

## FESAD ( الفساد )

Bir ibadetin veya hukukî işlemin, vasıf ve şartlarındaki eksiklik ve bozukluk sebebiyle hükümsüz olması anlamında fıkıh terimi.

Fesad "bir şeyin önce düzgün, düzenli ve yararlı iken sonradan bu vasıflarını kaybederek değişmesi ve bozulması" anlamına gelir. Kur'an-ı Kerim'de çeşitli fiil kalıpları ile isim şeklinde elli yerde geçen fesad kavramının "istikrarın bozulması ve istikametten sapma" olarak özetlenebilecek mânaları muhtelif hadislerde de yer almaktadır. Hadislerde bu anlamların yanında "ibadetin bozulması, geçersiz olması" (Buhârî, "Ezân", 58, "Vudû", 69, "Şalât", 15; *el-Muvaṭṭa*<sup>3</sup>, "Hac", 152) mânasında da kullanılmıştır.

Hukuk doktrinlerinin doğması ve terminolojinin teşekkül etmeye başlamasından sonra fesad kelimesi, butlân ile birlikte yeni bir fikhî muhteva kazanarak gerek ibadetlerde gerekse akid ve hukukî işlemlerdeki bozukluk ve hükümsüzlük durumunu ifade eden bir terim haline gelmiş, bu durumdaki fiil ve işlemlere de fâsîd denilmiştir. Ancak İslâm hukukçularının çoğunluğu butlânla fesadı ve bâtil ile fâsîdi eş anlamlı olarak kullanırken Hanefîler'in bu iki terime özellikle akid ve hukukî işlemler alanında farklı mânalar ve sonuçlar yüklediği görülür (bk. BUTLÂN).

Uygulamada farklı bir sonuç doğurma-makla birlikte fesad teriminin ibadetler açısından tanımı, sıhhat\* tanımlarının farklılığına paralel olarak fukaha ve mütekellim'in ekolüne mensup hukukçular arasında değişiklik gösterir. Fukaha ekolüne mensup usulcülere göre ibadetin fesadı yapılan işin veya ibadetin kazâ borcunu düşürmemesi, mütekellim'in grubuna göre ise kazâ gereksin gerekmesinin yapılan işin şâri'in emrine uygun olmamasıdır. İbadetlerde butlân-fesad ayrımı olmadığı için bu tanım aynı zamanda butlânın da tanımıdır. İbadet ya sahihtir veya değildir. İbadetin sahih olmaması durumu fesad kelimesiyle ifade edilebildiği gibi butlânla da belirtilebilir.

Muamelât alanında fesad genel olarak, "akidlerin kendileriyle ulaşılmak istenen sonuçları doğurmaması", başka bir ifadeyle "akdin hükme sebep olmak-

tan çıkması" şeklinde tanımlanır. Bu tanım muamelât alanında fesadla butlân arasında fark gözetmeyen ve çoğunluğu oluşturan usulcülerin anlayışına göredir.

İslâm hukukçularının çoğunluğu, akid ve hukukî işlemlerin kuruluşunda prensip olarak "asıl-vasıf" ayrımı yapmayıp akdi bir bütün kabul ettiklerinden, akdin hüküm ve sonuçlarını doğurabilecek son şekle gelmesini temin eden bütün şartları aynı önem derecesinde tutma eğilimi göstermişler ve bu şartlardan herhangi birinin eksikliğine de tek dereceli bir müeyyide getirmişlerdir. Çoğunluk bu tek dereceli hükümsüzlük müeyyidesini -aynı anlamda olmak üzere-butlân veya fesad olarak adlandırmış, diğer bir ifadeyle hukuken muteber olup olmamasına göre akdi biri sahih (mün'akid), diğeri fâsîd veya bâtil (gayri mün'akid) olmak üzere iki kısma ayırmışlardır. Ancak bu hukukçuların, her ne kadar tek dereceli bir hükümsüzlük anlayışı benimsemiş olsalar da bazı meselelerde bâtil-fâsîd ayrımı yapmak durumunda kaldıkları görülmektedir (meselâ bk. İbn Kudâme, s. 31; İsnêvî, s. 59-60).

Hanefî hukukçuları ise fâsîd akdi, "asıl itibarıyla meşrû, vasıf itibarıyla gayri meşrû akid" şeklinde tanımlayarak çoğunluğun aksine akidde asıl-vasıf ayrımı yapmışlardır. Akdin aslı onun temel unsurları ve kuruluş şartları demektir. Buna göre taraflar, irade beyanı, akdin konusu ve bunlara ilişkin kuruluş şartları (ehliyet, karşılıklı iradelerin birbirine uygunluğu, meclis birliği, akid konusunun teamüle uygun olması vb.) akdin aslını teşkil eder. Akdin vasfı ise daha ziyade akdin konusuna ilişkindir. Akid konusunun tesliminde taraflardan biri için zarar varsa, akid bir garar ihtiva ediyorsa, fâsîd şart veya ribâ söz konusu ise bu durumlarda akdin butlânından değil fâsâdından söz edilir. Yine rızânın ikrah-tan hâlî olması da Züfer dışındaki üç imama göre akdin vasfı olarak değerlendirilmiştir. Hanefî hukukçuları, akdin aslında olan eksiklik ve aykırılıkla vasfındaki eksiklik ve aykırılığa farklı sonuçlar bağlamışlardır. Onlara göre hukukî düzenlemeye aykırılık şekillerinin aynı derecede tutulması doğru değildir. Dolayısıyla akid sistemine sadece vasıf yönünden aykırı olan, fakat asıl yönünden sisteme uygun olup rükün ve

şartlarını bulunduran akdin butlân ve sıhhat arasında bir mertebede yer alması gerekir. Böyle bir akid aslı noktalar (kurucu unsurlar) bakımından sağlam olduğu için bâtil sayılmayacağı gibi bünyesinde fer'î noktalarda bir aykırılık bulunduğu için sahih de sayılamaz. Şu halde fâsîd akid, hukukî varlığı olmayan bâtil akidle hukukî varlık kazanmış ve muteber sonuç doğuran sahih akid arasında yer almaktadır. Esasen bu özellik kelimenin sözlük anlamında da mevcuttur. Yukarıda da belirtildiği gibi fesadın sözlük anlamı "yok olma, ortadan kalkma" değil "mevcut olan bir şeydeki değişme ve bozulma"dır.

Hanefîler akdin kurulup sonuçlarını meydana getirmesini, her biri için ayrı ayrı şartlar belirledikleri "in'ikad", "sıhhat" ve "nefâz" olmak üzere üç ayrı mertebede değerlendirmişler ve her bir mertebedeki eksikliği farklı hükümsüzlük müeyyidesine tâbi tutmuşlardır. Çünkü uygulanacak müeyyidenin hukukî düzenlemeye aykırılığın derecesiyle mütenasip olması gerekir. Buna göre in'ikad merhalesindeki bir şart eksikliğinin müeyyidesi butlân, sıhhat merhalesindeki eksikliğin müeyyidesi fesad, nefâz merhalesindeki eksikliğin müeyyidesi de tevakkuftur (askı halî). Akid mün'akid olmakla birlikte eğer sıhhat şartlarından birini taşıyorsa fâsîd olur. Hanefîler, fukaha çoğunluğundan farklı olarak in'ikad ve sıhhati iki ayrı mertebe olarak düşündüklerinden doktrinlerinde fesad in'ikadın değil sıhhatin karşıtı olmaktadır. Hanefî literatüründe fesad terimi, belirtilen bu özel teknik anlamı yanında butlân, fesad ve kerâhet durumlarını içine alan ve genel anlamdaki hükümsüzlüğü ifade eden bir üst kavram olarak da kullanılmaktadır.

Hanefîler'in, hukuken yok sayılan bâtil akidle hukukî varlık kazandığı halde bozuk (kusurlu) olan fâsîd akdi farklı hükümlere tâbi tutmasını Mâlikî hukukçularından Karâfî "güzel bir hukuk anlayışı", çağdaş İslâm hukukçularından Zerkâ da "faydalı bir ayrım" olarak nitelendirmişlerdir.

Fesad mertebesi konusunda Hanefîler'le çoğunluk arasındaki ihtilâf temelde, kanun koyucunun akidler gibi, itibarı varlığı bulunan tasarruflar hakkındaki yasağının ne ifade ettiği konusundaki ihtilâflarına dayanır. Diğer bir ifadeyle ihtilâf, kanun koyucunun yasağının yo-

rumlanmasındaki görüş ayrılığından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı özellikle Hanefîler'in fesad anlayışının kavranabilmesi için nehiy-kubuh ilişkisi, nehiy-fesad ilişkisi ve nehiy-nefiy ayrımının iyi tesbit edilmesine gerek vardır.

Hanefî ekolünde nehiy genelde maddî (hissi) fiilden nehiy, şer'î fiilden nehiy şeklinde iki kısımda ele alınır. Maddî fiil denince şer'î varlığı olmayıp sadece maddî varlığı bulunan, yani hukuk düzeni olmadan da meydana gelmesi mümkün olan zina, gasp, içki içme gibi fiiller anlaşılır. Şer'î fiil ise maddî varlığının yanı sıra şer'î varlığı da bulunan fiiller olup meselâ namaz, alım satım, nikâh böyledir. Maddî fiillerin bâtil veya sahih şeklinde nitelendirilmesi mümkün olmazken şer'î fiiller için bu mümkündür. Bu ayrıma bağlı olarak Hanefîler'e göre maddî fiiller hakkındaki mutlak yasaklama, aksine bir delil bulunmadığı sürece o fiilin özü itibariyle çirkinliğini gerektirir. Alım satım gibi şer'î fiiller hakkındaki mutlak yasaklamanın hükmü ise yasaklanan şeyin özü itibariyle güzel, özü dışındaki bir sebep yüzünden çirkin olması ve bu fiili yapan kişinin haram işlemiş bulunmasıdır. Hanefîler bunu şöyle ifade ederler: Şer'î fiiller hakkındaki mutlak nehiy o fiilin asıl itibariyle sıhhatini ve meşruiyetini, vasıf itibariyle ise hâricî bir sebepten dolayı çirkinliğini gerektirir. Buradaki sıhhat "aslen meşruiyet" anlamındadır. Yasaklanan fiil vasıf itibariyle olmasa bile asıl itibariyle meşrû olduğu için yasağa rağmen yapıldığında şer'î veya hukukî varlık kazanır. Yasaklama, yasaklanan şeyin hukukî varlık kazanmasına engel teşkil etmez. Nehyin sonucu o işlemi yapmanın günahlığı, feshinin imkânı ve ondan kurtulmanın vacipliği olduğuna göre bu hükümlerden bahsedebilmek için yasaklanmış tasarrufun hukukun varlığının kabul edilmesi gerekir. Hanefîler, diğer ekollerin yoğun tenkidine hedef teşkil eden, ancak oldukça orijinal sayılabilecek bu görüşleriyle faizli akidler, malın şarap karşılığında veya belirsiz vade ile satımı gibi fâsid akidlerin hem kabz ile hüküm ifade etmesine, hem de fesad unsuru giderildiğinde akdin sıhhat ve meşruiyet kazanmasına hukuk doktrini açısından bir açıklama getirmiş olmaktadır. Hanefîler bu açıklamalarının yanında şer'î fiilden yasağın, o fiilin hüküm doğurmadığı değil işlenmesinin mâsiyet olduğu anlamına geldiğini

de ileri sürerler. Onların, şer'î fiiller hakkındaki yasağın bunların aslen sıhhat ve meşruiyetini gerektirdiği şeklindeki görüşlerine faizli akid, bayram gününde oruç tutma, gasbedilmiş evde namaz kılma, cuma ezanı vakti alım satım gibi aslen değil de hâricî veya mücâvir vasıf sebebiyle yasaklanan fiiller örnek gösterilebilir. Şâfiî hukukçuları ise nehyin, yasaklanan şeyin aslına ve ayrılmaz vasfına ilişkin olması arasında bir ayrım gözetmeksizin onun haram olduğunu, haram olan bir şeyin ise şer'î bir hükme sebep olamayacağını ileri sürmektedir (bk. NEHİY).

Butlân-fesad ayrımı bütün tasarruf çeşitlerinde söz konusu değildir. Bazı özel hükümler dışında ibadetlerde fesad ve butlân terimleri birbirinin eş anlamı olarak kullanılır. İbadetler ya sahihtir ve mükellefin zimmetini borçtan kurtarmıştır ya da sahih değildir ve borç düşmemiştir. Rükün veya şartlarında bir eksiklik bulunan ibadete fâsid ya da bâtil denir ki her ikisi aynı anlamdadır. Bu konuda İslâm hukuk ekolleri görüş birliği içindedir.

Medenî hukuk alanında fesad-butlân ayrımı sadece, karşılıklı borç doğuran (muâvaza akidleri) ya da mülkiyeti nakleden malî akidlerde câridir. Bu kural alım satım, kira, rehin, havale, kismet, şirket, müzâraa vb. akidleri içine alır. Aynı şekilde mülkiyetin nakli sonucunu doğuran karz ve hibe akdi de bu çerçevededir. Bu akidlerin hepsinde fesad butlândan ayrılır ve bunlar fesada rağmen hukukî varlık kazanmış sayılır. Bu ayrım mutlak fiilî tasarruflarda akid kabildinden olmayıp talâk, vakıf, ibrâ, kefalet, ikrar gibi tek taraflı hukukî işlemlerde; vekâlet, vesâyet, tahkim gibi malî olmayan akidlerde (tefvîz akidleri); vedîa ve âriyet gibi karşılıklı borç yükleyen, fakat mülkiyeti nakletmeyen malî akidlerde cârî değildir. Ancak tek taraflı hukukî işlemlerden olan dava bu gruptan istisna edilerek onda fesad-butlân ayrımının geçerli olacağı öne sürülmüştür.

Evlenme akidinde fesad-butlân ayrımının yapılıp yapılmayacağı Hanefî doktrininde tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüş bâtil nikâhla fâsid nikâh arasında fark bulunmadığı yönündedir (Kâsânî, III, 1553; Mergînânî, II, 382; M. Ebû Zehre, s. 208-210, 371; Senhûrî, IV, 150). Nikâh akidinde bâtil-fâsid ayrımı yapma-

yanların gerekçesi özetle şöyledir: Kadınla cinsel ilişki hususunda asıl hüküm haramlıktır. Haramlığın kalkması ve ilişkinin helâl hale gelebilmesi için bu ilişkinin sahih bir nikâha dayanması gerekir. Gerek bâtil gerekse fâsid nikâh bu ilişkiyi helâl hale getirme özelliğine sahip olmadığından hüküm yönünden aralarında fark gözetmek gereksizdir (İzmîrî, I, 327-328). Bu gerekçe esasta, nikâh akdinin malî mübâdeleyi konu alan akidlerden mahiyet itibariyle farklı oluşuna indirgenebilir. Hanefî ekolünde nikâh akidinde butlân-fesad ayrımı konusundaki tartışmanın temelinde, bu akdin -ibadete benzetilmesinin yanı sıra mahiyet itibariyle malî mübâdeleli akidlerden farklı oluşu yatmaktadır. Diğer akidlerde temel unsurlar ve in'ikad şartları, özellikle taraflar ve irade beyanına ilişkin olanları nikâh akdi için de söz konusudur. İn'ikad şartlarından biri eksik olan nikâh akdinin bâtil olacağına ve hiçbir sonuç doğurmayacağına görüş birliği mevcuttur. Ancak nikâh akdinin in'ikad ve sıhhat şartlarını ayırmada belli oranda güçlük vardır. Bâtil nikâhla fâsid nikâh arasında fark bulunup bulunmadığı meselesi daha ziyade nikâh akdinin sıhhat şartlarından sayılan iki şahidin hazır bulunması ve nikâhlanacak kadının evlenilmesi haram olmayan kimselerden olması gibi şartlarda bir eksikliğin bulunması halinde ortaya çıkan durumun tesbitiyle ilgili görülmektedir.

Evlenme akidinde iki şahidin hazır bulunması şartının in'ikad şartı mı yoksa sıhhat şartı mı olduğu doktrinde fazla net değildir. Hanefîler'in nefiy anlayışına göre şahitsiz nikâhin câiz olmayacağına dair hadis (Buhârî, "Şehâdât", 8), şahit bulundurulmayan nikâhin hukukî varlık kazanamayacağını ifade eder. Bu yaklaşıma göre şahit bulundurmanın in'ikad şartı olması gerekir. Meseleye akdin temel unsurları ve kuruluş şartları açısından bakıldığında şahitlerin varlığı, genel akid mantığına göre akdin temel unsurlarından olmadığı gibi bu unsurlara ilişkin kuruluş şartlarından da değildir. Şu halde bunun in'ikad şartı değil sıhhat şartı olması gerekecektir. Şahit bulundurmaya sıhhat şartı saymayıp ilânı yeterli gören ekollerin mevcut olması da konunun başka bir boyutunu teşkil edip şahit bulundurma şartının akdin in'ikad şartı olarak görülmesini bir hayli güçleştirmektedir. Evlenilmesi ya-

sak olan kadınlarla evlenmenin hükmünün ve sonucunun tesbit edilmesi meselesindeki güçlük de nikâh akdinin konusunun ne olduğunun belirlenmemiş olmasından doğmaktadır. Mahremle evlenme, üç talâkla boşadığı karısıyla veya iddet beklemekte olan kadınla evlenme, müslüman kadının gayri müslimle evlenmesi vb. evliliklerin, nesebin sübûtu ve had cezasının uygulanması gibi sonuçlar açısından genellemeye tâbi tutulması pek doğru olmayıp bunların her birinin sonucunun ayrı ayrı incelenmesi daha isabetli görünmektedir.

Fâsid nikâh hiçbir hukukî sonuç doğurmamakla birlikte eğer zıfaf gerçekleşmişse bu takdirde akdin değil bu fiilî durumun sonucu olarak bazı hükümler söz konusu olur. Bu sebeple fâsid akid, sahih akdin aksine hiçbir surette -ne mücferred akid sebebiyle ne de zıfaf sonrası iddet esnasında- nafaka mükellefiyeti gerektirmez. Aynı şekilde fâsid akidde hısımlık mahremiyeti, sahih akidten farklı olarak sırf akidle değil zıfaftan sonra sabit olur. Fâsid akde zıfaftan sonra terettüp eden haddin sâkıt olması, nesebin sübûtu veya mehrin gerekmesi gibi hükümler bizzat akde değil akidten sonra gerçekleşen fiilî duruma bağlı sonuçlardır. Meselâ haddin uygulanmaması akid şüphesinin bulunmasıyla, mehrin sübûtu ise, "Cinsel ilişki ya had (akr) veya mehir (ukr) gerektirir" kuralıyla açıklanır. Şüphe sebebiyle had düştüğü için kurala göre mehre hükmetmek gerekli görülümüştür. Ancak akdin fâsid olmasından dolayı tarafların akid esnasında belirledikleri mehir de fâsid olacağından mehr-i misil ve mehr-i müsemâdan hangisi daha az ise o gerekli olur. Nesebin sabit olması ise maslahat düşüncesine, yani çocuğun zayı olmaktan korunması fikrine dayanır. Ancak burada belirtilen hususlar Hanefî doktrinindeki hâkim anlayışa göredir. Neseb ve buna bağlı olarak iddet konusu ile had ve buna bağlı olarak mehir konusunda Hanefî hukukçuları arasında yer yer görüş ayrılığı mevcuttur. Fâsid nikâha dayalı cinsel ilişkinin, üç talâkla boşanmış kadını önceki kocasına helâl kılıp kılmayacağı hususu da yine Hanefî doktrininde tartışmalıdır.

**Fesad Sebepleri.** Akid, sıhhat şartlarından birinin eksikliği yüzünden fâsid olduğuna göre fesad sebeplerini genel ve özel olmak üzere ikiye ayırmak müm-

kündür. Özel fesad sebeplerini bilmek için her akdin özel sıhhat şartlarına vâkıf olmak gerekir. Her akdin özel sıhhat şartları farklı olduğuna göre bir akid için fesad sebebi olan bir husus başka bir akdi fâsid kılmaz. Meselâ şüyû' satım akdini fâsid kılmaz, fakat rehin akdini fâsid kılar. Süre tayini satım akdini, sürenin tayin edilmemesi de kira akdini fâsid kılar. Bu sebeple her akdin özel sıhhat şartları ve fesadı o akdin hukukî yapısı, kuruluş ve işleyişi açısından ayrı ayrı ele alınması gereken bir husustur. Akidlerin genel fesad sebeplerini ise şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. **Garar ve Cehalet.** Garar ile cehalet kavramları literatürde genellikle birlikte kullanılır ve anlamları arasında kısmen de olsa fark gözetilir; yerine göre biri diğerinden daha genel veya daha özel bir anlam taşıyabilir. "Garar satımı" daha ziyade gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen şeyin, "meçhulün satımı" ise gerçekleştiği bilinip de sıfatı bilinmeyen şeyin satımı hakkında kullanılmaktadır. Şüphesiz ki akdin bütünüyle garar ve cehaletten uzak olmasının şart olduğu söylenemez. Böyle bir şart neredeyse akidleşme kapısının kapanması anlamına gelir. Garar ve cehalet ölçüleri akidten akide değişebildiği gibi çevreden çevreye, zamandan zamana da değişebilir ve bunların tek tek akidler hakkında yeniden belirlenmesi mümkündür (garar ve cehalet hak. bk. Karâfi, *Furûk*, I, 150-151; III, 265-266).

a) **Garar.** Gararın fesad veya butlân sebebi olarak değerlendirilmesi, temelde Hz. Peygamber'in garar satımına ilişkin yasağına dayanır. Sözlükte "bir şeyin riske veya büsbütün yok olmaya mâruz bırakılması" anlamına gelen gararın terim anlamı konusunda hukukçular arasında ihtilâf vardır. Nitekim garar kelimesine "âkıbeti bilinmeyen şey", "gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen risk", "mevcut olmadığı vehmini veren şey" ve "âkıbeti kapalı şey" gibi farklı mânaların verilmesi de bunu göstermektedir.

Garar, akid ilişkisinin güvensiz ve mevhum bir duruma dayanması ve sonu belirsiz olacak biçimde kurulmasıdır. Hanefî doktrinini, satıma konu teşkil eden şeyin (ma'kûdün aleyh) aslında olan garar ile vasıf ve miktarlarındaki gararı birbirinden ayırmıştır. Meselâ anasının kar-

nındaki yavru hayvanı satma veya medeki sütü satma örneğinde olduğu gibi ma'kûdün aleyhin aslında (özünde) olan garar akdin butlânını gerektirir (Serahsî, *el-Mebsûr*, XII, 194). Vasıf ve miktarlardaki garar ise akdin butlânını değil fesadını icap ettirir. Akdin fesad sebepleri arasında sayılan garar daha ziyade bu anlamdaki garardır. Meselâ bir kimse, şu kadar litre süt veriyor olması şartıyla bir inek satarsa bu satım garar yüzünden fâsid olur. Çünkü inekten o kadar süt alınmaması mümkündür. Ancak ineği bol sütlü diye satarsa bu bir vasıftır ve bunda garar yoktur. Eğer örfe göre inek sütlü denecek kadar süt vermiyorsa müşteri, şart koşulan vasfın bulunmayışı muhayyerliğiyle akdi fesahetme hakkına sahiptir.

b) **Cehalet (bilinmezlik).** Akdin sahih olabilmesi için bedellerin anlaşmazlığa yol açmayacak ölçüde mâlum olması şarttır. Akidde taraflar arasında çözümlenmesi güç anlaşmazlığa yol açan aşırı bilinmezlik varsa bu akid fâsid olur. Anlaşmazlığın çözümsüzlüğü tarafların aynı gerekçeye dayanmaları yüzündendir. Meselâ belirleme yapmaksızın bir sürü içerisinden bir koyunun satılması durumunda müşteri belirleme yapılmadığı gerekçesiyle sürüden en iyi koyunu almak, satıcı da aynı gerekçeyle cılız bir koyunu vermek isteyecektir. Her ikisi de aynı gerekçeye dayandığı için bu anlaşmazlık çözümsüzlüğü getirir. Bu türden çözümsüz anlaşmazlığa yol açmayan bilinmezlik ise akde zarar vermez. Bu sebeple taraflardan her ikisini de karşılıklı edim yükümü altına sokan iki taraflı (ivazlı) akidlerde, akdin konusu olarak ifa edilmesi gereken belirli birkaç şey arasından birini belirleme yetkisinin taraflardan birine tanınması, meselâ müşteriye satılık iki hayvandan birini seçme hakkının verilmesi bir ölçüde bilinmezlik içerdiği halde câiz görülümüştür.

Akdi fâsid kılan cehalet genelde şu dört hususta vuku bulur: 1. Akid konusu olan şeydeki bilinmezlik; meselâ satım akidinde satılacak şeyin bilinmemesi gibi. 2. Bedeli para değil mal olan akidlerde ödenecek bedelin meçhul olması. 3. Sürenin bağlayıcı önemi bulunan kira vb. akidlerde sürenin belirlenmemiş olması. 4. Akidde şart koşulan belgelenme yollarının meçhul olması. Meselâ satıcı müşteriden daha sonra ödenecek bir bedel için bir kefil istediğinde bu ke-

filin belirlenmesi gerekir, aksi takdirde akid fâsid olur.

2. İkraah. Zor kullanmanın akdi fâsid mi yoksa mevkuf mu kıldığı hususu Hanefî doktrininde tartışmalıdır. Ebû Hanîfe, ikraahın akdi fâsid kılacağı ve bu tür bir akdin diğer fâsid akidler gibi bir hükme tâbi olacağı görüşündedir. İmam Züfer ise ikraah bulunan akdin fâsid değil mevkuf olduğunu, dolayısıyla fâsid akidden farklı olarak meselâ malın teslim alınması hususu gerçekleşse bile hüküm ifade etmeyeceğini ileri sürmüştür. Züfer'in gerekçesi, bu akdin ikraahın kalkmasından sonra icâzeti kabul etmesi, yani normal bir akid haline gelme ihtimalidir. Çağdaş İslâm hukukçularından Zerkâ ve Senhûrî Züfer'in görüşünün daha tutarlı olduğunu söylemişlerdir.

3. Müfsid Şart. Müfsid (veya fâsid) şart tek taraflı yarar sağlayan, yasak bir şeyi içeren, akdin muhteva ve amacına veya teamüle aykırı olan şarttır. Meselâ bir malı başka birine satması veya bağışlaması şartıyla satım, faiz ödenmesi şartını içeren akid, ikinci bir akdin yapılması şartını içeren birinci akid, alıcının mebbî satmaması şartıyla yapılan satım böyledir. Müfsid şart bütûn ivazlı (muâvazalı) akidleri fâsid kılar.

Fesad sebepleri arasında bunlar dışında ribâ ve ayrıca akid konusu malın teslim edilmesi sırasında kendisine verilen zarar da sayılmaktadır.

Fesadın Sonucu. Fâsid akid yasaklanmış olduğu için sahih değildir ve asolan bu tür akdin sonuç doğurmamasıdır. Bu sebeple fâsid akde kabzdan önce hiçbir hukukî sonuç bağlanmaz. Fâsid akdin onaylanması söz konusu olmadığı gibi fesih hakkına sahip bulunan taraflar bu akde dayanarak birbirlerini ifaya da zorlayamazlar. Sahih akidde olduğunun aksine mücerred akid sebebiyle kabzdan önce mülkiyet alıcıya intikal etmez. Ancak fâsid akid her ne kadar sahih değilse de esas itibarıyla kurulmuş sayılacağından maddî / fiilî varlığı yanında bir de hukukî varlığı vardır. Esasen fesih hakkının varlığı da bu hukukî varlığına dayanır.

Taraflar fâsid akdi feshetmekle yükümlüdürler. Onlardan her biri tek başına akdi feshedebilir, bu hususta karşı tarafın rızasına veya mahkeme kararına gerek yoktur. Ebû Yûsuf, feshin karşı tarafın bilgisi dahilinde olması şartını bile gerekli görmez. Taraflar akdi feshetmemekte ısrar ederlerse hâkim ta-

lep üzerine, hatta hiç talep olmaksızın re'sen bu akdi iptal eder. Taraflardan herhangi birinin fesih hakkından vazgeçmesi mümkün değildir. Açıkça fesih hakkını düşürdüğünü söylese bile yine de bu hakkını kullanabilir. Taraflardan biri öldüğünde fesih hakkı vârislerine intikal eder. Ancak herhangi bir yolla fesadın giderilme imkânı varsa feshe gidilmeksizin sebep ortadan kaldırılır ve akid sahihe dönüştürülebilir. Meselâ satım akdi sürenin bilinmemesi yüzünden fâsid olmuşsa bu belirsizlik kaldırıldığında akid sahihe dönüşür. Ancak fesad eğer bizzat bedele râci ise (meselâ bedelin şarap olması gibi) bu durumda fesad akdin bünyesinde yer tutmuş olacağından taraflar anlaşsa bile akdin sahih hale çevrilmesi mümkün değildir.

Fâsid akidde taraflar birbirlerini ifaya zorlayamazlar. Ancak böyle bir akidde satıcının izniyle gerçekleşen malın teslim ve tesellümü ile (kabz) mülkiyet sonucu doğar. Fâsid akde terettüp eden bu hüküm, akdin kurulmuş olmasının değil kabzın sağladığı bir durumdur. Teslimle birlikte akid teslimden önceki duruma göre biraz daha güçlenmiş olur. Çünkü kabz, tarafların fesada rağmen akdi icra niyetlerini pekiştirmeleri anlamına gelir. Ancak kabz kesinlikle icâzet olarak değer kazanmaz. Teslim tamamlanınca müşteri o şeye mâlik olur. Kabzdan sonra müşteriye intikal eden mülkiyetin nasıl bir mülkiyet teşkil ettiği Hanefî hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Onların bir grubu (Iraklılar), müşterinin fâsid akidle satın alıp kabzettiği şeyin aynına değil sadece onda tasarruf hakkına sahip olacağı, bu sebeple de mebbîn kendisinde doğrudan faydalanmasının müşteriye helâl olmayacağı görüşündedir. Bundan dolayı müşteri fâsid akidle satın alıp kabzettiği mebbî'de satım, icâre, hibe gibi doğrudan yararlanma sayılmayan hukukî işlemleri yapabilirse de bizzat bu mebbî'den faydalanma sayılan yeme, içme, kullanma, binme gibi tasarrufları yapamaz. Karşı görüşte olan Hanefî fakihleri ise doğrudan faydalanmanın helâl olmayışının mülkiyetin bulunmadığı anlamına gelmeyeceğini söylemişlerdir. Hangi görüş alınırsa alınsın bu mülkiyet, sahih akidle sağlanan mülkiyet gibi mutlak değil feshinin gerekli olması sebebiyle nevi şahsına münhasır bir mülkiyettir. Fesih imkânı kalmadığından mülkiyet alıcıya, akdin yapıldığı sırada anlaşılan semen karşılığında değil malın gerçek değeri

karşılığında intikal eder. Ancak bu durumda kabz günündeki kıymete mi yoksa ödeme vaktindeki kıymete mi itibar edileceği tartışmalı olup *Mecelle*'de malın kabz günündeki kıymetinin ödenmesi yönündeki görüş tercih edilmiştir (md. 371). Fâsid akidle sağlanan bu mülkiyet "habîs" mülkiyet olarak nitelendirildiği ve iadesi şer'an vâcip sayıldığı için fâsid akid sonucu mülkiyete geçen maldan faydalanma, o malı tüketme, kullanma vb. dinen haram sayılmıştır.

Tıpkı kabzdan önce olduğu gibi kabzdan sonra da taraflardan her biri tek taraflı iradesiyle fâsid akdi feshedebilir. Kabzdan önce fesih durumunda olduğu gibi fesadın bedeldeki bir eksiklikten kaynaklanması halinde taraflardan her biri akdi feshe yetkili ise de fesadın fâsid bir şart yüzünden olması durumunda İmam Muhammed, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'tan farklı olarak kabzdan sonra sadece şartta menfaat sahibi olanın fesih yetkisine sahip olduğu görüşündedir.

Fâsid akdin kabzdan sonra feshedilebilmesi için iki şart aranır: a) Akde konu teşkil eden malın akdin icrası esnasındaki durumunu koruması; b) Akdin feshinin, taraflar dışındaki kişilerin o mal üzerinde kazandıkları hakları iptal etmemesi. Meselâ fâsid bir alım satım akdiyle satın alınan malın başka birine sahih bir akidle satılması halinde artık bu akdin feshi mümkün olmaz. Bu iki durumda fâsid akdin feshedilemez oluşu, akidlerde iyi niyet ve güven ortamının devam ettirilmesi ve kazanılmış hakların korunması düşüncesiyle açıklanabilir.

İslâm hukukunda özellikle Hanefî hukukçularının ortaya atıp geliştirdiği fesad teorisi, gerçekten çok ileri bir hukuk mantığı ve hukuk tekniğinin ürünüdür. Bu teori, bir yönüyle hem üçüncü şahısları hem de bizzat akdi yapanları himaye eden, bir yönüyle de çok ağır boyutta olmayan kusur ve aykırılıklar içeren akdin bir çırpıda hukukî hayattan kaldırılmasını engelleyen, akde belli oranda ve belli şartlar dahilinde sonuç doğurabilme ve telâfi edilebilme imkânı veren orijinal bir "medenî müeyyide"dir. Akidlerin ve hukukî işlemlerin hükümsüzlüğü konusunda sıhhatle butlân arasındaki bu ara müeyyide, sosyal şart ve ihtiyaçlara daha kolay uyum sağlama ve hukukî münasebetlerin devamlılık ve istikrarını koruma açısından hayli önem taşır.

## BİBLİYOGRAFYA :

Tehânevî, *Keşşâf*, II, 815-817, 1112-1113; *el-Muvaḫḫa*, "Ḥac", 152; Buhârî, "Ezân", 58, "Vuḫû", 69, "Şalât", 15, "Şehâdât", 8; Serahsî, *el-Mebsûṭ*, XII, 194; a.m.f., *el-Uşûl*, I, 78-94; Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, II, 24-31; Kelvezânî, *Temhîd fî usûli'l-fıkḥ* (nşr. Müfîd Muhammed Ebû Amşe), Cidde 1406/1985, I, 360-382; Kâsânî, *Bedâ'î*, II, 335; III, 187-188, 209; Mergî-nânî, *Hidâye*, Bulak 1315-18, II, 147-148, 382; İbnü'l-Cevzî, *Nüzhetü'l-a'yûn*, s. 469-471; Fahrreddin er-Râzî, *Mefâṭihu'l-gayb*, I, 208; İbn Kudâme, *Ravzatu'n-nâzir*, s. 31; Zencânî, *Taḥrîcü'l-furûṣ 'ale'l-uşûl* (nşr. M. Edib Sâlih), Beyrut 1402/1982, s. 168-171; Karâfî, *Şerḥu Tenkihî'l-fuşûl fi'l-uşûl*, Kahire 1973, s. 76-77, 168-177; a.m.f., *Furûḳ*, Kahire 1347 → Beyrut, ts. (Âlemü'l-Kütüb), I, 150-151; II, 83; III, 265-266; Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh*, I, 215-223; Alâî, *Taḥkîku'l-murâd fî enne'n-nehve yaḳtezi'l-fesâd*, Dimaşk 1982; İsnêvî, *et-Temhîd*, s. 59-60; Bâbertî, *İnâye*, Bulak 1315-18, IV, 140-144; Bezzâzî, *el-Fetâvâ*, Bulak 1310, IV, 144; İzmîrî, *Hâşiye*, İstanbul 1309, I, 327-328; *Mecelle*, md. 371; M. Ebû Zehre, *el-Milkiyye ve nazariyyetü'l-akd*, Kahire, ts. (Dârü'l-Fikri'l-Arabî), s. 208-210, 369-378; Senhürî, *Meşâdirü'l-haḳ*, IV, 126-127, 138-140, 146-177, 271-275; M. Muhyiddin Abdülhamîd, *el-Aḫvâlü's-şahşiyye*, Kahire 1958, s. 21-25; Zerkâ, *el-Fıkḥu'l-İslâmî*, II, 672-733; Karaman, *İslâm Hukuku*, II, 267-275; H. Yunus Apaydın, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü* (doktora tezi, 1989), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; Y. Linant de Bellefonds, "Fâsîd wa Bâṭıl", *EI*<sup>2</sup> (İng.), II, 829-833; a.m.f., "Fâsîd wa Bâṭıl", *UDMİ*, XV, 75-77.



H. YUNUS APAYDIN

## FESAD

( الفساد )

Tabii dengenin, sosyal düzenin ve ahlâkî yapının bozulmasını ifade eden bir terim.

Fesâd Arapça'da masdar olarak "bozulmak, çürümek; sağ duyudan sapmak" vb. anlamlara gelir. İsim olarak da "zulüm; çalkantı, düzensizlik; kuraklık, kıtlık" mânalarında kullanılmıştır. Bazı diller fesadî "itidal çizgisinden uzaklaşmış bozulmak" şeklinde tanımlanmışlardır (Râgıb el-İsfahânî, *el-Müfredât*, "fesâd" md.; *Kâmus Tercümesi*, "fsd" md.). Başkasının malına haksız yere el koymaya da fesad denilmiştir (*Tâcû'l-ârus*, II, 452).

Kur'an-ı Kerîm'de on bir âyette fesad kelimesi, otuz dokuz âyette de bunun türevleri geçmektedir (bk. M. F. Abdülbâkî, *el-Mu'cem*, "fsd" md.). Bu âyetlerde düzen, sistemli bir bütün olarak kavranan âlemin ve toplumun, dolayısıyla feridin var oluşuna temel olan fitrî ve tabii denge ile aynı çerçevede ele alınmakta,

fesad da bu düzen ve dengenin bozulmasını yahut bu dengeden çıkmayı ifade etmektedir. Buna göre kozmolojik düzen tevhid ilkesine dayanmaktadır. Nitekim bu husus bir âyette, "Eğer yerde ve gökte Allah'tan başka tanrılar bulunsaydı yer ve gök kesinlikle fesada uğrardı" (el-Enbiyâ 21/22) şeklinde ifade edilmektedir.

Fesad ve ifsad kavramları içtimaî, siyasi, hukukî ve dolayısıyla dinî düzenle ilgili bir konumda kullanıldığında yine belli bir düzen veya dengenin bozulmasını ifade eder. Hz. Süleyman'ın güçlü hükümdarlığı karşısında Sebe melikesinin endişeye kapılarak ülkesinin Süleyman tarafından istilâ edilmesi durumunda içtimaî ve siyasi düzenin altüst olacağını düşünmesi (en-Neml 27/34), aynı şekilde Firavun yönetiminin Hz. Mûsâ ve kavmini yerleşik dinî anlayış ve ona dayalı düzene karşı bir tehdit sayması ve onları potansiyel bozguncu olarak nitelenmesi (el-A'râf 7/127), bizzat Firavun'un aynı endişeden dolayı Hz. Mûsâ'yı öldürmeyi tasarlaması (Gâfir 40/26) fesad ve ifsad terimleriyle ifade edilmektedir. İhtiyaçlarını karşılayıp Mısır'dan dönmek üzere yola çıkan Hz. Yûsuf'un kardeşleri hırsızlıkla itham edilince kendilerini şu şekilde savunmuşlardır: "...Allah'a yemin olsun ki bizim bu ülkede fesad çıkarmak için gelmediğimizi sizler de biliyorsunuz; biz hırsız değiliz" (Yûsuf 12/73). Burada fesad çıkarmak "yerleşik hukukî ve ahlâkî kaideleri ihlâl etmek" anlamında kullanılmıştır. Şu halde fesad ve ifsad, özellikle Sebe melikesi ve Firavun örneğinde görüldüğü gibi yalnızca ilâhî iradeye uygun olan düzen, denge ve kuralların bozulmasını değil genel olarak yerleşik düzeni bozucu bir tehdit unsurunu veya teşebbüsü ifade eden bir terimdir. Kur'an-ı Kerîm, Allah'ın yer yüzünde hâkim kılmak istediği yaşama biçimine karşı çıkan girişimleri bozgunculuk saymakta, düzeltme ve iyileştirmeden (islâh) yana olduklarını iddia etmelerine rağmen bu girişim sahiplerini gerçek bozguncular olarak nitelendirmektedir (el-Bakara 2/11). Bazı âyetlerde fesad kelimesiyle birlikte onun sebebi yahut sonucu olarak belirli ahlâkî kötülükler de zikredilmekte, dolayısıyla onlar da fesad teriminin kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Tartıyı eksik kullanmak (Hüd 11/85), ekini ve nesli helâk etmek (el-Bakara 2/205), akrabalık bağlarını koparmak (Muhammed 47/22) ve fitneye yol açmakla fesad ve if-

sad arasında bağlantı kuran âyetler bu kabildendir. Kur'an'da ayrıca fesadla azgınlık (bağy), isyan ve aşırılık (israf) kelimeleri arasında anlam ilişkileri kurulmaktadır (bk. Yûnus 10/91; Hüd 11/85; es-Şuarâ 26/151-152; el-Kasas 28/76-77; krş. İzutsu, s. 138, 165, 218). Muhammed el-Behî, "orta yoldan, itidalden sapma" olarak tanımladığı israfın fesadla bağlantısını ısrarla vurgulamakta, fesadın "bozulma" anlamını "sapma" anlamıyla pekiştirmektedir (*Mefâṭimü'l-Kur'an*, s. 249-251).

Kur'an'da fesadın karşıtı salâh, ifsadin karşıtı islâh ve müfsidin karşıtı muslihtir (bk. el-Bakara 2/11; el-A'râf 7/56-57, 142; en-Neml 27/48-49). Fesad fâsıklıların ve münafıkların, salâh da müminlerin vasfıdır. Müminler bu nitelikleriyle, Allah'ın emir ve yasaklarını gözeterek yeryüzünde kurulması gereken denge ve düzeni sağlayıcı tutum ve davranışlar sergiler, hem dünya hem âhiret mutluluğuna ulaşırlar (Dumlu, s. 10-13). Ancak iyi, faydalı ve yapıcı davranışlar "sâlihât" kelimesiyle ifade edildiği halde kötü, zararlı ve yıkıcı davranışlar "fâsîdât" yerine "seyyiât" kelimesiyle ifade edilmiştir (İzutsu, s. 209).

Genellikle müfessirler fesadî sözlük anlamından hareketle "bir şeyin istikametinden saparak yararlı halinden çıkması" şeklinde tanımlarlar (meselâ bk. Zemahşerî, I, 179; Fahrreddin er-Râzî, II, 66; Kâsımî, II, 47). İbn Cerîr et-Taberî'nin naklettiği yorumlara göre fesad başta küfür olmak üzere bütün isyan davranışlarından ibarettir. Allah'a isyan eden veya O'na isyanı emreden kimse yeryüzünde bozgunculuk yapmış olur. Halbuki göklerde ve yerde ıslah itaatle gerçekleşmektedir (*Câmi'u'l-beyân*, I, 288). Fahrreddin er-Râzî fesad çıkarmanın üç anlamını tesbit etmiştir. a) Allah'a karşı açıkça isyan. Burada fesad çıkarma (ifsad) itaatin zıddı bir anlam taşır. Allah'ın insanlar için koyduğu kurallara uyma çabası yeryüzünde salâhı yani düzenli ve dengeli işleyişin temin ederken herkesin kendi başına buyruk davranması toplumda anarşi ve kargaşa doğurur. b) Münafıkların kâfirlerle gizlice iş birliği yaparak müslümanlar aleyhine tavır almaları eylemi. c) Dinden yana görünerek dine karşı zihin bulandıncı şüpheler yayma eylemi. Kısacası Râzî'ye göre ifsad Allah'a isyana kalkışmaktır. Bu eylem açıkça veya gizlice gerçekleştirilebilir. Bazı insanlar bilgisizlikleri yüzünden muslih olduklarını zannedip yeryü-