

fı aracılığıyla hem de Vezneciler, Kapalı Çarşı, Tophane ve Beşiktaş'ta bulunan Feshâne'nin kendi satış mağazalarında doğrudan halka sunulmaktaydı.

1842 yılında, 1 milyon kuruşu Darphâne'den, 5 milyon kuruşu Feshâne'nin geçmiş yıllardaki kârlarından gelen toplam 6 milyon kuruşluk bir harcama ile aynı binaya ikinci bir üretim tesisi olarak yünlü kumaş (çuha) tezgâhları kuruldu. Böylece dokuma fabrikası işlevi de kazanan fabrika ertesi yıl deneme mahiyetinde olmak üzere yünlü kumaş üretimine başladı. İlk yıllarda gerçekleştirilen üretim miktar itibarıyla çok sınırlı idi ve maliyet de beklenenden yüksek çıkmıştı; bu yüzden ilk faaliyet yıllarındaki hesaplar büyük zararlarla kapandı. Maliyet yüksekliğinin önemli sebeplerinden biri, subay elbiselerinde kullanılan ince yünlü kumaşlar için yurt dışından yüksek fiyatlarla kaliteli yapıldığı ithal edilmesi idi. Bu sebeple 1858 yılından itibaren ucuz yerli yapıldığı kullanıma ağırlık verilerek düşük kaliteli yünlü kumaş üretimi başlatılmış, böylece nisbeten kârlı bir döneme girebilmek mümkün olmuştur. Bu arada merinos yapıldığına ülke içinden temin edilebilmesi amacıyla Filibe ve Hayrabolu'daki devlet çiftliklerinde merinos türü koyunların çoğaltılması için çalışmalar yapılmıştır.

Feshâne'de başlangıçta güç kaynağı olarak sayısı kırkı bulan katırlardan faydalanılıyor ve üretim geleneksel teknolojiler çerçevesinde tarak ve çıkrıklarla gerçekleştiriliyordu. Fakat faaliyete geçildiği ilk yıllardan itibaren etkili bir dış rekabetle karşı karşıya kalınması teknolojinin sürekli olarak yenilenmesi gereğini ortaya koydu. Bu amaçla 1843'te yirmi altı beygir gücünde bir buhar motoru ile iplik ve dokuma makineleri, 1849-1851 yıllarında da geçmiş yıllara ait kârlardan finanse edilerek 2.5 milyon kuruşu aşan bir harcamayla İngiltere ve Belçika'dan elli beş beygir gücünde bir buhar motoru, ayrıca yeni iplik ve dokuma makineleri getirtilti. Böylece üretim kapasitesi önemli ölçüde genişletilerek maliyetlerin düşürülmesi mümkün oldu. Nitekim 1840'larda ortalama bir fes 34 kuruşa mal edilirken 1865'te bu rakam 9 kuruşun altına inmiştir.

Feshâne ilk dönemlerinde özellikle devlete yaptığı fes satışlarından önemli miktarda kâr sağladı, bu kârın büyük bir kısmı fabrikanın modernleştirilmesine ve genişletilmesine dönük yatırımlara

harcandı. Önceleri devlet yüksek fiyatlarla yaptığı alımlar sonucu fabrikaya malî destek sağladı; ancak 1864 yılında diğer devlet fabrikalarından olduğu gibi Feshâne'den de maliyete eşit fiyatlarla mal satın alma yoluna gidilince elde edilen kâr yalnız piyasaya yapılan satışlarla sınırlı kaldı. 1860'larda 250 civarında olan işçi sayısı XIX. yüzyılın sonlarına doğru 450'nin üzerine çıktı. Bu şekilde Feshâne sınaî istihdamın artışına da büyük katkıda bulunmuş, gittikçe hız kazanan Osmanlı sanayileşme gayretlerinin en önemli tesislerinden biri olarak aynı tarihlerde yine devlet desteğiyle kurulan İslimye ve İzmit çuha fabrikaları, Bakırköy Veliefendi Basma Fabrikası, Hereke Kumaş Fabrikası ve Bursa İpek Fabrikası gibi kuruluşlarla birlikte yerli dokuma sanayiinin çekirdeğini teşkil etmiştir. 1865'te çıkan bir yangın sonucu kazan dairesi dışında tamamı yanan Feshâne 1868'de yeniden inşa edildi ve yine o dönemin modern makineleriyle donatıldı. Mart 1874 - Mart 1875 döneminde 348.171 fes, 193.140 arşın (135.000 m.) yünlü kumaş üretildi. Feslerin maliyeti 3.500.348 kuruş, kumaşların maliyeti ise 4.017.468 kuruştu ve fes satışlarından 4.244.764 kuruş, yünlü kumaş satışlarından da 4.458.394 kuruş gelir elde edilmişti. Böylece bir yıllık faaliyet sonucunda, satış mağazalarının 125.689 kuruş tutarındaki masrafları düşüldükten sonra 1.059.657 kuruş net kâr sağlanmıştı.

Feshâne 1877'den itibaren Harbiye Nezâreti'ne bağlı olan Levâzımât-ı Umûmiyye-i Askeriyye dairesinin bünyesine alınarak üretiminin tamamı askerî ihtiyaçlara tahsis edildi. Feshâne fesleri 1893 yılında Chicago'da açılan milletlerarası fuara katıldı ve ödül aldı. 1894'te genişletilerek yenilenen fabrikanın içinde ertesi yıl Sanayi Sıbyan Mektebi adıyla bir okul açıldı ve öğrencilere dokuma alanında teorik dersler verilmesinin yanında uygulama da yaptırılarak kaliteli işçi ve usta ihtiyacının karşılanmasına çalışıldı.

1916 yılında yeniden genişletilerek dokuma sanayiinin en büyük kuruluşu haline getirilen Feshâne, Hereke Kumaş Fabrikası ile birlikte devletin toplam dokuma üretiminin yarısını sağlamaktaydı. Burası 1921 yılında askerî yönetimden alınarak Sanayi ve Maâdin Bankası'na devredildi. Banka tarafından kurulan Feshâne Mensucat Türk Anonim Şirketi fabrikayı 75.000 Türk lirası bedelle

kiralayarak işletmeye başladı. 1925'te çıkarılan özel bir kanunla Türkiye'de fes giyiminin yasak edilmesi üzerine fes üretimi durduruldu. Bu tarihten sonra fabrikanın bir tarafına terkedilen fes dokuma makineleri ile kalıpları 1940'tan sonra İstanbul Şehir Müzesi'ne kaldırılmıştır. 1937'de Sümerbank'ın yönetimine giren Feshâne Defterdar Mensucat Fabrikası adıyla faaliyetini sürdürdü. 1949 yılında önemli bir yangın geçirdi ve yeniden onarıldı. 1986 yılında ise Halic çevresini yeniden düzenleme projesi kapsamında İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından faaliyetinin durdurulması üzerine "yap-işlet-devret" usulüyle kırk beş yıllığına Eczacıbaşı Vakfı'na verildi.

BİBLİYOGRAFYA :

BA, Başmuhasebe Defteri, nr. 9905; BA, Hazine-Hassa Defteri, nr. 36; Ahmet Seyfettin Şimşek, *Feshane Mensucat Fabrikası*, İstanbul 1960; Mübahat S. Kütükoğlu, "Asâkir-i Mansûre-i Muhammediyye Kiyâfeti ve Malzemesinin Temini Meselesi", *Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan*, İstanbul 1981, s. 519-605; Önder Küçekerman, *Türk Giyim Sanayii Tarihindeki Ünlü Fabrika: Feshane Defterdar Fabrikası*, İstanbul 1988; Rifat Önsoy, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Sanayii ve Sanayileşme Politikası*, Ankara 1988, tür.yer.; Emre Dölen, *Tekstil Tarihi: Dünyada ve Türkiye'de Tekstil Teknolojisinin ve Sanayiinin Tarihsel Gelişimi*, İstanbul 1992, tür.yer.; Tefik Güran, "Tanzimat Döneminde Devlet Fabrikaları", *150. Yılında Tanzimat*, Ankara 1992, s. 238, 239-244, 250-253; H. Koray, "Feshanemizin (Defterdar) Kısa Bir Tarihçesi", *Feshane (Mensucat Meslek Dergisi)*, 1/1, İstanbul 1948, s. 2-3; R. Ekrem Koçu, "Defterdar Mensucat Fabrikası", *İst.A*, VIII, 4340-4344.



TEVFIK GÜRAN

FESİH

(الفسخ)

Bir akdin veya hukukî bağın ortadan kaldırılması anlamında fıkıh terimi.

Sözlükte "aklen veya bedenen zayıf olmak, bilmemek; bozmak, iki şeyi birbirinden ayırıp dağıtmak" gibi anlamlara gelen **fesih** (fesh), İslâm hukukunda bir akdin veya hukukî bağı iradî olarak ortadan kaldırılmasını ifade eder.

Fesih kelimesi veya türevleri Kur'an'da geçmez. Hadislerde, hac niyetiyle ihrama girmişken bundan vazgeçilip umreye niyet edilmesi anlamında hacın umreye feshedilmesinden söz edilirken (Ebû Dâvûd, "Menâsik", 24; Nesâî, "Menâsik", 77) fesih sözlük mânâsında kul-

lanılmıştır. Feshin terim anlamını kazanması ileriki dönemlerde İslâm hukuk doktrininin oluşmasıyla başlamıştır.

İbadetlerin iradî veya hâricî bir sebeple bozulmasının genelde “fesad” ve “if-sad”, bazan da “butlân” terimleriyle ifade edildiği ve bunlar arasında önemli bir anlam farkının gözetilmediği, feshin ise muâmelât hukuku alanında terim anlamı kazanarak yaygın bir kullanıma sahip olduğu söylenebilir. Fıkıh mezheplerinin oluşmasıyla birlikte özellikle borçlar hukuku alanında model akidler ve örnek meseleler üzerinde geliştirilen hukuk doktrininde, akidlerin hangi durumlarda taraflarca veya yargı yoluyla sona erdirilebileceği veya kendiliğinden sona ermiş sayılacağı hususu önemli bir yer tutmuş ve bu konuda çeşitli akid türleriyle ilgili görüşler ileri sürülmüştür. Bunun temelinde, İslâm hukukçularının, borç ilişkilerinin kuruluş ve devamında tarafların karşılıklı rızasının bulunmasına ve akidden haklı olarak bekledikleri yararın korunmasına büyük önem vermiş ve tarafları haketmedikleri yükümlülük ve zararlara karşı korumaya çalışmış olmaları yatmaktadır. Bununla birlikte İslâm hukuku meselecî bir tarzda doğup geliştiği için ilk dönemlerde akidlerin ve hukuk işlemlerinin sona erdirilmesiyle ilgili derli toplu bir fesih nazariyesinin bulunduğuunu ve bunun bütün borç ilişkilerine yansıtıldığını söylemek güçtür. Klasik dönem İslâm hukukçularının fesih anlayışının başlangıçta fer’î meselelere ve özel borç ilişkilerine getirilen münferit çözümlerde kendini göstermeye başladığı ve ileriki dönemlerde giderek belirli bir nazariye halini aldığı görülür. Bundan dolayı İslâm hukukundaki fesih kavramı borçlar hukukunun akid, fesad, butlân, muhayyerlik, ikâle, infisâh, lüzum gibi diğer temel terim ve kavramlarıyla yakın bir ilişki içinde ve benzeri bir süreçte sahip olduğu gibi hukuk akidlerine ve dönemlere göre zaman zaman farklı anlam ve içerikler de kazanmıştır. Buna ayrıca, özel borç ilişkileri sistemiyle kaleme alınmış klasik fıkıh literatürünün meselecî üslûbundan ve fer’î çözümlerinden fesihle ilgili temel yaklaşımların ve genel bir nazariyenin çıkarılmasının güçlüğü ve yanılma payı ilâve edilmelidir.

Klasik dönem İslâm hukukçuları feshi “akid bağının çözülmesi” (Süyûtî, s. 287; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâ’ir*, s. 402) olarak tanımlamakla birlikte fıkıh literatüründe fesih, bir akdin veya hukukî

işlemin, borç ilişkisini tabii olarak sona erdiren ifâ, ibrâ, takas, yenileme, zaman aşımı gibi sebepler dışında her ne şekilde olursa olsun iki veya tek taraflı iradeyle yahut yargı hükmüyle ortadan kaldırılmasını, sona erdirilmesini veya geri alınmasını kapsayacak şekilde geniş fakat fazla düzenli olmayan bir çerçeveye sahiptir. Bu sebeple feshin yanı sıra günümüz hukuk bilminde rücû, iptal, geri alma, cayma tabir edilen ve birbiriyle yakın ilişki içinde bulunan diğer kavramların da İslâm hukukunda genelde fesih kavramı ile karşılandığı söylenebilir. Bu bağlamda fesih, hukukî varlık kazanmış bir akid veya hukukî işlemin taraflarca yahut yargıç tarafından geriye dönüşlü veya dönüşsüz olarak bozulmasını, infisâh ise böyle bir bozma iradesi yahut beyanı gerekmeksizin kendiliğinden sona ermesini ifade eder. Bundan dolayı, evlilik birliğinin iradî olarak sona erdirilmesinin özel adı olan talâk gibi bazı terimler bir yana bırakılır veya borç ilişkisinin ölüm gibi tabii yollarla sona ermesi hali hariç tutulursa, İslâm hukukunda akid ve borç ilişkisinden doğan bağın çözülmesinin fesih-infisâh ikilemi içinde anlatıldığı söylenebilir. Bu sebeptendir ki klasik dönem kavâid kitaplarında borç ilişkilerinin ortaya çıkışı “akid-ukûd”, sona ermesi de “fesih-füsûh” tabirleriyle karşılanarak bir bakıma borçlar hukukuna ilişkin kaideler bu iki uçta toplanmaya çalışılmıştır (İbn Receb, s. 108; Süyûtî, s. 293). Bu yönüyle fesih İslâm borçlar hukuk doktrininin önemli bir konusunu teşkil eder.

Kur’ân-ı Kerîm’de akde bağlılık ve ahde vefa değişik vesilelerle ve sıkça emredilmiş (bk. el-Bakara 2/177; el-Mâide 5/1; el-İsrâ 17/34; el-Mü’minün 23/8), Hz. Peygamber de bu ilkeyi daima tekit edip müslümanların şartlarına bağlı olduğunu bildirmiş (Buhârî, “İcâre”, 14; Ebû Dâvûd “Akzıye”, 12), yapılan akdin ve kurulan borç ilişkisinin devam ettirilmesi ve tarafların bundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi diğer hukuk sistemleri gibi İslâm hukukunun da temel bir ilkesi olmuştur. Çünkü hukuk düzeninin, istikrar ve güven ortamının kurulması bir ölçüde buna bağlıdır. Bununla birlikte her akid ve borç ilişkisinin belli bir amaca yönelik olduğu, bu yüzden kendi yapı ve içeriği gereği birtakım çekinceler ve zımnî kayıtlar taşıdığı da açıktır. Akidlerde ve borç ilişkilerinde karşılıklı borç ve haklar arasında dengenin gözetilmesi ve tarafların

beklemedikleri, ayrıca akidle üstlenmedikleri zarar ve mağduriyetlere karşı korunmaları, yine akdin kuruluşu esnasında beyan edilen iradenin zımnî şartı konumundadır. Akid sırasında taraflarca saklı tutulan veya tarafların uzlaşmasına bağlanan fesih hakkı, akid kurucu iradeye tanınan üstünlüğün bir parçası olduğu gibi hukuk düzeninden doğan fesih hakları da karşılıklı edimler arasında dengeyi kurma ilkesinin ürünü sayılabilir. Hz. Peygamber’in, dalında iken satılan meyveye bir âfetin isabet etmesi halinde alıcı için bir nevi akdi fesih hakkı tanınması (bk. Müslim, “Müsâ-kât”, 14-17; Ebû Dâvûd, “Büyû’”, 58) bu son açıklamayı tekit eder. İbn Nüceym, ayıp veya muhayyerlik sebebiyle akdin feshedilebilmesini, “Zarar verme ve zarara zararlar karşılıklı bulunma yoktur” hadisiyle ve zararın önlenmesi ilkesiyle (*el-Eşbâh ve’n-nezâ’ir*, s. 94), Kâsânî de ilgili tarafa tanınan fesih hakkını, “akidden beklenen amaç” kavramıyla açıklar (*Bedâ’î*, IV, 223). Borç doğuran hukukî işlemin kurucu unsurunun tarafların rızası olduğundan hareketle, fesih hakkını temelde İslâm hukuk doktrininde çok özel bir öneme ve korumaya sahip bulunan rızâ kavramına dayandırmak ve diğer açıklamaları da bu esasa bağlamak mümkündür. Bu sebeple gerek tarafların iradesine gerekse yargı mercisinin kararına bağlanan fesih hakkı ayrıntıda yukarıda sıralanan amaçları, özde ise akdin kuruluşunda esas alınan “akde rızâ” ilkesini tam olarak gerçekleştirmeye yöneliktir. Böylece borç ilişkilerinde düzen, istikrar ve güvenin sağlanması, akde bağlılık ve ahde vefanın korunması ilkeleri bir bakıma tarafların genel haklarının, akidle ilgili özel amaç ve konumlarının da göz önünde bulundurulması ve akidden doğan karşılıklı sorumlulukların dengelenmesi anlamında hakkaniyet ilkesiyle yumuşatılmış ve mâkul bir çizgiye çekilmiştir.

Fesih Sebepleri. İslâm hukuk doktrininde fesih kavramı, sözleşmeden dönme (rücû), iptal, geri alma ve cayma da dahil akid bağının ve borç ilişkisinin iradî olarak sona erdirilmesinin hemen hemen bütün türlerini kapsadığından fesih sebepleri de bir hayli fazladır. Modern hukuk doktrininde ise hukukçular arasında tam bir terim birliği bulunmakla birlikte, fesih kavramı ile genelde kira, hizmet, şirket akidlerinde olduğu gibi sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye doğru (ex nunc) sona erdiren bir bo-

zucu yenilik doğuran hak ya da işlem kastedilmekte (Serozan, s. 121), bu nedenle de fesih sebepleri çok sınırlı kalmaktadır. Bu anlayışın sonucu olarak da borçlunun temerrüde düşmesi, akdin bağlayıcı olmaması, akdin kurulmuşundaki irade bozuklukları, dönme, geri alma ve iptal sebepleri arasında yer almaktadır. Öte yandan İslâm hukukunda her borç ilişkisi ve akid türü kendi yapı ve bütünlüğü içinde ayrı ayrı ele alındığından fesih sebepleri ve feshedilebilme imkânları da her tür ve kategoride farklılık taşıyabilmektedir. Nitekim literatürde her akid nevi için farklı fesih sebepleri sıralanmakta, meselâ Süyûtî satım akdinde otuz civarında fesih sebebinden söz etmekteyse de (*el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, s. 288) fesih sebeplerini akdin bağlayıcı olmaması, fâsîd oluşu, borcun ifa edilmemesi ve mazeretler şeklinde dört ana grupta toplamak mümkündür. Bu fesih sebepleri aynı zamanda ilgili taraf için fesih hakkı da doğurduğundan "fesih hakkının kaynakları" olarak da adlandırılabilir.

a) **Akdin Bağlayıcı Olmaması.** İslâm hukukunda feshi en çok ilgilendiren şey akdin ve hukukî işlemlerin bağlayıcılığıdır. Akdin bağlayıcılığı denilince, diğer tarafın muvafakati olmadan taraflardan birinin tek başına akdi feshetme hakkının bulunmaması kastedilir (bk. LÜZÜM). Akidlerin kuruluşu için tarafların hür iradelerinin akid konusunda uzlaşması, bağlayıcılık kazanabilmesi içince hem akdin tabiatının ve edimler arası dengenin böyle bir bağlayıcılığa uygunluğu, hem de tarafların bu yönde haklı bir çekince ile iri sürmemesi aranır. Bu sebeple de bir akdin bağlayıcı olmaması (adem-i lüzûm) ya muhayyerlik, ikrah, fesad, yetkisizlik gibi ârizî bir sebeple, ya da akdin tabiatının bağlayıcı olmamayı gerektirmesi ve hukuk düzenince de bu kategoride yer almasıyla açıklanır. Akdin bağlayıcı olmamasına yol açan her durumun aynı zamanda ilgili taraf için fesih hakkının doğmasına da yol açtığı söylenebileceği gibi aksi bir ifadeyle taraflardan birinin akdi feshetme hakkının bulunduğu her durumda akdin o taraf için bağlayıcı olmaktan çıktığı da söylenebilir. Bundan dolayı adem-i lüzûm ile fesih hakkı içiçe iki kavram görünümündedir.

Muhayyerlikler İslâm borçlar hukukunun önemli bir konusunu teşkil ettiği gibi akidlerin feshedilebilme imkânı ile de yakından ilgilidir. Muhayyerlik hakkı ister tarafların ön anlaşmasından ister

hukuk düzenince re'sen tanınmaktan doğsun, hak sahibinin dilediğinde akdi feshedebileceği, bu sebeple de her muhayyerliğin aynı zamanda bir tür fesih hakkı olduğu görülür. Bununla birlikte tarafların başlangıçtaki anlaşmasından doğan şart, nakd (süre) ve vasıf muhayyerliklerinde kullanılan fesih hakkının mahiyet ve sonuçları meclis, ayıp, görme muhayyerlikleri gibi hukuk düzeninden doğanlardan nisbeten farklılık gösterir. Hatta tayin muhayyerliği hakkının kullanımına fesih denmesi, akid konusunun ayıplı olmasından kaynaklanan fesih hakkına muhayyerlik adı verilmesi de fazla isabetli sayılmayabilir. Muhayyerlik hakkına sahip tarafın akdi onaylamaması veya sona erdirmesine fesih denmesi, akdin icap ve kabulle ve hukukî varlık kazanmış olması sebebiyledir. Bu anlayışa bağlı olarak, kurulmuş fakat yetkili tarafın veya üçüncü şahsın hakkına taalluk ettiği için işlerlik kazanmamış (mekuf) bulunan akdin bu şahıs tarafından onaylanmaması da bir nevi fesih sayılır.

Akidlerin tek veya iki taraflı olarak bağlayıcı olmamasının bir diğer sebebi de hukuk doktrininde akidlerin bağlayıcı (lâzım) ve bağlayıcı olmayan (gayr-i lâzım) şeklinde ikili ayrıma tâbi tutulmasıdır. Bu ayrım akidlerin tabiatının bunu gerektirmesinden kaynaklanır. Lâzım akidler iki taraf için de bağlayıcılık taşıdığından ancak tarafların karşılıklı anlaşmasıyla (ikâle) veya haklı bir sebebin varlığı halinde tek taraflı irade ile (fesih) sona erdirilebilir. Bey', icâre gibi karşılıklı borç doğurma esasına dayanan ivazlı akidler böyledir. Ancak lâzım akidlerin bir grubu bu kuraldan ayrı tutularak onların fesih ve ikâle kabul etmediği belirtilir. Nitekim literatürde yer yer nikâh, muhâlea, mehir ve diyet konusunda sulh gibi akidlerle talâk, rtk, nezir gibi vaad ve hukukî işlemlerin fesih ve ikâle kabul etmediği ifade edilir. Ancak bu hüküm, fesih tabiriyle akdin ve hukukî işlemin geriye dönük olarak ortadan kaldırılması kastedildiğinde doğru olabilir. Fakihlerin fâsîd ve bâtil evliliklerdeki fiilî durumlara bile birtakım hukukî sonuçlar bağladığı düşünülürse birçok akdin hiç olmamış gibi ortadan kaldırılmasının imkânsızlığı açıktır. Nikâhın fesih kabul etmediği, akid anında veya sonradan iradeyi sakatlayan bir bozukluğun veya sıhhat şartlarında bir eksikliğin ortaya çıkması halinde fesih değil ifisâhtan söz edilebileceği ifade edilirken (İbn

Âbidîn, VII, 20), kocanın talâk hakkına sınırlama getirme veya nikâhı ivazlı bir akid değil ibadet yönü de bulunan nevi şahsına münhasır bir akid sayma düşünceleri de etkili olmuştur. Nikâh akdinden sonra taraflardan birinin bulûğ, denklik veya hürriyet sebebiyle muhayyerlik hakkını kullanmasını fesih olarak değil talâk olarak adlandıranlar da aynı noktadan hareket ederler. Buna karşılık fakihlerin çoğunluğu diğer akidler gibi nikâh akdinin de feshinin mümkün olduğunu, ancak fesihle talâk arasında gerek mahiyet gerekse sonuçları bakımından farklar bulunduğunu belirtir (bk. TALÂK). Nitekim Süyûtî, talâk dışında evliliğe son veren işlemlerin çoğunu fesih olarak nitelendirir (*el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, s. 289-290).

Gayr-i lâzım akidlerin en başta gelen özelliği, akdin karşı tarafın rızâsı aranmaksızın tek taraflı irade ile feshedilebilmesidir. Meselâ vedâ, âriyet ve şirket akidleri kural olarak iki taraf için de bağlayıcı sayılmayan akidlerdir. Vekâlet, tahkîm, vasiyet ve hibe ise prensip itibarıyla bağlayıcı olmamakla birlikte belli durumlarda, özellikle de bir hakkın ihlâli ihtimali ortaya çıktığında bağlayıcılık kazanırlar. İcâre ve müzâraa ise aslen bağlayıcı olmakla birlikte daha çok beklenmeyen hal ve mazeret kapsamına giren belli durumlarda bağlayıcı olmaktan çıkar. İstisna akdinin hangi aşamada bağlayıcılık kazanacağı ise tartışmalıdır (Zerkâ, I, 448-457). Öte yandan bu akidlerden özellikle aynı akid grubunda yer alanların akid konusu malın tesliminden sonra en azından bir taraf için bağlayıcı olduğu veya olması gerektiği görüşleri de vardır. Akdin hukuk düzeni tarafından tek veya iki taraflı bağlayıcı sayılması onun feshedilebilme imkânını da yakından ilgilendirmekte, kendisi hakkında akid bağlayıcı sayılmayan taraf dilediğinde onu feshetme imkânına sahip bulunmaktadır. Bu bakımdan özel akid türlerinin feshi, bir yönüyle hukuk doktrininin ve bu istikamette yapılacak hukukî düzenlemenin bu akidle ilgili değerlendirmesine bağlıdır.

b) **Akdin Fâsîd Oluşu.** İslâm hukukcuları ibadetler, nikâh, tek taraflı işlem ile malî yönü bulunmayan veya mülkiyetin nakli sonucunu doğurmayan akidlerde bâtil ve fâsîd ayrımı yapmayıp her iki kavrama da eşdeğer bir kapsam ve hukukî sonuç yüklerler (bk. BUTLÂN; FESAD). Bu grupta yer alan fiil ve işlemlerin aslen veya vasfen gayri meşrû olu-

şu onların hukukî varlık kazanmalarına engel teşkil ettiğinden bu alanda fesihden ziyade butlân ve fesadın tesbitinden söz etmek daha doğru olur. Buna karşılık ağırlığını Hanefîler'in teşkil ettiği bir grup fakih bey', icâre, rehin, şirket gibi karşılıklı borç yükleyen ya da karz, hibe gibi mülkiyetin nakli sonucunu doğuran malî akidlerde fesad-butlân ayrımı yapıp her biri için farklı hukukî sebepler ve hükümler öngörürler. Bu bağlamda fesih aslen meşrû fakat vassfen gayri meşrû, diğer bir ifadeyle hukukî varlık kazanmış, fakat sıhhat şartlarındaki eksiklik yüzünden sakatlanmış bir akdin sona erdirilmesi anlamını taşır. Bununla birlikte feshin İslâm hukuk literatüründe, bir akid ve borç ilişkisinin ortadan kaldırılması şeklinde geniş bir kapsamı olup sona erdirmenin geriye veya ileriye dönük olması akdin yapısına bağlı bulunduğundan, feshe sadece sahih bir akdin haklı bir sebeple ileriye dönük olarak bozulması şeklinde de bir anlam yüklemek ve akdin fesadını fesih sebebi değil iptal sebebi olarak tanımlamak İslâm hukuk doktrini açısından doğru olmaz (krş. Hasan Ali ez-Zenûn, s. 32). Çünkü modern hukuk bilminde, akid yapılırken iradeyi sakatlayan sebeplerin bulunması halinde fesihden değil iptal kabiliyetinden, akdin işleyişi esnasında böyle olumsuz bir durumun ortaya çıkması halinde ise fesih veya infisâhtan söz edilirken İslâm hukukunda her iki tür işlem de fesih kavramıyla ifade edilir.

Hanefî fakihlerine göre akdin fâsid oluşu, taraflardan birinin akid kurucu iradesini sakatlayan bir durumun varlığı veya akdin hukuk düzenine kısmen aykırılığı halinde söz konusu olur. Akdin genel veya özel sıhhat şartlarından birinin eksikliği olarak da adlandırılan bu durumda onun feshedilebilmesinin yanı sıra eksikliğin giderilmesine de imkân verilmiştir. Çünkü akdin feshedilebilmesi veya feshinin gerekli oluşu onun özünden değil ligayrihi bir eksiklikten kaynaklanmaktadır (Kâsânî, V, 300). Bilinmezlik, garar, hata, hile, ikrah, müfsid şart, zarar, faiz gibi sebeplerin akdi fâsid ve dolayısıyla feshedilebilir kılması, tarafların akdi rızalarının tam olarak gerçekleşmesi, hakedilmemiş zarar ve beklenmeyen mağduriyetlere karşı korunması amacını taşır. Bu sebeple öncelikli olarak iradesi sakatlanan tarafa, ayrıca diğer tarafa veya hâkime bu akdi bozma hakkı, hatta bazan görevi verilmiş-

tir. Feshin bir hak mı yoksa görev mi olduğu hukuk düzeni ve feshin gerekçeyle yakından ilgilidir. Meselâ Hanefîler fâsid akidleri feshi gereken akid olarak nitelendirip fesad sebebinin giderilmesinin prensip olarak hem taraflar hem de toplum için bir görev olduğu görüşündedir. Bu bağlamda fesih bir hakkın kullanımından ziyade bir görevin ifası mahiyetini alır. Ancak yine de fesadın kaynağı bu konuda belirleyici bir rol oynar. Meselâ satım akdinde sürenin bilinmeyişinden kaynaklanan fesadda fesih bir hak, faiz şartından doğan fesad ise bir görev olarak nitelendirilir (a.e., a.y.). Bundan dolayı fâsid akdi sadece feshi kabil akid olarak nitelendirmek çok defa doğru olmaz.

Fesad sebeplerinin hangi durum ve ölçülerde akdin feshine imkân verdiği hususu, İslâm hukukçuları ve hukuk ekolleri arasında geniş tartışmalara konu teşkil eder. Akdin fâsid olması halinde kural olarak iki tarafa da akdi feshetme hakkı tanınır. Bu durum, fâsid akdin kabz olmadan mülkiyet ifade etmemesi sebebiyle kabzdan önce daha açıktır. Kabz sonrasında ise fesad sebebinin bedele râci olması halinde iki tarafın da fesih hakkı bulunurken, fesadın müfsid şarttan doğması halinde konu Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed arasında tartışmalı olup İmam Muhammed sadece lehine şart ileri sürülen kimsenin fesih hakkı bulunduğu görüşündedir (İbnü'l-Hümâm, VI, 97).

Hanefî literatüründe bâtil akid, cumhura göre bâtil ve fâsid akid hukukî bakımdan yok hükmünde olduğundan feshedilmesine ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte bu tür bir akde dayanılarak edimlerden birinin ifa edilmiş ve akdin fiilen işletilmiş olması halinde, bu fiilî duruma birtakım hukukî sonuçların terettüp ettirilmesi için butlânın varlığının tesbiti anlamında bir tesbit talep ve davasından söz edilebilir. Fıkıh literatüründe bu tür akidler için de yer yer fesih tabiri kullanılmakla birlikte bununla butlânı ileri sürme anlamının kastedildiği söylenebilir.

c) **Borcun İfa Edilmemesi.** Taraflardan birinin akiddan doğan borcunu ifa etmemesi, diğer bir ifadeyle borca aykırılık genelde ifanın imkânsızlığı, borçlunun iflâs ve ölümü, borçlunun kasten ifa etmemesi veya kötü ifada bulunması gibi birkaç şekilde kendini gösterir. İfanın imkânsızlığı beklenmedik hal ve mücbir

sebepten doğabileceği gibi taraflardan birinin veya üçüncü şahsın kusurundan da kaynaklanabilir. İfanın imkânsızlığının akdi ne ölçüde ve nasıl etkileyeceği, akdi (münfesihi) mi yoksa feshi kabil mi yapacağı gibi hususlar doktrinde, bedelin veya akid konusu mal veya hakkın durumu, imkânsızlığa yol açan sebebin kabzdan önce veya sonra oluşu, kusurun taraflardan hangisine ait olduğu gibi ayrı ayrı açılardan ele alınır ve her farklı durum için farklı yorum ve çözüm getirilir. Meselâ satım akdinde mebiin kabz öncesinde alıcının kusuru sebebiyle helâki kabz hükmünü alıp bir fesih hakkı doğurmazken kendiliğinden helâki fakihlerin çoğunluğuna göre akdi münfesihi kılar. Mebiin kabz öncesi satıcının kusuru sebebiyle helâki halinde satım akdinin münfesihi olmayıp satıcının tazminat ödemesi gerektiğini ileri süren fakihlerin yanı sıra bu durumda alıcıya tazminat isteme ile akdi feshetme arasında seçim hakkı tanıyanlar da vardır. Bu son görüş, alıcının hakkını koruma ve kusurlu satıcıya müeyyide uygulama fikriyle açıklanabileceği gibi infisâh sebebi ile damân sebebinden birinin diğerine üstün tutulmaması ile de açıklanabilir. Mebiin üçüncü şahsın kusuru sebebiyle helâk olması halinde de alıcı akdi feshetme ile akdi geçerli sayıp bu şahıstan tazminat isteme arasında muhayyer bırakılır. Bundan dolayı ifanın tamamen imkânsızlığının infisâh, kısmen imkânsızlığının ise fesih sebebi teşkil ettiği genel bir yaklaşım olarak ifade edilebilirse de uygulamada birçok ihtimal ve görüş farklılıklarının bulunabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Borçlunun iflâsı ve ölümü bir yönüyle ifayı imkânsız kıldığından bunun alacaklıya mevcut borç ilişkisini feshetme hakkı verip vermediği doktrinde tartışılmıştır. Fakihlerin çoğunluğuna göre, meselâ borçlu (alıcı) mebiin kabzedip de bedelini ödemededen iflâs veya vefat etmişse ve satılan mal da satıldığı şekliyle bu şahsın mal varlığı arasında mevcutsa alacaklıların akdi feshederek bu malı geri alma hakkı olduğu gibi akdi feshetmeyerek diğer alacaklılar arasına katılma hakkı da vardır. Hanefîler ise alacaklının bu durumda akdi feshedemeyeceği, sadece diğer alacaklılar arasına katılabileceği görüşündedir. Mâlikîler, borcun ödeneceğinin ilgililerce taahhüt edilmesi halinde akdin feshedilemeyeceğini belirterek fesih hakkının kötüye kullanılmasını önlemek istemişlerdir.

Borçlunun iradî olarak borcunu ifa etmemesi (temerrüd) halinde, İslâm hukukunda ilk planda akdin feshinden ziyade akid bağının devam ettirilip alacaklı için ifayı talep hakkı ve karşı taleplere karşı defi, tazminat ve hapis hakkı tanınmasına ağırlık verilmiş, hâkimin kusurlu olarak ifaya yanaşmayan tarafa müeyyide uygulayabileceği belirtilmiş, akdin feshi imkânı ise oldukça daraltılmıştır. Bunun temelinde akidleri mümkün olduğu ölçüde geçerli kılma, borçluyu ifaya zorlayacak bütün yolları deneme ve fesih hakkının kötüye kullanılmasını önleme düşüncesinin yattığı söylenebilir. Borçlunun temerrüdü halinde alacaklının fesih hakkının dört Sünnî fıkıh ekolünde de sınırlı tutulmasının bir sebebi de, akid yapılırken anlaşma sağlanmış olması kaydıyla, şart ve nakd muhayyerliği haklarının sağlayacağı fesih hakkının bu ihtiyacı büyük ölçüde karşılamakta oluşudur. Sünnî literatürde, belli bir süre içinde ödenmezse akdi fesih hakkı doğuran nakd muhayyerliği, Şîa'da tehir muhayyerliği adıyla fakat oldukça kapsamlı olarak ele alınmış, âzami ödeme süresinin ne olabileceği tartışmalı olmakla birlikte belli bir süre içinde borcun ödenmemesi halinde alacaklı tarafa hukuk düzeninden doğan bir hak olarak akdi feshetme imkânı verilmiştir.

İki taraflı akidlerde öncelikli olarak ifa edilecek borç ile buna mukabil yapılacak karşı ifa mahiyet itibariyle birbirinden kısmen farklılık taşımakta olup akde yapılacak ilk ifa sadece akidden doğan bir borç, ikinci olarak yapılacak ifa ise hem akidden doğan hem de ilk ifaya karşılık teşkil eden bir borç mahiyetindedir. Bundan dolayı doktrinde borçlunun temerrüdü kabz öncesi ve kabz sonrası şeklinde ikiye ayrılarak ele alınır ve bu ayırım fesih hakkının doğumunu da etkiler. Kabz sonrası borçlunun temerrüdü halinde akid tek taraflı ifa ile kısmen işlerlik kazandığından alacaklının fesih hakkı birinci duruma göre daha daralmış sayılabilir. Meselâ peşin satım akdinde satıcı bedelin tamamını alıncaya kadar mebbî elinde tutma ve mebbî teslimiyle ilgili talepleri geri çevirme haklarına sahiptir. Benzeri bir hak kira akdinde kiralayan (Mecelle, md. 474), vekâlet akdinde vekil (Mecelle, md. 1491), nikâh akdinde kadın için de tanınır.

İslâm hukukçularının, borçlunun temerrüdü halinde akdin feshinden ziyade borçlunun ifaya zorlanmasına ağırlık vermeleri, belli amaçlara yönelik bir ted-

bir mahiyetinde olduğundan bu durumda nihâi bir çözüm olarak yargı yoluyla akdin feshi, yapılan ve karşılıksız kalan ödemenin geri alınması yoluna gidilmesi de İslâm hukukunun genel prensip ve amaçlarına uygunluk gösterir. Nitekim haksız zararın önlenmesi veya giderilmesi genel bir ilke olduğu gibi, fesih kabul etmediği söylenen nikâh akdinin bile kocanın evlilikten doğan aslı görevleri ifada kusurlu veya akid esnasında kadının ileri sürdüğü geçerli şartlara aykırı davranması halinde kadın için tefrik veya fesih hakkı doğması bunu teyit etmektedir.

Akde konu teşkil eden mal ve hizmete ortaya çıkan eksiklik, kusur ve ayıp (ayb-ı kadîm) bir yönüyle kötü ifa veya borcun ifa edilmemesi kapsamında görölerek, özellikle misli borçlarda alacaklıya fesih hakkı değil sadece borçluyu gerektiği şekilde ifaya zorlama hakkı tanınması mümkündür. Ancak bu mesele İslâm hukukunda genelde akid konusunu teşkil eden kıyemî malların ayıplı çıkması şeklinde ele alınmış olup bu durumda akde rızânın sakatlandığı ve ayıptan zarar gören tarafın başlangıçtan itibaren rızâsının yok farzedilmesi gerektiği ölçü alındığından bu kimseye ayıp sebebiyle akdi feshetme hakkı tanınmıştır. Ancak yine de borcun ve aybın mahiyeti, aybın ortaya çıkış zamanı, tarafların ihmal ve kusuru gibi faktörler, ilgili tarafa ne tür bir fesih veya talep hakkı tanınacağını belirlemede etkili olabilir.

d) Mazeretler. Doktrinde "fevrî akidler" denilen ve yapıldığı anda tamam olan veya süre unsuru içermeyen satım, sulh, kismet gibi akidlerde değil icâre, âriyet, müzâraa gibi ifası süre unsuru ihtiva eden ve bu süre zarfında sürekli bir borç ilişkisi doğuran akidlerde söz konusudur. İslâm hukuk doktrininde bu ikinci grubu teşkil eden akidler, ifanın belli bir zamana yayılmış olması sebebiyle ölçü alınması mümkün en küçük zaman birimleri itibariyle kendiliğinden devamlı yenilenen akidler olarak da nitelendirilir.

İslâm hukukçuları neyin ayıp sayılacağı, aybın mevcudiyeti halinde akdin feshedilebilir mi yoksa münfesihi mi olacağı hususunda farklı görüşte olsalar da akidlerin prensip olarak ayıp sebebiyle feshedilebileceğinde müttefiktirler. Aybın mevcudiyeti halinde ilgili taraf, onun mahiyetine göre doğacak mu-

hayyerlik hakkını, akdin fâsid olduğunu veya ifa imkânsızlığını ileri sürerek akid bağından kurtulabilir. Mazeretlere gelince, Hanefî fakihlerine ve İbn Hazm'a göre belli bir zaman içinde sürekli borç ilişkisi doğuran akidler mazeretler sebebiyle de feshedilebilir. Fakihlerin çoğunluğu ise bazı münferit meselelerde kural dışına çıkmakla birlikte mazeretleri ilke olarak fesih sebebi kabul etmezler.

Ayıp, akidden beklenen menfaati tamamen veya kısmen yok eden, mazeret ise akde devam edilmesi halinde taraflardan birinin akidle üstlenmediği bir zarara uğraması sonucunu doğuran ârizî gelişmelerdir. Ayıp genellikle akid konusunda veya bedelde görülen eksiklikler olduğundan karşılıklar arası denge bozulmakta ve akde bağlılıktan ayrılmayı gerektirecek boyutta haklı bir sebep teşkil etmektedir. Satılan malın kusurlu çıkması, kiralanan evin hasarlı, çalıştırılacak işçinin hasta olması böyledir (bk. AYIP). Mazeretler ise akid konusuna ve bedele ilişkin değil çoğu hâricî ve sübjektif karakterde gelişmeler olduğundan mazeretlere rağmen akde devam etmek mümkündür. Fakat taraflardan biri için akid kurulurken öngörülmeyen ve karşılıksız kalan bir zarar söz konusu olduğundan hakkaniyet ilkesi akdin sona erdirilmesini gerekli kılar. Bu sebeple mazeretlerin ifanın imkânsız hale gelmesi olarak değerlendirilmesi doğru olmaz (krş. Hasan Ali ez-Zenûn, s. 120). Literatürde daha çok icâre (iş ve kira), yer yer de müzâraa, müsâkât, şirket akidleriyle ilgili akdin Hanefî hukukçularının geliştirdiği ayıp-mazeret ayırımı ve mazeretler sebebiyle akdin feshi telakkisi, modern hukuktaki beklenmeyen hal nazarıyesine benzer bir hukuk mantığını sergiler. Meselâ küçük yaşta bir işe verilmiş işçinin bulûğa ermesi, işçinin çalışma şartlarının beklenmedik ölçüde ağırlaşması, işçi veya iş verenin mesleği bırakması, kiracının başka bir şehre taşınma ihtiyacı, kiracının ölümü, hatta dişini çektiirmek, ağaçlarını kestirmek veya evini yıktırmak veya düğün ziyafeti vermek için sözleşme yapan iş verenin belli bir sebebe dayanarak bundan vazgeçmek istemesi gibi çoğu sübjektif karakterdeki, fakat belli ölçüde haklılık taşıyan birçok ârizî gelişme ilgili taraf için akdi fesih sebebi kabul edilmiş, bu arada geliştirilen ecr-i misl ve tazmin teorisiyle de fesihden karşı tarafın zarar görmesi önlenmeye çalışılmıştır. Bununla

birlikte Hanefî fakihleri, akdin feshini mümkün kılan zararın akde bağlılıktan ayrılmayı haklı kılacak ölçüde ve fiilî olması, ayrıca zararın akde devam arasındakı kuvvetli bir bağ bulunması hususunda titizlik göstermiş, böylece hukukî işlemlerde istikrar ve güven ortamını da korumaya çalışmışlardır.

Fesih Türleri. Akid ve hukukî işlemlerin feshedilmesi tarafların ortak irade beyanı, onlardan birinin tek taraflı irade beyanı ve hâkimin re'sen veya talep üzerine vereceği kararla mümkün olur. Bu sebeple feshin prosedür bakımından üç türünün bulunduğunu söylemek mümkündür.

a) Tarafların borç ilişkisini sona erdirmeye yönündeki ortak irade beyanlarına literatürde "ikâle" adı verilmeyle birlikte bunun fesih mi yoksa yeni bir akid mi olduğu İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. İmam Mâlik ve Ebû Yûsuf'a göre ikâle kural olarak yeni bir akid, Ebû Hanîfe'ye göre taraflar açısından fesih, üçüncü şahıslar açısından yeni bir akid hükmündedir. İslâm hukukçularının çoğunluğu ise ikâlenin bir nevi fesih olduğu görüşündedir (bk. İKÂLE). Literatürde, daha çok satım akdine ikâle yoluyla son verilmesi konusunda gündeme gelen tartışma ve ayrımın belki de en önemli sonucu, yeni bir akid telakki edildiğinde borç ilişkisini ileriye, aksi halde geriye dönük olarak ortadan kaldırması ve bu durumun da gerek ilk akdin konumunu gerekse tarafların ve üçüncü şahısların haklarını yakından etkilemesidir. Bununla birlikte âriyet, icâre, şirket gibi sürekliliği borç ilişkisi doğuran akidlerde fesih genelde ileriye dönük bir sonuç doğurduğundan bu ayrım önemini büyük ölçüde yitirmektedir. Öte yandan literatürde yer alan, nikâhın ikâle kabul etmediği görüşü de ikâlenin fesih anlamı taşıması ve eşlerin karşılıklı anlaşma ile nikâh akdini geriye dönük olarak ortadan kaldırmalarına imkân tanınmaması düşüncesine dayanır.

b) Feshin belki de en yaygın türü, fesih hakkına sahip olan tarafın akdi tek taraflı irade beyanı ile sona erdirmesidir. Bundan maksat, mevcut bir borç ilişkisinin, karşı tarafın onayına veya hâkimin kararına ihtiyaç olmaksızın hak sahibi tarafın irade beyanıyla sona erdirilebilmesidir. Fesih hakkının taraflar arası anlaşmadan doğmuş veya daha önce sayılan sebeplere dayanılarak hukuk düzeni tarafından tanınmış olması

farketmez. Sadece bir tarafın irade beyanıyla yapılabilen fesihte karşı tarafın hazır bulunması veya bilgisinin aranıp aranmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Akdin tabiatı gereği bağlayıcı olmasından, şart veya görme muhayyerliklerinden, kısmen de akdin fâsid oluşundan ve mazeretlerden kaynaklanan fesih hakkı, prensip olarak karşı tarafın rızası veya hâkimin hükmü gerekmez. Fesih sebebinin çok açık ve akiddan beklenen gayenin de tamamen yok olduğu durumlarda karşı tarafın bilgi ve huzuru bile şart görülmemiş olduğundan bu son durumda fesih iftisâhla hemen hemen aynı mahiyet ve anlamı taşımaktadır. Hanbelî fakihlerinden İbn Receb, fesih için karşı tarafın rızasının gerekmediği durumlarda onu bilgilendirmenin de gerekmediğini ifade etmekte ve bu grupta yer alan birçok fesih türünden söz etmektedir (*el-Ğavâ'id*, s. 118-119). Bu görüşü benimseyenler konuyu, alım satım için vekil kılınan kimsenin yaptığı akdin müvekkilin bilgisi olmadan geçerli sayılacağına kıyas ederler. Diğer bir grup ise karşı tarafın, rızasının gerekmediği durumlarda bile fesih hakkında bilgi sahibi olmasının gerektiğini, bunun için de fesihte karşı tarafa haber verme şartının aranacağını belirtirler. Nitekim bizzat Ebû Hanîfe'nin kanaati ve ayrıca Hanefî mezhebinde ağırlıklı görüş bu yöndedir (Kâsânî, V, 273, 301). Bu son telakkî, karşı tarafın fesih sebebiyle beklenmedik bir mağduriyete uğramaması ve haklarının korunması açısından daha isabetli görünmektedir. Aynı şekilde literatürde, fesih hakkının kullanımında karşı tarafın bilgisinin veya hâkimin hükmünün kabz öncesinde gerekme bile kabz sonrasında gerekebileceği ayrımının yapılması (a.e., V, 286), fakihlerin fesih hakkının mâkul ölçüler içinde ve başkasına zarar vermeyecek tarzda kullanılmasını sağlamayı esas aldıklarını göstermektedir. Bu sebeptir ki karşı tarafa ihbar şartının aranmadığı câiz (gayr-i lâzım) akidlerde bile fesih hakkının karşı tarafın veya üçüncü şahısların zararına yol açacak tarzda kullanılması câiz görülmemiş, meselâ müsâkât, müzâraa veya cuâlede karşı taraf bu akde veya vaade dayanarak belirli bir mal-emek sarfetmişse, fesih hakkının ancak bu şahsın harcaması tazmin edilerek veya emeğinin karşılığı verilerek kullanılacağı, aksi takdirde câiz olmayacağı belirtilmiştir (İbn Receb, s. 111-115).

c) Kazâi fesih tabiriyle, hâkimin taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen bir akdi sona erdirmesi anlaşılır. Doktrinde fesih sebepleri ayrıntılı bir şekilde belirlenmeye çalışılarak mümkün olduğunca objektif kriterler geliştirilmiş, yargı yoluyla ve hâkimin takdir hakkına bağlı olarak akidlerin feshedilebilmesi usulü oldukça daraltılmıştır. Bu ise akdin hür iradeye dayanması ve tarafların akid kurucu irade beyanlarının mümkün olduğu ölçüde korunması ilkesinin tabii sonucudur. Ancak doktrinde belirlenen fesih sebeplerinin mevcudiyeti halinde akdin yargı kararına gerek olmaksızın tek taraflı irade beyanı ve ihbarla sona erdirilebilmesi ilke olarak doğru olsa bile fesih sebeplerinin varlığı ve haklılığı takdiri bir durum alıp taraflar arasında çekişme konusu olduğunda bu ilkenin uygulanmasının zorlaşacağı, neticede yargı kararına ihtiyaç duyulacağı ve bu sürecin de giderek kazâi fesih usulüne yaygınlık kazandıracağı açıktır. Bu yüzden hangi tür akidde ve fesih sebebinde ve hangi aşamalarda fesih için kazâi hükmün gerekeceği konusunda kaynaklarda farklı görüş ve rivayetlerin yer alması (Kâsânî, V, 286, 300; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, s. 402; Bezzâzî, IV, 404-405) bir çelişkidir ziyade fesih hakkının takdiri ve karşı tarafın hakkının korunması yönündeki farklı temayülleri yansıtır. Nitekim Hanefî kaynaklarında İmam Muhammed'den, akdin mazeretler sebebiyle feshinde mahkeme hükmünün gerekeceği ve gerekmeyeceği şeklinde iki ayrı görüş rivayet edilmekte ve her bir görüş farklı fakihler tarafından savunulmaktaysa da (Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, s. 439; Serahsî, XVI, 3; Zeylâî, V, 146; Muhammed b. Hüseyin et-Tûrî, VIII, 42) bu iki görüş yine bu mezhep fakihlerince telif edilerek mazere-tin açık ve bilinir olması halinde bunun gerekeceği, araştırmaya ve takdire bağlı olduğu durumlarda ise hâkim hükmüne ihtiyaç duyulacağı ifade edilmiştir (*el-Fetâvâ'l-Hindîyye*, IV, 458). Hanbelî fakihlerinden İbn Receb de benzeri bir yaklaşımla, sabit olduğunda görüş birliği bulunan fesih sebeplerinde hâkim hükmünün gerekmediği fakat tartışmalı konularda gerekeceğini belirterek (*el-Ğavâ'id*, s. 118) uzlaştırmacı bir çözüm getirir. Öte yandan, yargı kararının gerekmesi açısından fesih sebebinin takdire açık olması kadar feshin akdin hangi safhasında yapıldığı da çok defa önem taşır. Meselâ şart ve görme muhayyer-

liğinde hâkimin takdir hakkına taalluk eden bir yön bulunmadığı gibi henüz akdin icrasına da başlanmadığı için akid bağı fazla güç kazanmamıştır. Ayıp muhayyerliğinde ise durum farklıdır. Meselâ satım akdinde mebiin kabzdan sonra ayıplı çıkması halinde, aybın tesbitinin takdir bir durum olmasının yanı sıra akid de bir yönüyle tamamlandığı için Ebû Hanîfe'ye göre fesih ancak hâkim hükmüyle tamamlanır. İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise aybın ortaya çıkmasıyla akid bağlayıcı olmaktan çıkmış ve diğer gayri lâzım akidler gibi hak sahibinin irade beyanı ile feshedilebilir hale gelmiştir; bu yüzden yargı hükmüne ihtiyaç yoktur.

Kazâi fesihte hâkimin görevi çok defa, doktrinde ayrıntı ile belirlenen fesih sebeplerinden birinin bulunup bulunmadığının takdir ve tesbiti, bazan da çeşitli açılardan olayı inceleyip feshi haklı kılan bir sebebin bulunup bulunmadığının takdiri şeklindedir. İslâm hukukunda bu alanda hâkime modern hukuka göre daha dar bir takdir alanı bırakılması biraz da hukukun uygulanmasında istikrar ve kanuniliği sağlamaya yöneliktir.

Kazâi feshin ikinci şekli olan, hâkimin akdin feshine re'sen karar verebilmesinin, İslâm hukukunda çok sınırlı bir uygulama alanı vardır. Her ne kadar bazı Hanefî kaynaklarında hâkimin fâsid akdi re'sen ve cebren feshedebileceği şeklinde mutlak ifadeler yer almaktaysa da (İbn Nüceym, *Baḥrür-r-râ'ik*, VI, 103, 110) diğer bazı kaynaklarda yer alan, hâkimin ancak kamu yararı bulunan konularda tarafların talebine gerek kalmadan fâsid akdi feshedebileceği, fesih yetkisinin taraflara ait olduğu ve kamu düzeni ihlâl edilmediği sürece hâkimin böyle bir yetkisinin bulunmadığı yönündeki kayıtlı ifadeler (Sadrüşşehid, II, 141-142) daha isabetli görünmektedir. Çünkü İslâm hukuk doktrininde fesih hakkı genelde şahsî bir hak, fesih işlemi de bu şahsî hakkın kullanımı olarak telakki edilir. Mâlikî fakihlerinden İbn Ferhûn da benzeri bir yaklaşımla, faizli veya faiz şüphesi taşıyan alışverişlerin, beklenmedik mağduriyete aldanma veya aldatmaya yol açan, haram bir malın temlikini konu alan veya bir kötülüğün toplumda yaygınlaşmasına sebep olabilecek akidlerin hâkim tarafından re'sen feshedilebileceğini, hatta bu feshin hâkim için bir görev olduğunu ifade eder (*Teḥṣratu'l-ḥukkâm*, II, 366).

Feshin yukarıda özetlenen bu neville akdin kendiliğinden sona ermesi demek olan infisâh da eklenebilir. İfânın imkânsızlaştığı ve akidden beklenen gayenin tamamen yok olduğu, şahsa bağlı hak ve sorumlulukları konu alan akidlerde ilgili şahsın öldüğü veya feshin belli bir şartın gerçekleşmesine bağlanıp da bu şartın gerçekleştiği durumlarda akid kendiliğinden sona erdiği için herhangi bir fesih bildirimine veya yargı hükmüne ihtiyaç duyulmaz. Bu sebeple Karâfi de fesihle infisâh arasındaki temel farkın feshin tarafların veya hâkimin fiili, infisâhın ise bedellerin sıfatı olduğunu belirtir (*el-Furûk*, III, 269). Bununla birlikte bazı durumlarda feshe muhatap olan tarafın hakkını korumak için bildirimine veya infisâh sebebinin yargı yoluyla tesbitine gerek duyulabilir (bk. İNFİSÂH).

Feshin şekil itibarıyla türlerine geline, fakihler sözlü (kavî) ve fiilî olmak üzere iki tür fesih şekline bahsederler. Sözlü fesih söz veya yazıyla fesih ihbarının yapılmasıdır. Fiilî fesih ise fesih hakkına sahip olan tarafın malı iade etmek, kabul etmemek gibi borç ilişkisini feshetme olarak anlaşılacak bir davranışta bulunmasıyla gerçekleşir. Hangi söz, ifade ve fiillerin hukukun fesih iradesi sayılacağı ve böyle bir sonuç doğuracağı dil kurallarının yanı sıra örfe de bağlı bir konudur.

Fesih Hakkının Sona Ermesi. Fesih hakkının doğması kadar sona ermesinde de öncelikli olarak tarafların akid kurucu hür iradeleri, ikincil olarak da akidleşme ortamına ancak gerekli noktalarda müdahale eden hukuk düzeni etkin ve belirleyici bir rol üstlenir. Bu sebeple fesih hakkı, tarafların bu konuda önceden vardığı bir anlaşmanın gereği olarak veya hak sahibinin hakkını kullanmaktan açıkça yahut da delâleten vazgeçmesi sonucu sona erebileceği gibi, bu hakkın doğumuna yol açan sebebin ortadan kalkması veya hukuk düzeninin gerekli görmesi hallerinde de sona erebilir. Hukuk düzeninin bir tarafa fesih hakkı tanımada gözettiği amaçlar bu hakkın sona ermesinde de vârittir. Doktrinde akid gibi feshin de akid konusu üzerine kurulduğu fikri benimsendiğinden akid konusu hak veya malda meydana gelen değişimler fesih hakkını doğrudan etkiler. Bundan dolayı fesih hakkının kullanımı karşılıklı akidlerde edimler arası dengenin bozulmasına, diğer tarafın veya üçüncü bir şahsın aşırı ve hakedilme-

yen bir zararına yol açacaksa, yahut akid konusundaki köklü değişim sebebiyle fesih âdeti imkânsız veya çok güç hale gelmişse fesih hakkının kullanımına izin verilmez. Hukuk düzeninin bu müdahalesi, tarafların akdi rızâlarının korunması kuralının hakkaniyet ilkesiyle yumuşatılması olarak görülebilir. Bu anlayışın sonucu olarak İslâm hukukunda fesih hakkını sona erdiren sebeplerin oldukça geniş tutulduğu, akid kurucu iradeye ağırlık verip âdeti akde mümkün olduğu ölçüde devam edilmesi yönünde bir temayülün hâkim olduğu söylenebilir.

Fesih hakkını sona erdiren sebeplerin başında, tarafların bu yöndeki ortak iradeleri veya hak sahibinin tek taraflı vazgeçmesi gelir. Fesih hakkına sahip olan kimsenin bu hakkından vazgeçtiğini açıkça beyan etmesiyle hak sona erdiği gibi (*Mecelle*, md. 303), meselâ bir şartın gerçekleşmemesine veya süreye bağlı olarak tanınan fesih hakları bu şartın gerçekleşmesiyle veya sürenin dolmasıyla sona erebilir. Şart muhayyerliğinde taraflarca kararlaştırılan süre veya hukuk düzenince belirlenen âzami süre içinde fesih hakkının kullanılmaması veya mevkufta akide yetkili kimsenin vereceği onay da fesih hakkından vazgeçme sayılır. Aynı şekilde görme muhayyerliğinde akid konusu görüldükten, ayıp muhayyerliğinde ayba muttali olunduktan itibaren belli bir süre zarfında fesih hakkının kullanılmaması da böyledir. Fakihler, bu konuda hak sahibinin rızâsını esas aldıklarından onun haktan vazgeçmeye delâlet eden fiil ve tasarruflarının fesih hakkını sona erdireceğini ifade ederler (*Mecelle*, md. 304). Meselâ ilgili şahsın fesih hakkını kullanmak yerine bu hakka konu malda hukukî tasarrufta bulunması, o maldan yararlanmaması ve akde devam anlamı taşıyan söz ve davranışları feshitten vazgeçme olarak görülür (*Kâsânî*, V, 301). Böylece hem hak sahibinin rızâsı gözetilmiş, hem de akidlerde bağlayıcılık, düzen, istikrar ilkeleri korunmuş olmaktadır. Hanefî fakihlerinin, tayin muhayyerliğinde süresi içinde seçim hakkı kullanılmadığında fesih hakkının sâkıt olup akdin kesinleştiğini ve bağlayıcılık kazandığını ifade etmeleri de bu anlayışın sonucudur.

Akid gibi fesih de akid konusu üzerinde gerçekleşeceğinden akde veya hukukî işleme konu olan mal veya hakta meydana gelen telef veya köklü değişimler bazan akdin kendiliğinden sona

ermesine veya feshedilebilir olmasına yol açtığı gibi bazan da mevcut fesih hakkını sona erdirici bir etki gösterir. Değişimin bu iki sonuçtan hangisini doğuracağı ise, fesih hakkını doğuran sebeple ve hasar sorumluluğunun hangi tarafa ait olduğuyla yakından ilgilidir. Meselâ fesih hakkı sahibinin kasıt veya kusurundan kaynaklanan bir sebeple malın zayı olması o şahsın fesih hakkının düşmesine de yol açar. Literatürde zikredilen, hasar sorumluluğunun fesih hakkının ileri sürülmesine engel olduğu hususu genel bir kural olmasa da böyle bir anlam taşır.

Akid konusu mal veya hakta meydana gelen artma veya azalma da çok defa hasar sorumluluğuyula, ayrıca bu artış veya azalmanın asılla ilişkisiyle bağlantılı olarak fesih hakkını etkiler. Bilhassa akid konusu malın ayıplı oluşundan doğan fesih hakkının kullanımıyla ilgili olarak artış ve azalmanın asıldan doğması veya asıldan ayrılabilir olmasına, kabzdan önce veya sonra vuku bulmasına göre ayrıntılı bir hukuk doktrini oluşmuştur. Meselâ satılan malın kıymetinin değişmesi, hayvanın gelişip büyümesi gibi asıldan doğan ve ona bitişik olan artış ve azalmalar fesih hakkını engellemezken elbisenin boyanması, araziye ağaç dikilmesi gibi asıldan doğmakla birlikte asla bitişik değişim feshi engel teşkil eder. Halbuki asıldan ayrı ziyade ister meyve ve yavru gibi asıldan doğsun, ister hibe, kazanç gibi asıldan doğmamış olsun kural olarak feshi engel teşkil etmez. Çünkü asılla birlikte bunların da iadesi veya istirdadı mümkün olduğundan akid mahallinde köklü bir değişiklik meydana gelmiş sayılmaz. Fakihlerin bu konuda gözettileri amaç akdin, akid konusunda meydana gelen artış ve azalmadan sonra hasar sorumluluğunu taşıyan şahıs tarafından feshedilmesini ve karşı tarafın bu yüzden zarara uğramasını önlemektir. Meselâ satın alınan bir elbise boyandıktan, arazi ağaçlandırıldıktan sonra akdin fâsid oluşu ileri sürülerek satıcı tarafından akdin feshedilmesi satıcının akidle haketmediği artı kazancına, alıcının da kusurunu aşan bir zararına yol açacaktır. Fakihlerin bunu bir nevi ribâ olarak adlandırması da bu sebepsiz zenginleşmeye dikkat çekmek içindir.

Fesih hakkını sona erdiren sebepler konusunda fakihlerin metot ve görüşleri farklı da olsa hepsinin ortak amacı, fesih hakkının, hakkın suistimali sayıla-

bilecek ve karşı tarafın hakkaniyet ölçülerine sığmayan bir zararına yol açacak şekilde kullanılmasını önlemektir. Nitekim Hanbelî fakihlerinden İbn Receb, fesih hakkının bu şekilde kullanımının câiz olmadığından ve aksi halde karşı tarafın zararının karşılanması gerektiğinden bahisle çeşitli akidlerden buna örnekler verir (*el-Kavâ'id*, s. 112-113). Aynı şekilde akid öncesine ait bir ayıp bulunduğu için alıcıya tanınan fesih hakkının mebû'de ikinci ve yeni bir aybın meydana gelmesi halinde sona erdirilmesi bu anlayışın ürünüdür. Bu ikinci aybın alıcının kusuruyla meydana gelmesi durumunda delâleten akdi onaylamış ve fesih hakkından vazgeçmiş sayılır. Bu ayıp üçüncü şahısların kusuruyla veya kendiliğinden meydana geldiğinde de satıcının hakkını ve edimler arası dengeyi koruma fikrinden hareketle fesih hakkı sona erdirilir. Ancak bu son durumda alıcı için eski aybın tazminini isteme hakkı doğar.

Fesih hakkına sahip olan kimsenin akid konusu mal ve hakta yaptığı fiilî ve hukukî tasarrufların onun bu hakkını sona erdirmekte oluşunun tek açıklaması, bu tasarrufun delâleten fesihten vazgeçme anlamı taşıması değildir. Bu sonuç aynı zamanda akid bütünlüğünün korunması, iyi niyetli üçüncü şahısların, hatta karşı tarafın zarar görmesinin önlenmesi gibi ilkelerle de alâkalıdır. Nitekim ayıplı bir malın bir kısmını tüketen veya bu malı üçüncü bir şahsa temlik eden alıcının fesih hakkının sona erdiği ifade edilirken bu son ilkeler ağırlık taşır. İkinci hukukî işlemin iptali halinde alıcının sona eren fesih hakkının geri dönüp dönmeyeceği ise fakihler arasında tartışmalıdır. Meselâ Hanefîler'e göre ikinci işlemin muhayyerlik sebebiyle bozulması durumunda fesih hakkı da geri döner, fakat yeni bir hukukî işlemle ortadan kaldırılması halinde bu hak geri dönmez. Fakihler, akidden doğan hakla nisbetle fesih hakkını daha zayıf bir hak olarak gördüklerinden çok defa akdin ve hukukî işlemin geçerliliği yönünde görüş bildirmişlerdir. Bu durum, fesih hakkının mülkiyetin nakli sonucunu doğuran bir akidle çatışması halinde daha açık görülür.

Fâsid akide fesih sadece bir hak olmaktan öte yer yer kamu veya Allah hakkı gereği taraflar veya hâkim için bir görev olarak da nitelendirildiği için diğer fesih türlerine göre daha güçlü bir konumdur. Bununla birlikte fâsid akid-

de de fesih hakkı belli durumlarda sona erer. Şöyle ki, fâsid akidle satın alınan malda meydana gelmiş köklü değişimin, artma veya azalmanın fesih hakkına etkisi, ayıptan doğan feshi göre daha sınırlı olup sadece taraflardan biri için ağır bir mağduriyete yol açacaksa fesih hakkı kullanılmaz. Meselâ alıcı fâsid akidle satın aldığı gayri menkule bir ev yapmışsa bu yeni durum Ebû Hanîfe'ye göre feshi mâni, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise mâni değildir. Öte yandan alıcı, fâsid akidle satın alıp kabzettiği bir malda mülkiyeti nakledici yeni bir hukukî tasarrufta bulunursa, meselâ bu malı üçüncü bir şahsa satar veya hibe ederse, artık birinci akdin fâsid oluşundan doğan fesih hakkı iki taraf için de sona erer. Bu sonuç, iyi niyetli üçüncü şahsın korunmasının yanı sıra fâsid akdin Hanefî hukuk doktrininde kabz ile mülkiyeti nakletmesi, birinci alıcı mâlik sıfatıyla ikinci hukukî işlemi yaptığından bu işlemin geçerliliği ilkesiyle de bağlantılıdır.

Hak sahibinin ölümünün fesih hakkını sona erdirip erdirmeyeceği de doktrinde, bu hakkın tanınma amacı ve şahsa bağlı bir hak mahiyetinde olup olmadığı göz önünde tutularak ele alınır. Meselâ Hanefî fikhında, şart veya görme muhayyerliğinden doğan fesih hakkının hak sahibinin ölümüyle sona erip bu hakkın vârislere intikal etmeyeceği (*Mecelle*, md. 306, 321), tayin muhayyerliğinde ise devam edip vârise intikal edeceği görüşü benimsenmiştir (*Mecelle*, md. 319). Akdin fâsid oluşundan doğan fesih hakkı da ölümle sona ermeyip vârislere intikal eder. Öyle anlaşıyor ki doktrinde fesih hakkının taraflar arası anlaşmadan değil akdin tabiatından veya hukuk düzeninden kaynaklandığı ve bir zararın önlenmesinin amaçlandığı durumlarda ölümle son bulmayacağı, akde veya eşyaya bağlı olarak vârise intikal edeceği görüşü ağır basmaktadır.

Feshin Sonuçları. Fesih hakkının kullanımının gerek akid gerekse taraflar ve üçüncü şahıslar açısından farklı sonuçları vardır. Fesih işleminin akde tesiri, feshedilen akdi geriye dönük olarak mı, yoksa sadece ileriye dönük olarak mı ortadan kaldırdığı tartışmasında kendini gösterir. Bu soruya verilecek cevap, tarafların ve üçüncü şahısların haklarını da yakından ilgilendirdiği için ayrı bir öncelik ve önem taşır.

İslâm hukukçuları feshi genelde "akid bağının kökünden çözülmesi veya kaldı-

rilması" şeklinde tanımlamakla birlikte, feshin mevcut bir hukukî bağı başlangıçtan itibaren mi yoksa fesih anından itibaren mi ortadan kaldırdığının tartışmalı olduğunu da belirtirler. Akdin fesih veya infisâh yoluyla sona ermesinin genel sonucu iki tarafın da akidleşme öncesine dönmeleridir. Hanefî fakihlerinden Zeynüddin İbn Nüceym, feshin akdi hiç olmamışçasına ortadan kaldırdığını ifade etmekle birlikte (*el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, s. 402) bu sonucun her akid ve fesih sebebi için geçerli olduğunu söylemek zordur. Nitekim onun eserini şerheden Hamevî de feshin akdi geçmiş için değil fesih anından itibaren gelecek hakkında yok hükmünde kıldığını, esasen feshin de mevcut bir akid hakkında düşünülebileceğini belirterek bu ifadeyi yumuşatmaya çalışmıştır (*Ğamzû 'uyûnî'l-beşâ'ir*, III, 444). Çünkü feshin sözleşmeyi hiç kurulmamışçasına ortadan kaldırdığını söylemek, fesih sonrasında taraflara akde göre tersine çevrilmiş birtakım yükümlülüklerin terettüp etmesini açıklamakta da yetersiz kalmaktadır.

Mâlikî fakihlerinden Karâfî, feshin başlangıçtan mı yoksa fesih anından itibaren mi akdi ortadan kaldırdığı, ayrıca akdi mi akdin sonuçlarını mı yok hükmünde kıldığı tartışmasını açıp feshedilen akdin fiilen yapılmış bulunması sebebiyle vâkıa olarak mevcut olduğunu, bu yönüyle bazı sonuçlarının da bulunabileceğini belirtir. Ardından da vâkıanın fiilen ortadan kaldırılmasıyla kalktığının takdir edilmesi arasındaki farka dikkat çekerek burada vâkıa olarak mevcut bir akdin hukuk düzeni tarafından yokmuş gibi takdir edildiği açıklamasını yapar (*el-Furûk*, II, 26-27). Ancak bu tür bir açıklamanın sadece satım, sulh gibi süre unsuru içermeyip yapıldığı anda sonuçlanan (fevrî) akidler için geçerli olabileceği, hatta onlarda da feshin geriye dönük etkisinin nisbeten zayıf olduğu söylenebilir. Bu sebeple feshin geçmişe dönük olarak sonuç doğurduğu hükmü, feshin fesih anına göre geçmişte kalan akdi hukuken geçersiz kıldığı ve artık akdin bir talep ve defi için dayanak olmayacağı açısından genel bir kural olarak ifade edilebilir. Klasik literatürde yer alan, feshin akdi kökünden ortadan kaldırdığı şeklindeki ifadeleri de (Zeylaî, IV, 197) böyle anlamak gerekir. Hatta ikâlenin taraflar açısından fesih hükmünde sayılmasının bir sebebi de bu olmalıdır. Feshin, akdin geçmişte kalan so-

nuçlarına ve akdî ilişkilere ne derece etkili olduğu hususuna gelince, konunun hem akdin süreli veya süresiz olmasıyla, hem de fesih sebebinin mahiyetiyle bağlantılı bulunduğu düşünülürse genel ve tek bir kuralla ifadesinin hayli zor olduğu anlaşılır. Süyûtî'nin de feshin baştan mı yoksa fesih anından itibaren mi akdi ortadan kaldırdığını her olaya ve fesih sebebine göre ayrı ayrı ele alıp konuyla ilgili bir döküm vermeye çalışması (*el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, s. 292) bundan dolayıdır. Literatürde bu konunun kuralcı bir yaklaşımla değil her bir meselede o meselenin kendi şartları içinde ayrı ayrı ele alınması ve münferit çözümlerle yetinilmesi, feshin vazgeçmeden bozma, dönme ve iptale kadar geniş bir kapsamının bulunması, fesih sebepleri arasında mahiyet ve amaç yönüyle önemli farklılıkların göze çarpması, ayrıca akdin baştan itibaren yok sayılmasının fiilî durumlar sebebiyle birtakım zorluklar taşınması gibi farklı sebeplere dayanır.

İslâm hukuk doktrininde feshin akde etkisiyle ilgili olarak yer alan görüşler incelendiğinde, hukukçuların bu konuda feshin geriye dönük olarak sonuç doğurması (Hanefî fakihleri buna istinâd, Mâlikîler in'tâf derler), feshin yapıldığı andan itibaren ileriye dönük olarak sonuç doğurması (buna da iktîşar denir) şeklinde ikili bir ayırım yaptığı görülür. Bu ayırımda akidlerin süresiz (fevrî) ve süreli şeklinde iki gruba ayrılması da büyük çapta etkili olmuştur. Benzeri bir ayırım modern hukuk bilminde de yapılır ve fazla düzenli olmamakla birlikte sözleşmelerin ileriye dönük olarak bozulması fesih, geriye dönük olarak sona erdirilmesi ise iptal, geri alma ve dönme (rücû) şeklinde adlandırılıp buna göre bir terminoloji geliştirilmeye çalışılır (Serozan, s. 119-121).

Fevrî akidlerin feshi kural olarak geriye dönük bir etki doğurduğundan, meselâ satım akdinde tek taraflı veya iki taraflı ifa bulunsa bile fesihten sonra mebî ve semen karşılıklı olarak iade edilir. İcâre, şirket, vekâlet, âriyet gibi süreli akidlerde ise fesih başlangıçtaki akdi ortadan kaldırırsa bile akdin sonuçlarını sadece fesih anından itibaren ileriye dönük olarak ortadan kaldırdığı için fesih öncesi dönemde yer alan ifa ve yararlanma kuralı olarak geçerli sayılır. Meselâ fesih öncesinde ve âkilin yaptığı tasarruflar, ortakların işlemleri, kiracının kiraladığı şeyden faydalanması, işçi-

nin çalışması hukuken geçerliliğini koruduğu gibi bunlar karşılığında yapılan ödemeler de öyledir. Esasen İslâm hukukçuları, süre unsuru içeren ve menfaatin temlikini konu alan icâre, âriyet gibi akidlerin mümkün olan en küçük zaman birimleri itibarıyla kurulmuş olduğunu ve her zaman birimi sonunda yenilendiğini ifade ederek bu tür akidlerde feshin geriye dönük olarak etki göstermeyeceğine de bir açıklama getirmeye çalışmışlardır. Feshin geriye yürütmemesi, süreli akidlerde akdin yapısından kaynaklandığından infisâh da fesihle aynı sonucu verir. Bu sebeple Zerkâ'nın, ileriye dönük feshin akde son verme veya akdin sona ermesi (inhâ ve intihâ), geriye dönük feshin ise fesih ve infisâh olarak adlandırılması yönündeki önerisine katılmak güçtür (*el-Fıkhü'l-İslâmî*, I, 531). Nikâhın da bu yönüyle süreli akid olduğu ve icâre akdindeki feshin nikâhta talâk tabiriyle ifade edildiği ileri sürülebilirse de nikâh akdinin kendine özgü özellikleri sebebiyle bu konuda ayrı bir statüde ele alındığı, feshin bir nevi iptal anlamı yüklenerek talâktan ayrıldığı, talâk ileriye dönük olarak etki gösterirken feshin geriye yürütüldüğü görülür. Feshedilen nikâh akdinde fiilî durumlara hukukî sonuç bağlanması ise tarafların veya üçüncü şahısların haklarının korunması amacıyla.

Feshin geriye yürütülmesinde akdin süreli veya süresiz oluşunun yanı sıra fesih sebebinin mahiyeti de önem taşıyabilir. Meselâ şart veya görme muhayyerliklerinden, akdin mevkuflarından veya sıhhat şartlarındaki bir eksiklikten doğan fesih hakkının kullanımı veya kabz öncesi fesihler geçmişe yönelik güçlü bir etki gösterir. Buna karşılık ayıp muhayyerliğinden, akdin tabiatı icabı gayri lâzım oluşundan, borçlunun kötü ifası veya temerrüdünden, ifanın imkânsızlığından veya sonradan ortaya çıkan bir fesad sebebinden doğan fesihten geriye etkisi daha zayıftır. Bu ikinci grupta, sebepsiz zenginleşme teşkil etmediği sürece iyi niyete dayalı işlemlerin korunması ilkesi ağır basar. Bu ayırım kabz öncesi-kabz sonrası fesih şeklinde de ifade edilebilir. Kabz sonrası fesihten geriye yürütülmesindeki bir zorluk da akid anından fesih zamanına kadar geçen sürede ortaya çıkan fiilî durumdan doğan bazı hukukî sonuçlarının bulunmasıdır. Nitekim Şâfiî fakihlerinden Nevevî, akid konusu maldaki eksiklik sebebiyle akdin feshinden söz

ederken feshin akdi temelden (başlan-
gıçtan) değil fesih anından itibaren or-
tadan kaldırdığını dile getirmekte, fak-
kat kabz öncesi fesihlerin geriye yürü-
yeceğini de ilâve etmektedir (*Ravzatü't-
tâlibîn*, III, 146).

Fesih, akdi hukuken ortadan kaldırdı-
ğınan bunun taraflar açısından en ta-
bii sonucu, tarafların feshedilen akde
dayalı olarak yaptıkları ödemeyi geri is-
teyebilmeleri veya bu akde dayanarak
kabzettikleri malları iade ile yükümlü
olmalarıdır. Fesih halinde tarafların borç-
ları, feshedilen akdin o ana kadar do-
ğurduğu borçların tersyüz edilmiş şekli
olarak ifade edilebileceğinden, feshin
taraflar açısından sonuçları akid türüne
göre farklılık arzettiği gibi onların fesih
vaktine kadar yapmış oldukları edim-
lere göre de farklılık taşır. Öte yandan
tarafların fesih sonucu sahip olduğu
hakların veya üstlendiği yükümlülükle-
rin feshin geriye dönük bir etkiye sahip
olup olmamasıyla da yakından ilgilidir.
Feshin geriye yürümediği süreli akidler-
de o ana kadar yapılan edimlerin geri
verilmesi yükümlülüğü bulunmazken
fevri akidlerde baştan itibaren yapılan
edimlerin iadesi gerekir. Bu sebeple fev-
ri akidlerin feshinde tarafların iade yü-
kümlülüğü daha kapsamlıdır.

Fesih halinde, feshedilen akde istina-
den teslim edilmiş malın iadesinin yanı
sıra bu malın aslından doğan artış ve
hâsılların da iadesi gerekir. Fakihlerin
yavru, süt gibi artışların feshine engel ol-
duğunu ifade etmeleri, "Bunlar ayrı tu-
tularak aslın iadesi câiz olmaz" anlamın-
dadır. Hatta literatürde, asıl iade edi-
lip de bu tür ziyadelerin elde kalması-
nın ribâ olacağı (Kâsânî, V, 302) veya müş-
teri ziyadeyi kendi kusuruyla telef et-
mişse asılla birlikte bu ziyadenin kıyme-
tini ödemesi gerektiği ifade edilerek (İbn
Receb, s. 167) bu yükümlülük tekit edil-
miştir. Ancak meşhur "musarrât" hadi-
sinde olduğu gibi (Müslim, "Büyü", 11;
Ebû Dâvûd, "Büyü", 46) bu iadede ba-
zan alternatif ödeme veya kıymet öde-
mesi de düşünülebilir. Buna karşılık iade-
si gereken maldan feshe kadarki dö-
nemde faydalanılmışsa kural olarak bu
faydalanma iadeye konu edilmez. Bu
da menfaatin asıldan bir cüz sayılmayı-
şıyla veya elinde bulundurduğu malın
hasar sorumluluğunu (damân) taşıyan
kimsenin bu malın aslından olmayan fay-
dalara bu sorumluluk karşılığında mâ-
lik olacağı ilkesiyle açıklanabilir. Ücretle
damânın bir arada bulunmaması kura-

lının (*Mecelle*, md. 86) bir anlamı da bu-
dur. Meselâ satın aldığı bir malı bir sü-
re kullanan alıcı daha sonra ayıp sebe-
biyle akdi feshettiğinde mebbi iade et-
mesi yeterli olup ayrıca yararlanma kar-
şılığı ücret ödemez. Burada kullanım gi-
bi asla bağlı menfaatin, yavru, süt, mey-
ve gibi asıldan doğan ziyadenin ayna nis-
betle farklı işlem gördüğü gözden uzak
tutulmamalıdır. Öte yandan bu açıkla-
malar daha çok fevri akidler hakkında
geçerli olup sürekli akidler genelde ermek
ve menfaati konu olduğundan fesih ha-
linde sadece, akdin doğrudan konusu
olmayan malın meselâ kiralanan hayvan
veya evin, âriyet eşyanın, şirket malının
iadesi yeterli olur. Feshe kadar geçen
zaman içinde vâki yararlanma için taz-
min değil kararlaştırılan bedel veya misli
olan bir bedel ödenmesi, yukarıda belir-
tilen açıklamanın yanı sıra süreli akid-
lerde feshin kural olarak geriye dönük
olmamasından kaynaklanır.

Fesih halinde gündeme gelen geri ver-
me yükümlülüğünü, akdin hiç kurulma-
mışçasına ortadan kalktığı ve yapılan
edimlerin de sebepsiz zenginleşme ola-
cağı şeklinde açıklamak yeterli olmaz.
Belki de fesih sonrasında önceki borç
ilişkinin tersine çevrilmiş bir şekilde
dolaylı ve zayıf bir etkiyle devam ettiği,
geri verme yükümlülüğünün de bu bağ-
dan kaynaklandığı söylenebilir.

Feshin üçüncü şahıslar açısından so-
nuçları, İslâm hukuk literatüründe ge-
nelde bu şahısların haklarının feshe et-
kisi yaklaşımla ele alınır. Bunun sebe-
bi hukuk doktrininde, feshin, üçüncü şa-
hısların meşrû zeminde kazandıkları hak
ve akidleriyle karşı karşıya geldiğinde
daha zayıf bir hak olarak görünmesidir.
Akdin sona erdirilmesi belli bir zararı
önleyecek ve iyi niyetli üçüncü bir şahsa
herhangi bir zarar vermeyecekse fesih
hakkının kullanımı esas alınır. Feshin
üçüncü şahıslar için bir zarar doğurma-
sı halinde ise fesih hakkı sahibinin bun-
dan vazgeçmesi ve sadece uğradığı fiilî
zararın tazminini talep etmesi günde-
me gelir. Bu zarar dengesi aybın ortaya
çıkışında da söz konusudur. Doktrinde
feshe yetkili kimsenin akdi onaylamaya
da yetkisinin bulunduğu ilke olarak be-
nimsenir. Meselâ şart, görme ve ayıp
muhayyerliğinden veya akdin fâsid olu-
şundan doğan bir fesih hakkına sahip
olan alıcı mebbi üçüncü bir şahsa sattı-
ğında veya kiraya verdiğinde fesih hak-
kı da sona erer. Bu sonuç, fesih hakkın-
dan delâleten vazgeçme ile açıklandığı

gibi iyi niyetli üçüncü kişilerin korunma-
sı ilkesiyle de açıklanmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA :

- Buhârî, "İcâre", 14; Müslim, "Müsâkât", 14-
17, "Büyü", 11; Ebû Dâvûd, "Menâsik", 24,
"Akziye" 12, "Büyü", 46, 58; Nesâî, "Menâ-
sik", 77; Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *el-
Câmi'u's-şâgîr*, Beyrut 1986, s. 439; Serahsî,
el-Mebsût, XVI, 3; Kâsânî, *Bedâ'î*, IV, 223; V,
233-310; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Kahire 1968,
III, 482-506; V, 87-131; Zeylâî, *Tebyînu'l-ha-
kâ'ik*, Bulak 1314, IV, 31-72, 197-198; V, 146;
İbn Receb, *el-Kavâ'id*, Kahire 1972, s. 108-
115, 118-119, 166-167; Karâfî, *el-Furâk*, Ka-
hire 1347 — Beyrut, ts. (Âlemü'l-kütüb), II, 26-
29; III, 269; İbn Ferhûn, *Tebsîratü'l-hükkâm*,
Kahire 1986, II, 366; Sadrüşşehîd, *Şerhu Ede-
bi'l-kâdt li'l-Haşşâf* (nşr. Muhiy Hilâl es-Ser-
hân), Bağdad 1977-79, II, 141-142; Nevevî, *Rav-
zatü't-tâlibîn*, Beyrut 1992, III, 146; Süyûtî, *el-
Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, Kahire 1959, s. 287-293;
İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr* (Kahire), VI, 2-
120; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râ'ik*, Kahire 1391,
VI, 103, 110; a.m.f., *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir* (nşr.
M. Mutî' el-Hâfız), Dimaşk 1983, s. 94, 402; Ha-
mevî, *Ğamzü 'uyûni'l-beşâ'ir*, Beyrut 1985,
III, 442-444; Muhammed b. Hüseyin et-Türî,
Tekmilletü'l-Bahrü'r-râ'ik (İbn Nüceym, *el-Bah-
rü'r-râ'ik* içinde), VIII, 42; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*,
IV, 458; Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye* (*el-
Fetâvâ'l-Hindiyye* içinde), IV, 404-405; İbn Tey-
miyye, *Nazarîyyetü'l-'âkd*, Kahire 1949, tür.yer.;
İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr* (Kahire), V, 3-50;
VII, 20; *Mecelle*, md. 86, 303, 304, 306, 319,
321, 474, 1491; Hasan Ali ez-Zenûn, *en-Naza-
riyyetü'l-'âmme li'l-fesh fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-
kânûnî'l-medeni*, Kahire 1946; Subhî Mahme-
sânî, *en-Nazarîyyetü'l-'âmme li'l-mucebât ve'l-
'ukûd*, Beyrut 1948, s. 485-504; Senhûrî, *Me-
şâdirü'l-hak*, VI, 201-277; Zerkâ, *el-Fikhu'l-
İslâmî*, I, 444-461, 524-535; II, 667-670, 703-
706; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İs-
tanbul 1975, s. 31-39, 119-159; Abdülkadir Şe-
ner, *İslâm Hukukunda Hibbe*, Ankara 1984, s.
102-108; Zühaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî*, tür.yer.;
M. Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İs-
tanbul 1985, s. 35-36; Karaman, *İslâm Huku-
ku*, II, 267-300, 437-451; M. Yüsf Müsâ, *el-
Emvâl ve nazarîyyetü'l-'âkd fi'l-fikhi'l-İslâ-
mî*, Kahire 1987, s. 496-502; H. Yunus Apay-
dın, *İslâm Hukukunda Hukûkî İşlemlerin Hü-
kûmsüzlüğü* (doktora tezi, 1989), AÜ İlahiyat
Fakültesi, s. 132-144; Fahrettin Atar, *İslâm İc-
ra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 1990, s. 312-314,
352-367; S. Sulhi Tekinay, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 846, 962-
972; M. Ebû Zehrâ, *el-Milkiyye ve nazarîyye-
tü'l-'âkd*, Kahire, ts., s. 369-421; "İbtâl", *Mu.Fî*,
I, 195-196; "İkâle", a.e., V, 324-331; "İnfisâh",
a.e., VI, 24-40; Chafik Chehata, "Faskh", *EI*²
(İng.), II, 836.



ALİ BARDAKOĞLU

FETÂ

(فتى)

Nefsine hâkim olma konusunda
yiğitlik gösteren veya
fütüvvet teşkilâtına mensup olan kişi
anlamında tasavvuf terimi
(bk. FÜTÜVVET).