: Satılan malda, satış bedelinde ya da ödeme takviminde anlaşmazlığa yol açabilecek derecede ve giderilebilecek ölçüde bilinmezliğin (cehâlet-i fâhişe) bulunması, satışın şarta veya zamana bağlanması, mütekavvim olmayan bir malın satış bedeli yapılması, taraflardan birine fayda sağlamaya yönelik fasit şartın koşılması, akdin ikrah altında yapılması, menkul malların teslim alınmasından önce satılması gibi.¹⁶

Hanefilerin fasit akit ayrımıyla ilgili açıklamaları incelendiğinde, bilgilerin üç ölçüt çevresinde kümelendiği anlaşılmaktadır. Bu ölçütlerin birincisi olan “akdin unsurlarındaki asıl-vasıf” ayrımı, akdin fasit olmasının temel dayanağını ifade etmektedir. İkinci ölçüt olan “malın teslim alınması (kabz) yoluyla mülkiyetin müşteriye intikal etmesi” ilkesi, fasit akdin hukukî sonucunu ortaya koymaktadır. Üçüncü ölçüt ise, “fasit akitle intikal eden mülkiyetin kendine özgü niteliği”dir. Bu sonuncusu, sahih akit yoluyla intikal eden mülkiyetin sağladığı yetki ile fasit akit yoluyla intikal eden mülkiyetin sağladığı yetki arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Bu açıdan üçüncü ölçütün ikinciye kaytıldığı söylenebilir.

1. Akdin Unsurlarında Asıl-Vasıf Ayrımı

Hanefilerin akitte “aslen” ve “vasfen” meşruiyet aramalarındaki ayrım, akdi oluşturan unsurlara ilişkin tespitlerine dayanmaktadır. Bu tespitler, fasit akitle intikal edecek olan mülkiyetin meşruiyeti için de belirleyici olmaktadır. Böylece intikal eden mülkiyetin niteliği fesat sebebiyle birlikte ele alınarak değerlendirilmektedir. Hanefiler öncelikle akde rızanın icap ve kabul kipiyle (sıyga) beyan edilmesini akdin rüknü saymışlardır. Daha sonra bu beyanın taraflarına ve konusuna dair şartlara “in’ikât (kuruluş) şartları” demişlerdir. İn’ikât şartları arasında “taraflar” şeklinde çoğul kipi kullanılması, akdin çok taraflı olma şartını ifade etmektedir. Ancak tek kişinin aynı akitte her iki tarafı da teşkil/temsil etmesi hususu, bazı meselelerde tartışma konusu olmuştur.¹⁷

İcap kabul, taraflar ve mahal unsurlarını sayarak fasit akdin tarifinde geçen “aslen sahih olan”¹⁸ kısmının sınırlarını çizen Hanefiler, bunlar için çeşitli şartlar tespit etmişlerdir. Bu kapsamda, akit meclisi içinde icap kabul uyumunun olması rüknün

16 Şeybâni (v. 189), *el-Asl, İdâretü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmü'l-İslâmiyye*, Karaçi ts., V, 85, 96, 117; Cessâs, Ahmed b. Ali (v. 370/980), *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, Dâru's-Sirâc, Beyrut 2010, III, 117; Suğdı, Ali b. Hüseyin b. Muhammed (v. 461/1068), *en-Nüteffî'l-fetvâ*, Dâru'l-Furkân, Beyrut 1984, s. 474; Serahsi, *el-Mebsût*, XIII, 2, 8, 15, 23, 26, 49; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 141, 158, 174, 234, 304-305, VI, 124; İbn Hümâm, Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvehid (v. 681/1282), *Fethu'l-kadir*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, V, 186, 214, 222, 227, 230-231; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 49, Mecelle, md. 212, 213, 237, 248, 364; Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, Konya 2014, s. 79.

17 Çok taraflı olma şartının istisnaları için bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, V, 135; Bilmen, *İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 20 vd.; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 10; Ali Bardakoğlu, “Bey”, DİA, VI, 14.

18 Mecelle, md. 109.

şartıdır. Eda ehliyetine sahip olmak taraflar bakımından kuruluş şartını oluşturmaktadır. Akdin konusunun mevcut, tesliminin mümkün, mütekavvim, muayyen olması ise mahalle ilişkin in'ikat şartlarıdır.¹⁹ Bu şartların ihlal edilmesi halinde akdin batıl olması, onun kurulamadığını (gayr-i mün'akit) ve hukuken sonuç veremediğini göstermektedir. Hanefilerin “sıhhat şartları” adını verdikleri hususlar ise, fasit akdin tarifinde “vasfen sahih olmayan” şeklinde geçen kısmın içeriğini göstermektedir. Akitlerde vasfin asıldan ayrı tutulması, malın aslının mütekavvim olması sebebiyledir. Buna göre, örneğin et asıl itibariyle mütekavvimdir. Fakat yenmeyecek kadar kurtlanmış olması halinde istifade edilemeyeceğinden dolayı batıl hükmündedir. O halde bu etin konu yapıldığı akit de batıl hükmündedir. Buna karşın, bir miktar koku olan etten istifade edilebiliyorsa bu et ve etin konu yapıldığı akit fasit sayılmaktadır. Çünkü aslı mütekavvim olmakla birlikte vasfında bozukluk vardır.²⁰

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, akdin aslî ve haricî unsurlarına ilişkin bilgiler konusunda Hanefî kaynaklarda genel bir kabul söz konusudur. Ancak Haskefi'nin *Dürrü'l-muhtar* adlı eserinde “*Bey'in rüknünde bozukluk meydana getiren her şey akdi batıl yapar. Bunun dışında meydana gelenler ise fasit yapar.*”²¹ şeklindeki ifade farklı bir bilgi sunmaktadır. Bu bilgiye göre, akdin rüknünün sadece icap ve kabul şeklindeki irade beyanına hasredilmesi durumunda icap ve kabul dışındaki her türlü bozukluğun butlana değil fesada yol açması gerekmektedir. Hâlbuki icap ve kabulün deli ya da gayr-i mümeyyiz kişiden sadır olması halinde akdin butlanına hükmedilmektedir. Yine satım akdindeki malın şartlarındaki bozukluk da akdin batıl olmasını gerektirmektedir. Bu genel kabulden hareket eden İbn Âbidîn, *Dürrü'l-muhtar*'daki bu bilgiye itiraz etmiş ve leşin, şarabın, kanın akde konu olması örneğinden hareketle cümlenin “akdin rüknünde ve mebide bozukluk...” şeklinde yeniden kurulması gerektiğini belirtmiştir.²² Literatürde rükne özgü şartlarla birlikte taraflara ve mahale ilişkin şartların in'ikat şartları içinde mütalaa edildiği dikkate alındığında, yukarıdaki ihtilafın terim düzeyinde kaldığı ve aynı sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Nitekim in'ikat şartları bağlamında ele alındığında, icap ve kabul olarak tanımlanan rükünler bu irade beyanlarının sahiplerini de kapsamaktadır. Şöyle ki, delinin icabı icap olmadığı için akit batıl olmaktadır. Yine icap ve kabul akdin rüknü olarak ifade edilmekle birlikte, akdin konusu olan ma'kûd

19 Akdin konusunun tespit edilmesi ve bununla ilgili sınırlamalar için bkz. Recep Özdirek, *İslam Hukukunda Akdin Sınırları*, İstanbul 2010, s. 119 vd. Akdin konusunun hakikaten veya hukuken yok sayılmasına ilişkin durumlar için bkz. İsmail Bilgili, *İslam Hukukunda Ma'dûmun Satışı*, Konya 2011, s. 83 vd.

20 Vasıftaki fesat sebepleri ortadan kaldırıldığında fasit akdin meşru sayılması, fasit akdin aslının meşru kabul edildiğini göstermektedir. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 49, Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 71; Ahmet Güneş, “İslam Akit Sistematiği: Kâsânî Örneği”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 27, 2016, s. 540.

21 Haskefi, (v. 1088/1676), *Dürrü'l-muhtar*, (İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr içinde*), V, 50.

22 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 50-51.

aleyh de söz konusu kapsama dâhildir. Çünkü bunda da bozukluk (örneğin gayri mütekevvim) olduğunda akit batıl olmaktadır. Burada semenin belirsiz olması halinde akdin batıl değil fasit olması ise onun mezkûr kapsamda yer almadığını göstermektedir.²³

Hanefilerin fasit ve batıl ayrımının akdin hukukî sonucuna etki edebilmesi için iki şart vardır. Birincisi, akdin “mülkiyeti nakledici malî nitelikli (temlik)” olmasıdır. İkincisi, akdin “karşılıklı iki tarafa borç yükleyen (ıvazlı)” akitler arasında yer almasıdır. Buna göre, temlik şartını taşımadığı için vekâlet akdinde, bağlayıcılık şartını taşımadığı için âriyet akdinde, tek tarafa borç yüklediği için kefalet akdinde ve bunlara ilaveten ibadetlerde fasit terimi batıl anlamında kullanılmaktadır. Söz konusu şartların tam olarak gerçekleştiği bey’ (satış), icâre (kira), karz (borç) gibi akitlerde ise fasit ve batıl ayrımı hukukî sonucu etkilemektedir.²⁴

2. Malın Teslim Alınması ve Mülkiyetin İntikali

Hanefilere göre fasit akdin vasfen ihlal edilmesi, aslen mevcut olmasına engel oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, hukuki sonuç bakımından bu akdin gayri-mün’akit veya batıl kategorisinin dışında tutulması gerekmektedir.²⁵ Öte yandan, fasit akdin gücü, malın mülkiyetinin akit anından itibaren müşteriye intikal edeceğine dair genel ilkeyi çalıştırmaya yetmemektedir. Bu sebeple mülkiyetin intikali ve buna bağlı sonuçlar, malın kabzedilmesinin öncesine ve sonrasına göre değişmektedir. Şayet kabz gerçekleşmemişse malın mülkiyeti hâlâ satıcıdadır. Bu sonuca bağlı olarak, satıcının satış sonrasında mal üzerinde temlik hükmü doğuran tasarrufları geçerli olmakta ve bu tasarrufların önceki fasit akdi zımnen feshettiği kabul edilmektedir. Yine bu sonuca bağlı olarak, hasar sorumluluğunu satıcı yüklenmek ve müşterinin temlik hükmü doğuran tasarrufları geçerli hale gelememektedir.²⁶

Fasit akitte malın mülkiyetinin müşteriye geçebilmesi için iki şart öne sürül-müşür: Birincisi, satıcının açık ya da zımnî izniyle malın teslim alınması şartıdır. Satıcının izni, fasit akdi feshetmek istemediğini ve kabzın meşruluğunu gösterir.

23 Güneş, “İslam Akit Sistematiği: Kâsânî Örneği”, s. 534.

24 Kâsânî, *Bedâi’*, V, 299; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, VI, 74; a.mlf., *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 1985, s. 337; Ali Haydar, *Dürrü’l-hükkâm*, I, 94; Zuhayli, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IV 237; Senhûri *Mesâdiru’l-hak*, IV, 103; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *Fıkhü’l-İslâmî fi sevbihi’l-cedid*, Dîmeşk 1988, Dâru’l-Kalem, I, 735.

25 Kâsânî, *Bedâi’*, V, 299; Senhûri *Mesâdiru’l-hak*, IV, 107; Mustafa Zerka *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 749, Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 83.

26 Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 3; Kâsânî, *Bedâi’*, V, 156, 304; İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, IV, 508; Senhûri *Mesâdiru’l-hak*, IV, 104; Zerka, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, I, 750; Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi*, İstanbul 1997, s. 89; Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, s. 86; Talip Türcan, “İslam ve Türk Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı:1, 2003, s. 173-174.

İleride ispat güçlüğü ile karşılaşılabilirliğinden hareketle, izin sarahaten gerçekleşmesinin gerekliliği öne sürülmüşse de, açık izin mutlak şart olarak gerekli görülmemiştir. Çünkü malın teslim alınmasının satıcı tarafından açık şekilde yasaklanmamış olmayışı delaleten izin sayılmıştır. Yine hibenin delaleten kabzedilmesinin sahih bir kabz sayılması, fasit akitteki kabza emsal gösterilmiştir. İkinci şart, fasit satışta şart muhayyerliğinin bulunmamasıdır. Çünkü şart muhayyerliği, açık beyanla veya kabza itiraz etmeyerek muhayyerlikten vazgeçilmediği sürece mülkiyetin intikaline engel olmaktadır.²⁷

3. Fasit Akitle Kazanılan Mülkiyetin Niteliği

Hanefilerin fasit akde sonuç bağlamaya yönelik ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla, fasit akitle kazanılan mülkiyet kendine özgüdür. Bu kabulün dayanağı olan rivayete göre, Hz. Âişe (v. 678) Berire'nin (v. 60/680) mükâtebe bedelini ödemek istemiş ancak mevlâları azat durumunda velâ hakkının kendilerinde olması şartını koşmuşlardır. Hz. Âişe durumu Hz. Peygamber'e izah edince o da *"Onu satın al ve azat et, velâ azat edenindir. Bu insanlara ne oluyor da Allah'ın kitabında olmayan birtakım şartlar öne sürüyorlar? Allah'ın kitabında olmayan bir şeyi yüz kere de şart koşsa yine onun olmaz. Çünkü Allah'ın şartı daha doğru ve daha güvenilirdir."*²⁸ buyurarak azat etmeyi geçerli saymış ve şartı iptal etmiştir.

Bu hadiste Hz. Aişe'ye azat etme dışında bir tasarruf seçeneği sunulmadığına dikkat edilmelidir. Çünkü Hanefiler bu ayrıntı üzerinden hareketle birtakım sonuçlara ulaşmaktadırlar. Hanefi fakihlerin fasit akde bağladıkları hükümler incelendiğinde onların bu rivayetten üç sonuç çıkardıkları anlaşılmaktadır. İlk sonuç, şarttan ötürü akdin fasit olmasıdır. İkincisi, istifade anlamı içermeyen bir muamelenin geçerli sayılmasıdır. Üçüncüsü, istifade anlamı içeren bir muamelenin geçersiz olmasıdır. Hanefilerin kabul ettiği genel kurala göre, fesat unsuru kaldırılmadıkça fasit akit sahih olamamaktadır. Bu durumda fasit akdin üzerine bina edilecek yararlanma anlamındaki "istifade" veya bu anlamı taşımayan "tasarruf" türünden fiillerin hükümleri de sahih olmamalıdır. Ancak hadisten çıkan sonuca göre, azat etme gibi tasarruflar yapılabilmektedir. Buna göre fasit akitle satın alınan malda satım, hibe, rehin, icâre gibi tasarruflar geçerlidir. O halde, bu tasarrufların yasak oluşuna dair hüküm kaldırılmış, genel hükümden istisna yapılmıştır. Hadiste istifade anlamı içeren fiillere dair bilgi olmaması ise, bu husustaki yasağın devam

27 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 304; Merginânî *el-Hidaye*, III, 56, 57; İbn Hümmam, VI, 459; Şeyh Bedreddin, İbn Kâdi Simavne, *Câmiu'l-fusûleyn*, Kahire 1300, I, 200, 202; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtâr*, V, 209; Mecelle, md. 366, 371; Ali Haydar, *Dürevü'l-hükkâm*, I, 161, Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 66.

28 Buhari, "Mükâteb", I; Müslim, "İtk", 6.

ettiğini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, fasit akitle kazanılan mülkiyet, maldan istifadeler konusunda bir yetki vermemektedir. Hanefiler, fasit akitle kazanılan mülkiyetin niteliğine ilişkin söz konusu hükümleri çıkarırken gasp hükümlerinden de yararlanmışlardır. Şöyle ki, gasp yoluyla zilyet olunan malda, yemek içmek gibi istifadelere cevaz verilmemektedir ve bu hükümler fasit akitle kazanılan mülkiyette de böyledir. O halde, fasit akitteki kabz ve buna bağlı hükümler ile gasptaki hükümler arasında benzerlik ilişkisi kurmak mümkündür.²⁹

Hanefi fakihler, fasit akitle satın alınan evde şuf'a hakkının doğmadığını kabul etmektedirler. Ancak fasit akitteki müşteri, satıcının açık veya dolaylı izniyle malı teslim almışsa bu evi bir başkasına satabilmektedir. Çünkü satıcının açık veya dolaylı izni, fasit akdi feshetme niyetinin olmadığına karine teşkil etmektedir. Şuf'a hakkı, şuf'ayı doğuran sebeplerin mevcudiyeti ve bir bedel karşılığında malın mülkiyetinin satıcıdan alıcıya geçmesi halinde söz konusu olmaktadır. Fasit satışta şuf'a hakkının doğmaması, satıcının satılan maldaki mülkiyetinin sona ermediğini, onun lehine bir mülkiyet şüphesinin bulunduğunu göstermektedir. Bu durumda fasit akitle mal satın alan müşterinin üçüncü kişiyle yaptığı tasarrufun geçerliliği nasıl izah edilecektir? Hanefiler bu soruya, ikinci akdin sahih olmasını ve buna yürürlük kazandırılması düşüncesini öne sürerek cevap vermektedirler. Buna göre fasit akitle satın alan müşterinin tasarrufunun geçerli olması, bu ikinci akitte fesat unsurunun olmaması ve ikinci akdin iyi niyetli müşterisinin muamelesine yürürlük kazandırma düşüncesidir.³⁰

Fasit akitle kazanılan mülkiyetin niteliğine ilişkin olarak Hanefi mezhebinde iki tez öne çıkmaktadır. Iraklı fakihlerin savunduğu teze göre, fasit akdin müşterisi kazanılan malın kendisine (ayn) sahip olamamaktadır. Bu sebeple de onun maldan istifa hakkı yoktur. Bu teze göre malın mülkiyeti hâlâ satıcıdadır. Müşterinin satın aldığını satabilmesi ise satıcının yetki vermesinden dolayı sahihtir. Belhli fakihlerin savunduğu teze göre ise, fasit akdin müşterisi satın aldığı malın mülkiyetine sahiptir. Bu fakihlere göre, Berîre hadisinde “velâ hakkının azat eden müşteriye ait olması” mülkiyetin naklinin delilidir. Yine bir kimsenin fasit akitle bir ev satın alması, sonra bu evin bitişiğindeki evin satılması durumunda, ikinci evin şuf'a hakkı fasit akdin satıcısına değil, müşterisine ait olmaktadır. Şayet mülkiyet müşteriye intikal etmemiş olsaydı, şuf'a hakkı fasit akitteki satıcının olurdu. Ayrıca İmam Muhammed, fasit akitle satılan malın mülkiyetini iddia eden kişiyi davada taraf saymıştır. Eğer mülkiyet intikal etmemiş olsaydı bu mümkün olmazdı. Görüldüğü gibi, müşteri fasit akitle satın aldığı şeyin sahibi olmaktadır. Ancak yine de bu maldan kar etmesi helal değildir. Çünkü malın tazmin yükümlülüğünü üstelenme-

29 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 300; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 49; Subhî Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmeh li'l-mücebat ve'l-ukûd*, Daru'l-İlm, Beyrut 1972, s. 490.

30 Mevsli, *el-İhtiyar*, II, 22; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VI, 401; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 89.

miştir. Şöyle ki, müşteri fasit akitle satın aldığı malı satarsa bu ikinci akdin bedeli kendisinin olur. Çünkü bu ikinci yani sahih akit bir borç kaynağı olarak geçerli kabul edilir. İlk akdin yani fasit akdin konusu olan malın karşılığına gelince, bu akit sahih olsaydı malın konuşulan bedeli ödenecekti. Akit fasit olduğu için ortada sahih kabul edilen bir borç kaynağı bulunmuyor demektir. Bu sebeple, satıcıya malın bedelinin değil, kıymetinin ödenmesi gerekir. Müşterinin tasarrufu satıcının verdiği yetkiye dayanıyorsa müşteriden tazmin yükümlülüğü kalkar. Bu durumda satıcı malın kıymetini değil bedelini alır. Çünkü müşteriye verdiği yetki, fasit akdi bağlayıcı bir borç sebebine dönüştürmüştür.³¹

Hanefilerin fasit akitle kazanılan mülkiyetin niteliğiyle ilgili ifadelerinden çıkan bir diğer sonuç, fesat sebebi izale edilmedikçe mülkiyetin kirlî (habis) olacaktır. Müşteri tarafından malın teslim alınması yoluyla mülkiyet intikal etse yani akit nafîz olsa bile sonuç değişmemektedir.³² Buna bağlı olarak da akit, dine aykırı (masiyet) sayılmaktadır.³³

Anlaşılan o ki, fasit akit ilk fırsatta feshedilmesi ve bundan sonra böyle bir işe kalkışılmaması gereken akit olarak görülmüştür. Bu durumda feshin bir haktan ziyade bir görev olduğunu söylenebilir. Ancak fesadın ortadan kaldırılması amacıyla yapılacak fesihte, fesadın akdin neresinde olduğunun dikkate alınması, feshin bir hak olarak da görülmesini sağlamıştır. Buna göre, fesat sebebi akdin özünde (sulp) ise kuvvetli olan fasitliktir. Bu durumda malın teslim tesellümünden sonra bile olsa her iki taraf da akdi feshedebilir. Akit zait bir şarttan ötürü fasit olmuşsa, kuvvetli olan akittir. Bu durumda da sadece şart lehdarının fesih hakkı vardır. Çünkü lehtar ancak bu şartla akde razı olmaktadır. Şart gerçekleşmediğinde lehtar açısından karşılıklı rıza da gerçekleşmemiş demektir.³⁴ Öte yandan, fasit akdin feshedilmesinin bir hak görülmesinin sonucu olarak, fasit akdin taraflarından biri veya her ikisi “iptal ettim ya da “ıskat ettim” gibi beyanda bulunarak akdi feshedebilmektedir. Yine malın teslim alınmasına “icazet verdim” diyerek akdi bağlayıcı hale de getirebilmektedir.³⁵ Netice itibarıyla, fasit akdin feshedilmesi konusunda akdin özü ve zait şart hususlarının mutlak olmadığı söylenebilir.

31 Şeyh Bedreddin, *Câmiü'l-fusûleyn*, II, 26; Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, s. 83.

32 “Fasit akit kabz halinde nafîze dönüşür yani müşterinin mebi'deki tasarrufu caiz olur.” Mecelle, md. 366; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 331.

33 Akit her ne kadar zatı itibarıyla meşru olsa da ona fesat bulaşmıştır ve fesadın defedilmesi vaciptir. Akdin feshedilmesinden başka bir yol kalmamışsa buna layık hale gelir. Ancak bu, akit bakımından öze ilişkin olmayan (li-gayrihi) bir durumdur. Fesih yoluna başvurmadan, örneğin vadedeki belirsizliğin kaldırılması suretiyle fesat sebebi izale edildiğinde akit meşru olmaya devam eder. Kâsânî, *Bedâi'*, V, 300; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 49; Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-âmme*, s. 490.

34 Merginânî, *el-Hidâye*, III, 57: “لكل واحد من المتعاقدين فسخه”.

35 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 301.

B. FASİT AKDİN FESHEDİLMESİNİN ENGELLERİ

Taraflar arasındaki hukukî bağın çözümlenmesini ifade eden fesih,³⁶ bazı durumlarda fasit akdi sona erdirme işlevini yerine getirememektedir. Bunlar akdin konusu ile ilgili durumlar olup Mecelle’de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bey’i fâsiddde âkideynin her birinin bey’i feshetmeye hakkı vardır. Fakat mebi’ eğer müşteri yedinde telef olur ise yahut müşteri onu istihlâk veya diğere bey’i sahih ile bey’ ya da hibe gibi bir suretle elinden çıkarırsa veyahut mebi’ hâne olup da tamir olunmak veya arsa olup da ağaç dikilmek gibi bir suretle müşteri tarafından mebia bir şey ilave veyahut buğday olup da tahn ile un edilmek gibi mebi’in ismi değişecek surette tağyir edilirse hakk-ı fesih kalmaz.*”³⁷

Fasit akdin feshedilmesinin engelleriyle ilgili açıklamalara geçmeden önce, bu engellerin hukukî sonuç bakımından üç duruma işaret ettiğini söylemekte yarar vardır: 1) Fesih hakkının iptal olması, 2) Akdin bağlayıcılık kazanması, 3) Tazmin sorumluluğunun kesinleşmesidir. Bu durumları öncelikle zikretmemizin sebebi, yeri geldikçe konuyla ilgili bilgilerin bu sonuçlarla bağlantı kurularak verilmesidir.

Hanefiler, fesadın ortadan kaldırılması amacıyla feshin gerekli olmasını Allah hakkı saymışlardır. Bu hakkın gereği olarak da fasit akdin feshedilmesi konusunda insanların ıskat gücünün bulunmadığını ifade etmişlerdir. Buna rağmen, yukarıda sayılan durumlarda fasit akdin feshinin imkânsız hale geldiği kabul edilmiştir. Hanefiler bu çelişkili gibi görünen hükmü zaruret varlığına dayandırmışlardır. Şöyle ki, fasit akitle mal satın alan kişi, bunu bir başkasına sattığında kendi mülkünde tasarrufta bulunmuştur ve onun bu tasarrufu zaruret yoluyla Allah hakkını düşürmüştür. Diğer bir ifadeyle feshin mahalli ortadan kalkmıştır. Zaruret yoluyla Allah hakkı düştüğünden, fesih hakkının iptal veya ıskat gibi beyan yoluyla ortadan kaldırılması da mümkün olmaktadır. Nitekim söz konusu hak tanındıktan sonra, sahibinin sözlü beyanla ıskat etmesi hakkın doğal sonucudur.³⁸

Fasit akdin feshedilmesinin beyan yoluyla imkânsız hale gelmesine Mecelle’nin yukarıda alıntılanan maddesinde yer verilmediği görülmektedir. Bu, muhtemelen satıcının kabza itiraz etmemesinin zımnî beyan sayılmasından ötürüdür. Ancak yine bir beyan olan ibra, fesih engeli sayılmamaktadır. Örneğin fasit bir akitte mal teslim eden satıcı bundan sonra müşteriye ibra etmiş olsa, yukarıda sayılan fesih engellerinden biri gerçekleşmedikçe, fesih hakkı düşmemektedir. Çünkü yürürlük kazandırılması hedeflenen ikinci bir hukukî ilişki henüz kurulmamıştır.³⁹

36 Kâsânî, *Bedâi’*, V, 299, İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, Dâru’l-Kütübü’l-İlmiyye, Beyrut 1985, s. 292; Mahmesânî, *en-Nazariyyetü’l-âmmeh*, s. 485; Senhûrî, *Mesâdiru’l-hak*, IV, 156 vd.,

37 Mecelle, md. 372; Ali Haydar, *Dürrerü’l-hükkâm*, I, 336.

38 Kâsânî, *Bedâi’*, V, 301. Bu sonucun “*لَا تَهْتَكُ خَالِصُ حَقِّهِ*” şeklindeki ifadesi için bkz. İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, V, 82.

39 Ali Haydar, *Dürrerü’l-hükkâm*, I, 337.

Fasit akdin feshedilmesine engel teşkil eden durumlar incelendiğinde, bunların esas itibariyle üç duruma işaret ettiği anlaşılmaktadır. Birincisi, malın varlığını veya işlevini yitirmesi; ikincisi, sahih yolla malın mülkiyetinin üçüncü kişiye nakli; üçüncüsü, malın ziyade veya tağyir suretiyle başka bir mala dönüşüp adının değişmesi. Burada bahsi geçen üç durum göz önüne alınarak fasit akdin engelleri üç başlık altında incelenecektir.

1. Malın Müşterinin Elinde Helak Olması

Fıkıh kitaplarında müşterinin elindeki malın başına bir musibet (âfet) gelmesi helak kavramıyla anlatılmaktadır. Helak olan malın işlevini yitirecek kadar zarar görmesi veya tamamen ortadan kalkması hali ise “telef” kavramıyla ifade edilmektedir. Örneğin hayvanın öldürülmesi halinde işlev kaybı anlamına, yenilmesi halinde fiziki varlığının ortadan kalkması anlamına vurgu yapılmaktadır. “İstihlak” kavramı ise malın tamamen ortadan kalkmasını, tüketilmesini ifade etmektedir. Örneğin, bir kimsenin satın aldığı yiyecek maddesini yiyerek veya odunu yakarak tüketmesi istihlak kavramıyla anlatılmaktadır. Buna göre, telef durumunda malın fizikî varlığının (ayn) ortadan kalkması muhtemel, istihlak durumunda kesindir. Fıkıh kitaplarındaki meseleler incelendiğinde, kavramların ince anlam ayrımlarına riayet edildiği görülmektedir. Örneğin, “Bir Hristiyan başka bir Hristiyan’ın şarabını veya domuzunu istihlak etse...”⁴⁰ cümlesinde şarabın içilerek domuzun yenilerek tüketildiği, “Bir kimse mebi istihlak etse...”⁴¹ cümlesinde akdin konusu olan nesnenin tamamen ortadan kalktığı anlaşılmaktadır. Yine müşterinin tasarruf ve istifade imkânını yitirmesi bağlamında örneğin kuşun uçup gitmesini telef saymak mümkündür.⁴²

Hanefi fıkhında, malın bedelinin müşterinin elindeyken telef olması fasit akdin feshedilmesine engel teşkil etmemektedir. Bilakis malın kendisi bu şekilde telef olunca akdin fesih imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu hüküm, akit sistematiğinde bedelin değil, akit konusunun kurucu unsurlar arasında sayılmasıyla ilgili gözükmektedir. Fasit akdin fesih engellerinin bedelden ziyade akit konusu ile bağlantılandırılması da bu hususu teyit etmektedir.⁴³

40 Şeybâni, *el-Asl*, V, 225; Semerkandi, *Tuhfe*, III, 95.

41 Şeybâni, *el-Asl*, V, 97.

42 Malın bir daha tasarruf edilemeyecek şekilde (azat örneğinde olduğu üzere) elden çıkarılması da “helak” kavramıyla ifade edilmiştir. Bkz. Merginâni, *el-Hidâye*, III, 58.

43 Ayrıca akit konusunun telef olması, sahih akitte de ikâlenin engelidir. Dolayısıyla akdin her iki türünde, mebideki kusur sebebiyle açılan fesih davası telef durumunda düşecektir. Serahsi, *el-Mebsût*, XXV, 164; Kâsânî, *Bedâi*’, V, 3061; Neseî, Ebu’l-Berakât Abdullah b. Ahmed (v. 710/1310), *Kenzü’d-dekâik*, Medine 2011, Dâru’s-Sirâc, s. 426; H. Yunus Apaydın, “Fesad”, DİA, XII, 417.

Malın işlevini kaybetmesi suretiyle kısmen de olsa ifanın imkânsız hale gelmesi, akdin infisahına sebep olmaktadır. Çünkü akitten beklenen gaye, bir bedelle malın mülkiyetini kazanmaktır. İşlevsizlik bu gayeyi sonuçsuz kılmaktadır. Malın müşteri elindeyken telef olması da fasit akdin feshedilmesine engel teşkil etmektedir. Zira fasit akitle kabzedilen mal, iade yükümlülüğü bakımından gasp yoluyla kabzedilmiş mal gibidir. Gasp taki mal mevcut bulunduğu sürece aynen iade edilmelidir. Ancak helak olmuşsa iade imkânı ortadan kalkmakta ve misli ise mislinin verilmesi, kıyemî ise helak olduğu günkü kıymetinin ödenmesi gerekmektedir. Aynı şekilde malın telef olmasıyla fasit akitte fesih imkânı ortadan kalkmakta ve mislinin yahut kıymetinin ödenmesi gerekmektedir. Bu ödemeler, gaspta tazmin yoluyla mülkiyetin devri işleminin gerçekleştiğini göstermektedir. Fasit akitteki de bunun benzeridir.⁴⁴ Sonuç itibarıyla, fasit akdin feshinin mal ile ilgili olması ve onun da helak olması, fasit akdin feshedilmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır

2. Müşterinin Malı Mülkiyetinden Çıkarması

Müşterinin fasit satım akdiyle aldığı malda kendine özgü bir mülkiyet tesisini kabul eden Hanefiler, bu malda satım akdi ya da hibe gibi mülkiyeti nakledici tasarrufta bulunulmasını geçerli saymışlardır. Ancak bu tasarrufun öncelikle sahih bir akit olmasını da şart koşturmaktadırlar. Burada batıl ve fasit ayrımı oldukça net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, batıl akit mülkiyetin intikali sonucunu vermediği için hüküm ifade etmemektedir. Dolayısıyla sahih olması şart koşulan ikinci akdin feshine engel olması da imkânsızdır. Fasit akit ise, satılan malın kabzedilmesi yoluyla kendine özgü bir mülkiyet tesis etmekle birlikte sürekli fesih tehdidi altında bulunmaktadır. Burada feshine engel teşkil edecek akdin sahih olmasının şart koşulmasıyla, hukukî istikrarın sağlanması gayesi arasında bağ kurulduğu anlaşılmaktadır. Nitekim birinci akit fasit olduğu için henüz taraflar arasındaki hukukî ilişki netlik kazanmamıştır ve bu akit her an feshedilebilir durumdadır. Böyle bir akdin üzerine sahih olmayan başka bir akdin inşası, işi daha da karmaşık hale getirip çekişmeleri artıracaktır ki, bu da hukuk istikrarı bakımından arzulanan bir sonuç olmayacaktır.⁴⁵

Hanefilerin ikinci şartı, feshine engel olan bu ikinci akitte satıcının şart muhayyerliğinin bulunmamasıdır. Bu şart, muhayyerliği düşürecek bir durum söz konusu olmadığında, süre bitimine kadar malın mülkiyetinin henüz satıcının mülkiyetinden çıkmamış olmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla ilk (fasit) akdin müşteri- si ve ikinci (sahi) akdin satıcısı olan taraf, sattığı malın açık veya zımnen teslim

44 Serahsi, *el-Mebûât*, XI, 52; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadir*, VI, 469; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, II, 27.

45 Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, II, 28.

alınmasına rıza göstererek muhayyerlik hakkından feragat etmediği sürece ikinci akdin müşterisinin bu maldaki tasarrufu geçersizdir. Çünkü başkasının mülkünde onun rızası olmadan tasarrufta bulunmuştur. Hâlbuki bir kimsenin başkasının mülkünde onun izni olmaksızın tasarruf etmesi caiz değildir.⁴⁶

Hanefilerin üçüncü şartı, ikâlenin fesih sayılması ön kabulüne bağlı olarak, ikinci satışın ilk akdin satıcısına yapılmamış olmasıdır. Buna göre, ilk akdin satıcısı ikinci akdin müşterisi olduğunda, taraflar birbirlerine verdiklerini geri almış olmaktadır ki, bu da ilk akdin ikinci akitle feshedildiği anlamına gelmektedir.⁴⁷

Hanefilerin son şartı fesat sebebinin ikrah olmamasıdır. Çünkü ikrahın bulunması, satılan mal teslim alınmış olsa bile, müşterinin akde rızasının olmadığını gösterir. O halde, ikrah durumu kalkınca büyük ihtimalle akit mükreh tarafından feshedilecektir. Hâlbuki diğer fesat sebeplerinde malın kabzedilmesi, akdin kuruluşuna dair bir iradenin varlığına işaret eder. Zaten feshi kabil akitlerde ikrah söz konusu olduğunda müşterinin bozabildiği tüm tasarrufları mükreh de bozabilmektedir.⁴⁸

Buraya kadar verilen bilgiler, fasit akdin müşterisi tarafından malın mülkiyetten çıkarılması halindeki hükmü izaha yöneliktir. Böylece malın üçüncü bir kişinin mülkiyetine girmesi sağlanmakta ve fasit akit bağlayıcı hale getirilerek feshedilmesi engellenmekteydi. Burada engelin ortadan kalkması yani malın üçüncü kişinin mülkiyetinde olması halinin devam etmeyip malın tekrar satıcısına geri dönmesi halinde hükmün ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, daha önce düşen fesih hakkı yeniden söz konusu olacak mıdır?

Bu sorunun cevabı, malın satıcının mülkiyetine ne şekilde döndüğüne göre değişmektedir. Mülkiyetin satıcıdan müşteriye intikalini sağlayan sebep, müşteriden satıcıya iade sürecinde değişmemişse, mal satıcının mülkiyetinden hiç çıkmamış gibi kabul edilmektedir. Örneğin, müşteri sahih akit yaparak malı satmış ancak muhayyerlikten ötürü mal kendi mülkiyetine geri dönmüştür. Bu durumda malın geri dönmesinin nedeni muhayyerliktir yani araya başka bir akit girmemiştir. Diğer bir ifadeyle malın mülkiyetini nakleden sebep değişmemiştir. Bu cevabın “*mani zail oldukda memnu avdet eder*”⁴⁹ kaidesiyle temellendirildiği görülmektedir. Şöyle ki, fasit akitle (A)’nın mülkiyetine giren mal, sahih akitle (B)’nin mülkiye-

46 Mecelle, md. 96; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 85.

47 İkâlenin “ref” ve “izale” anlamını esas alan İmam Muhammed'e ve İmam Züfer'e göre, ikâle taraflar ve üçüncü kişiler bakımından fesih sayılır. İkâlenin “mübadele” anlamını esas alan Ebü Yûsuf'a göre, ilk akdin karşılıklı edimleri henüz ifa edilmemişse fesih, ifa edilmişse yeni bir akit sayılır. Üçüncü kişilerin akitle ilgili haklarını korumayı amaçlayan Ebü Hanîfe'ye göre taraflar bakımından fesih, üçüncü kişiler bakımından ise yeni bir akitir. Serahî, *el-Mebsût*, XXV, 164-165; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 306; Bilal Aybakan, “İkâle”, *DİA*, XXII, 14.

48 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 301; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 51, VI, 128.

49 Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Gureri'l-ahkâm*, Daru'l-Kütüb, I, 411; Mecelle, md. 24. Bu kaideye göre bir şey caiz ve meşru olur sonra da ortaya çıkan bir maniden dolayı meşruiyeti engellenir ve ardından bu engel kalkarsa meşruiyeti geri döner. Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 35.

tine geçmiştir. Burada sahih akit fasit akdin feshedilmesine mani olmuştur. Ancak (B), muhayyerlik hakkını kullanıp malı iade ederek akdi feshetmiştir. Mani (sahih akit) zail olduğu için memnu (fasit akit) geri dönmüş ve bundan sonra fasit akit feshedilebilir olmuştur.⁵⁰

Mülkiyetin satıcıdan müşteriye intikalini sağlayan sebep, müşteriden satıcıya iade sürecinde değişmişse, artık fasit akit feshedilememektedir. Örneğin, müşterinin mülkiyetinden satım akdi yoluyla çıkan malın hibe ya da miras gibi başka bir yolla geri dönmesi gibi. Bu durumda, mülkiyet sebebinin değişmesi malın bizzat değişmesi olarak kabul edilmektedir. Nitekim “*Bir şeyde sebab-i temellükün tebeddülü ol şeyin tebeddülü makamına kaimdir*”⁵¹ kaidesi, bu kabulün genel kural biçimindeki ifadesidir.

Fasit akitten sonra kurulan sahih akit şayet hak sahibi ya da hâkim tarafından feshedilirse, fasit akdin feshi tekrar mümkün olmaktadır. Çünkü mani teşkil eden sahih akdin zevali söz konusudur. Bu fesih hükmü, akdin tarafı olmayanlar için de böyledir. Özellikle yargı kararının varlığı, akdin mevcudiyetine dair bütün şüpheleri ortadan kaldırmaktadır. Ancak ikalenin, akdin tarafı olmayan üçüncü kişiler için yeni bir akit kabul edilmesi hükmü dikkate alındığında sonuç değişmektedir. Zira ikâle akit sayıldığında mülkiyetin sebebi değişmektedir. Diğer bir ifadeyle, araya başka bir akit girdiği için mani zail olmamaktadır. O halde taraflar ikâle yaptıklarında fasit akit feshedilememektedir. Çünkü fasit akdin hâkimin kararıyla feshedilmesinde akit şüphesi yokken ikalede bu şüphe mevcuttur.⁵²

Malın müşterinin mülkiyetinden çıkmasına sebep olan hibe, rehin, sadaka gibi tasarruflar fasit akdin feshedilmesine engel olan durumlar arasında yer almaktadır. Buna göre fasit akdin müşterisi olan kişi, satın aldığı malı hibe eder yahut rehin⁵³ veya sadaka olarak verirse, fasit akit bundan sonra feshedilemez. Bu akitler kabz ile tamam olan aynı akitler grubunda olduğu için, malın diğer tarafa teslim edilmesi gerekmektedir. Böylece mal, verenin mülkiyetinden çıkıp alanın mülkiyetine girmiş olur. Hibe eden kişi hibesinden rücu ederse, mülkiyetten çıkma engeli zail olacağından ötürü fasit akdin feshedilmesinin engeli de kalkmış demektir.⁵⁴

50 Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VII, 28.

51 Mecelle, md. 98. Bu kaideye göre herhangi bir şeyin mülkiyet sebebi değiştiğinde o şey gerçekten değişmiş olmasa bile yine de değişmiş kabul edilir. Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 86.

52 Tarafların rızasıyla akdin feshedilmesinin üçüncü kişilerce yeni bir akit sayılmasının en önemli göstergesi, bu durumda üçüncü kişi için şuf'a hakkının olmasıdır. Bilindiği gibi bu hak fesih ile değil akit ile doğmaktadır. Kâsânî, *Bedâi'*, V, 221, İbn Nüceym, *Bahrü'r-râik*, VI, 103; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VII, 231.

53 Rehinden dolayı fasit akdin feshedilememesi geçici bir engeldir. Nitekim mürtehinin rehin hakkından vazgeçmesi durumunda “mani zâil olunca memnu avdet eder” kuralı gereğince fesih hakkı geri dönmektedir. Serahsi, *el-Mebsût*, XIII, 26; İbn Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, VI, 488; Mecelle, md. 24; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 35

54 Serahsi, *el-Mebsût*, XIII, 26; Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 92.

Fasit akdin feshedilmesine engel olması bakımından vasiyet, “ölüme kadarki süre” ve “ölüm sonrası” şeklinde ele alınmayı gerektirmektedir. Çünkü ıvazlı bir akitte rücu muhayyerliği kabulden önce geçerli sayıldığına göre, teberru nitelikli bir akit olan ve ölüme kadarki sürede salt icaptan ibaret sayılan vasiyette evleviyetle geçerli sayılmıştır. Bu sebeple vasiyet, mûsînin hayatı süresince bağlayıcı değildir. Dolayısıyla, fasit akit yoluyla edindiği malı başkasına vasiyet eden müşterinin bu tasarrufu her ne kadar sahih olsa da mûsînin vefatına kadar geçen sürede fasit akdin feshine engel teşkil etmemektedir. Mûsînin vefat etmesi ve vasiyet lehdarının (mûsâ leh) kabul etmesi halinde vasiyet bağlayıcılık kazandığından, mülkiyet geçişi önceki fasit akdin feshedilmesine engel olmaktadır.⁵⁵

Hanefilerde, her ne kadar bağlayıcı bir akit olsa da, icâre akdi şu iki sebepten ötürü fasit akdin feshedilmesine mani olmamaktadır: 1) İcâre akdinin konusu olan menfaat peyderpey oluşmakta ve akit esnasında mevcut bulunmamaktadır. 2) İcâre akdi, akdin konusundaki özürden dolayı feshedilmektedir. Hanefilere göre özür, fesadın ortadan kaldırılmasından daha kuvvetli değildir. Diğer bir ifadeyle, bir akdin feshedilmesinin sebebi özür ya da fesat olacaksa, fesada öncelik verilecek demektir. Buna göre, fasit akdin müşterisi malda icâre yoluyla tasarrufta bulunsa, fasit akit yine de feshedilebilir durumdadır. Çünkü fasit akdin feshedilmesinin engellenmesi yoluyla ulaşılmak istenen gaye icârede tahakkuk etmemektedir. Burada bahsedilen gaye, sahih akitle malı temellük eden kişinin o maldan yararlanmasını sağlamaktır. İcâre akdinde akdin konusunun mevcudiyeti ve teslimi, başka bir ifadeyle satıcının mülkiyetinden çıkıp alıcının mülkiyetine intikali sorunlu görülmektedir. Çünkü icâre akdinin konusu olan menfaat peyderpey oluşmakta ve akit esnasında mevcut bulunmamaktadır. Menfaatin teslimi birbirini takip eden zaman dilimleri içinde mümkün olmaktadır.⁵⁶

Görüldüğü üzere, bu başlıkta zikredilen şartlar, ikinci (sahih) akdin satıcısı olan tarafın zilyetliğinin mülkiyete dayalı olmasına dayanmaktadır. Şartlara bağlı hükümler ise bu mülkiyetin derhal intikalinin önünü açmaya yöneliktir. Yine fasit akdin feshedilmesinin mülkiyetin intikali yoluyla engellenmesinde, ikinci müşterinin sahih akitle sahip olduğu maldaki hakkının korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Gerçekten de ilk müşteri fasit akitle malik olurken ikinci müşteri sahih akitle malik olmaktadır. Akit sahih olduğu için hem mülkiyeti nakledici tasarrufları hem de maldan istifade etmesi helal sayılmaktadır. Bunda Hanefilerin ikinci akdi aslen ve vasfen ilk akdi ise sadece vasfen meşru kabul etmelerinin rolü açıktır. Zira

55 İmam Züfer'e göre icap, vasiyetin tek rüknüdür. Musa leh reddetmediğinde diğer varisler gibi olur ve musinin vefatından sonra vasiyet edilene malik olur. Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 378.

56 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 301; Zerkâ, *Fıkhu'l-İslâmî*, II, 703; Senhûri, *Mesâdiru'l-hak*, II, 171.

ikincisi daha kuvvetlidir ve müşterinin maldaki mülkiyet hakkının korunmasında daha elverişli görülmektedir. İlk akitte mülkiyetin intikali için ayrıca kabz gerekirken ikincisinde sadece akdin yeterli sayılması da bunu teyit etmektedir.⁵⁷

3. Malın Adının Değişmesi

Fıkıh kitaplarındaki bilgiler, malın adının değişmesinin iki şekilde olduğunu göstermektedir: 1) Maldaki artışı ifade eden ziyade yoluyla, 2) Malın şeklindeki değişimi ifade eden hukuki taşıyıcı yoluyla. Burada önce ziyade sonra da taşıyıcı konusu ele alınacaktır.

a. Maldaki Ziyade

Akdin konusundaki artışı ifade eden ziyade kavramı, mala bitişik (muttasıl) ya da maldan ayrı (munfasıl) olma yahut maldan doğma (mütevellide) veya doğmama (gayr-i mütevellide) ölçütüyle birlikte dördü tasnif edilmiştir: “Maldan doğan ve mala bitişik olan ziyade”, “maldan doğmayan ve mala bitişik olan ziyade”, “maldan ayrı olan ve maldan doğan ziyade”, “maldan ayrı olan ve maldan doğmayan ziyade”.⁵⁸ Bu ayırmadan anlaşıldığı kadarıyla asıl mala bitişik olan yahut maldan ayrı olan ziyade ya maldan doğmuştur ya da doğmamıştır.

Hayvanın kilo alması örneğinde olduğu gibi, maldan doğan ve mala bitişik olan artış, asıl mala tabi olduğu ve tabi olana ayrıca hüküm verilmediği için⁵⁹ fasit akdin feshedilmesine engel teşkil etmemektedir. Fasit akitteki kabzin gasptaki gibi kabul edilmesi sebebiyle gaspta malın iade yükümlülüğü burada da geçerli görülmüştür.⁶⁰ Koyunun kuzulaması, ağacın meyve vermesi örneğinde olduğu üzere maldan doğan ve maldan ayrı olan ziyade de aynı gerekçelerle bir önceki gibidir.⁶¹ Hibe gibi maldan ayrı olan ve maldan doğmayan ziyadenin de fasit akdin feshinde bir etkisi yoktur. Çünkü asıl malın fasit akitle kabzedildiği vakitte bu ziyade henüz mevcut değildi. Hibe asıl maldan doğmadığı ve ondan ayrı olduğu için ona tâbi sayılarak fasit akitle kabzedilmiş sayılmaz. Onun kendi başına müstakil bir asıl mal olduğu ve fasit akitteki asıl maldan bağımsız olarak temellük edildiği varsayılır.⁶²

57 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 301; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, II, 44; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 398.

58 Serahsî, *el-Mebsût*, V, 71; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 238; Molla Hüsrev, *Dürr*, II, 162.

59 Mecelle, md. 48; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 47.

60 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 302; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, II, 26; Âbidin, *Reddül-muhtâr*, V, 100.

61 Bu yüzden satıcı hem asıl malın hem de bu fazlalığın iadesini talep edebilir. Müşterinin tazmin sorumluluğu helak değil, istihlak halindedir. Kâsânî, *Bedâi'*, V, 304; Âbidin, *Reddül-muhtâr*, V, 100.

62 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 304; Âbidin, *Reddül-muhtâr*, VII, 303. Müşterinin bu tür fazlalığı istihlak etmesi durumundaki tazmin sorumluluğu hakkında mezhepteki tartışma için bkz. Ali haydar, 1/339. Satıcı,

Mala bitişik olan ve maldan doğmayan ziyade şeklinde ifade edilen, örneğin elbisenin boyanması ve araziye ev yapılması gibi ziyade türü, fasit akdin feshedilmesine engel teşkil etmektedir. Bunun iki sebebi vardır: 1) Fesih sebebiyle iade edilmesi gereken asıl maldan bu tür ziyadenin ayrılması mümkün değildir. 2) Maldan doğmadığı için bu tür ziyade, malın aslına ve buna ilişkin hükümlere tâbi olmadığından fesih hükmüyle bağlı sayılmamaktadır. Bu durumda fasit akdin satıcısı, müşterinin malı sayılan artışı (örneğin, boya) iddia edemeyeceğine ve kendi malını ayırttırıp geri alamayacağına göre fasit akit feshedilemeyecektir.⁶³

Fasit akitle satın aldığı araziye ev yapıp ağaç diken müşterinin durumu elbisenin boyanması örneğine göre daha karmaşıktır. Bu müşteri evi yıkıp ağaçları sökmüşse, onun bu eylemi zarara katlanmaya razı olmuş anlamına geleceğinden, böylesi bir durumun fasit akdin feshedilmesine engel oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Evin ya da ağaçların arazi üzerinde durması halinde feshin mümkün olup olmayacağı meselesi hakkında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre müşteri, fasit akitle satın aldığı arazinin teslim aldığı zamandaki kıymetini satıcıya tazmin etmelidir. Bu durumda satıcının araziye geri isteme (istirdat) hakkı sona ermektedir. Faraza satıcıya istirdat hakkı tanınsaydı bu ancak iki şekilde mümkün olabilecekti: Arazinin binadan bağımsız müstakil şekilde ya da üzerindeki bina ile birlikte iade edilmesi. Arazinin bağımsız müstakil şekilde iadesi, üzerinde bina varken mümkün değildir. Arazinin bina ile birlikte geri teslim edilmesi ise müşterinin hakkının zayi olması demektir. Zira müşteri, bu binayı satıcının kendine verdiği yetki ile yapmıştır. Nitekim müşterinin satım veya hibe gibi bir akit yapması varsayımında fasit akdin fesih imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu sonuca ulaşırken ilk akitteki kabz ikinci akit için cevaz noktasını oluşturmaktadır. Aynı şekilde, arazi sahibinin yetkisi de ağaç dikmek veya bina yapmak için cevaz noktasını oluşturmaktadır. Mecelle'de fasit akdin fesih engelleri arasında geçen "... veya arsa olup da ağaç dikilmek gibi bir suretle..."⁶⁴ şeklindeki ifade, bu konuda Ebû Hanîfe'nin görüşünün tercih edildiğini göstermektedir. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise burada fesih mümkündür. Bu içtihadı göre, müşterinin binayı yıkıp ağaçları söktükten sonra araziye sahibine teslim etmesi gerekir. Bu görüş, "fasit akitteki kabzın gasptaki gibi olduğu" kabulüne ve "şüf'a"ya dayanmaktadır. Bu kabul uyarınca arazisi gasp edilen kişinin, üzerindeki bina yıkılarak arazisinin kendisine teslim edilmesi hakkı vardır. O halde kıyas yoluyla gasptaki hüküm genişletilecek ve fasit akitteki mesele buna dâhil edilecektir. Sonuç olarak fasit akitle satılan arazinin satışı feshedildiğinde üzerindeki bina yıkılıp arazi iade edilecek demektir. Yine şüf'a

eksilen kısmı değeriyle birlikte müşteriden geri alma hakkına sahip olduğu için maldaki eksilme fasit akdin feshedilmesine engel olarak görülmemiştir. Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, V, 239; Âbidin, *Reddü'l-muhtâr*, V, 100.

63 Kâsânî, *Bedâi'*, V, 302; Âbidin, *Reddü'l-muhtâr*, V, 100.

64 Mecelle, md. 372; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 336.

hükmü gereğince, satın aldığı arazide bina yapan müşteri, bir başkası lehine şüf'a kararı verildiğinde binayı yıkarak araziye şüf'a sahibine teslim etmelidir. Fasit akitteki satıcı, müşterinin rızasına bakılmaksızın fesih yoluyla hakkını geri alabilirken, şüf'â sahibinin yargı kararına muhtaç olması, satıcının hakkının şüf'a sahibinin hakkından daha kuvvetli olduğunu göstermektedir. Netice itibariyle, gasptaki kıyas burada da tatbik edilmekte, fasit akitteki arazinin satışının feshi halinde bina yıkılıp arazi iade edilmektedir.⁶⁵

Bu başlıkta verilen bilgiler bizi fasit akitle kazanılan mülkiyetin korunmasında iki temel ilkenin gözetildiği sonucuna ulaştırmaktadır. Birincisi, tasarruf sahibinin hakkının gözetilmesidir. İkincisi, her an fesih tehdidi altında bulunan akdin istikrara kavuşmasıdır. İstikrara kavuşan bir akit, satıcı bakımından tamamlanmıştır. Mecelle'nin "*Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakzetsmeye say ederse say'ı merduttur*"⁶⁶ kaidesi de istikrara kavuşan akdin bozulmasının önünü kapatmaktadır. Bu sebeple satıcının talebi doğrultusunda binanın yıkılmasına ve ağaçların sökülmesine karar vermek, zikredilen ilkelerle çelişmek demektir. Dolayısıyla Ebû Hanîfe'nin görüşü daha isabetli görünmektedir.⁶⁷

b. Hukukî Tağyir

Hukukî tağyir, başkasına ait malda o maldan ayrılmayacak şekilde değişiklik yapmak demektir. Tağyir durumunda malın aslı mevcut olmakla birlikte şekil bakımından değiştirilmesi kastedilmektedir. Burada tağyir kelimesinin hukuk kelimesine nispet edilmesi, malda değişiklik yapmanın hukuk düzeni tarafından tanınmış bir hak olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, fıkıh kitaplarının çoğunlukla gasp başlığında inceledikleri hukukî tağyir, edim dışı sebepsiz zenginleşme türlerinden birini oluşturmaktadır.⁶⁸ Bu sebeple, burada sadece tağyir kelimesinin kullanılmasının yeterli olabileceği düşünülebilirse de, Hanefilerin maldaki değişikliğe hukukî bir sonuç bağlamalarından ötürü hukukî tağyir şeklindeki kavram örgüsünün kullanılması daha doğru görünmektedir.

65 Merginâni, *el-Hidâye*, III, 58; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 304; Bu meselede Ebu Yusuf'un sonradan Ebu Hanîfe'nin görüşünü benimsediği ifade edilmektedir. Bkz. Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Muhammed (v. 786/1384), *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*, Beyrut ts., Dâru'l-Fikr, VI, 471.

66 Mecelle, md. 100; Ali Haydar, *Dürrerü'l-hükkâm*, I, 87.

67 Sahibeynin görüşü tartışmalıdır. Şöyle ki, örnek meselede araziye gasp eden kişinin arazi sahibinin izni olmadan bina yaptığı aşikârdır. Hâlbuki fasit satımdaki müşteri, kabz yoluyla satıcının verdiği yetkiye dayanarak bina yapmıştır, ayrıca izin almasına gerek yoktur. Şüf'aya ilişkin kıyas da meseleden haberdar olan müşteri için geçerlidir. Haberi olmayan iyi niyetli müşterinin, satın aldığı arazide bina yapmak için satıcıdan izin almak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla sadece iyi niyetli müşteri bakımından kıyas yönteminin isabetliliğinden bahsedilebilir.

68 Ali Kaya, *İslam Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme*, Emin Yay., Bursa 2005, s. 206.

Hukukî tağyir, Hanefiler tarafından ilk mâlikinin mülkiyet hakkını sona erdiren ve malı gâsıbın mülkiyetine girdiren bir eylem sayılmıştır. Mecelle'nin “*Gasıp mal-ı mağsûbu ismi değışecek surette tağyir ederse zâmin olur ve ol mal kendine kalır.*”⁶⁹ maddesi, tazmin yoluyla bir mülkiyet intikalini ifade etmektedir. Buna göre, bir kimse başkasının buğdayını öğütüp un yapsa, ipliğini dokuyup kumaşa dönüştürse mala sahip olur ve malın bedelini sahibine ödemesi gerekir.⁷⁰

Hanefilere göre mal, hukukî tağyir yoluyla isim değışikliğine uğrayınca, gaspta olduğu gibi, bundan sonra fasit akitle kabzedilen mal olmaktan çıkmıştır. Fasit akdin konusu olan mal mevcut olmayınca, akdin feshedilmesi imkânı da ortadan kalkmıştır. Ancak malın sadece isminin değışmiş olması ölçüt değıldir. Menfaat şeklinin büyük ölçüde ortadan kalkması da dikkate alınmaktadır. Bu ölçüt, “malın isminin tamamen değışmiş olması” şeklinde de ifade edilmiştir. Buna göre, kızartılmış ya da pişirilmiş koyun yine koyun olarak isimlendirilmekle birlikte, menfaat şekli yiyerek tüketmeye münhasır kalmıştır. Hâlbuki canlıyken sütünden, yününden istifade imkânı vardı. Buradan hareketle koyunun parçalanması, derisinin soyulması, etlerinin parçalanması da adının tamamen değışmesini sağlamamaktadır. O halde mal sahibinin önünde iki seçenek vardır. İsterse koyunu öylece alır ve eksik kıymetini tazmin ettirir. İsterse koyunu bırakarak kıymetini tazmin ettirir.⁷¹

SONUÇ

Hanefilere göre fasit akit, akdin sıhhat şartlarının ihlaline ve bunun hukukî sonucuna bağılı olarak sahih ve batıl akitten farklıdır. Sahih akitteki meşruiyet bir yandan mülkiyetin intikalini sağlamakta diğere yandan malda tasarruf ve maldan istifade imkânını vermektedir. Batıl akit ise hukukî sonuç doğurmamaktadır.

Fasit akit, malın tesliminden sonra kendine özgü bir mülkiyet tesis etmekte, tasarruf imkânı vermekte fakat istifadeyi meşru kılamamaktadır. İstifadenin caiz olmaması da akdin aslı itibariyle sahih, vasfı itibariyle fasit olmasıyla açıklanmıştır. Bu ayırım, akdin taraflarına akdi feshetme sorumluluğu yüklemekte ve akdi yapanların günahkâr olduğunu göstermektedir. Çünkü kazanılan mülkiyet temiz değıldir. O halde hukuk düzeninin, Allah hakkının bir gereğı olarak şayet taraflar feshetmezse bu işi yetkili hâkim yapmalıdır.

69 Mecelle, md. 899.

70 Bilmen, *Istılahat-ı Fıkhiyye*, VII, 362.

71 Kâsâni, *Bedâi'*, V, 233; Mevsili, *el-İhtiyâr*, II, 7; Bâberti, *el-İnâye*, VI, 289; Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, II, 72; Bilmen, *Istılahat-ı Fıkhiyye*, VII, 362.

Hanefiler, kazanılan mülkiyetin kirli sayılması bakımından fasit akitle gasp arasında ilişki kurarak, gaspın hükümlerini fasit akdin feshedilmesi durumunda da uygulamışlardır. Buna göre, kıyemî olduğunda öncelikle malın akit esnasındaki haliyle (aynen) iade edilmesi gerekir. Bunun herhangi bir sebeple mümkün olmaması durumunda kıymeti ödenmek suretiyle mal tazmin edilmelidir. Misli mal ise misliyle tazmin edilecektir. Bu tazmin yoluyla malın mülkiyetinin satıcıdan müşteriye intikal ettiği kabul edilir. Böylece satıcının kıyemî mal üzerindeki mülkiyet hakkı da malın kıymetine intikal etmiş olmaktadır.

Fasit akitle satın alınan mal, müşterinin elinde helak olduğunda, iade imkânı ortadan kalktığı için bundan sonra akit feshedilememektedir. Yine Fasit akitte malın teslim alınması yoluyla müşteriye geçen mülkiyet, müşterinin bu malı bir başkasına satması ya da hibe etmesi durumunda satılan veya hibe edilen kişiye intikal etmektedir. Bu tasarrufların söz konusu mülkiyeti nakletmeleri, sahih olmak ve muhayyerlik şartını taşımamak gibi koşullarla sınırlandırılmıştır. Bu koşullar sağlandığında bahsedilen tasarruflar fasit akdin feshedilmesine engel teşkil etmektedir. Bunun yanında, fasit akdin konusunda “mala bitişik olan ve maldan doğmayan ziyade” türündeki artış, asıl maldan ayrılamadığı için akit feshedilememektedir. Fasit akdin konusundaki hukuki tağyir de aynı sonucu vermektedir.

Yetkili makam, fasit akitte müşterinin tazmin etmesine karar verdikten sonra malın aynen iadesine engel olan durumun yani fesih engelinin ortadan kalkması halinde, yetkili makamın kendi tarafından tamam olan kararı bozması reddedilmektedir. Böylece feshe engel olan durum ortadan kalkmış olsa bile, engel önce-sindeki ilk hükme geri dönülmesine cevaz verilmemektedir.

Hanefiler, fasit akit ve gasp ilişkisinde görüldüğü gibi, hukuk istikrarı açısından kayda değer çaba göstererek sonradan kurulan sahih hukuki ilişkiyi koruma ve yürürlükte tutma gayreti içinde olmuşlardır. Netice itibarıyla, imkânlar dâhilinde feshedilmesi gereken fasit akit, fesih engellerinin mevcudiyeti halinde bağlayıcılık niteliğini kazanmakta, bundan sonra ne taraflara ne de hâkime fesih yetkisi tanınmaktadır.