

İSLÂM HUKUKUNDA MA'DÛM'UN SATIŞI

Dr. İsmail BİLGİLİ*

The Sale of the Non-Existent in Islamic Law

The selling contract forming the basis of the Islamic Commercial Law, passes the ownership of the goods sold on to client and its price on to seller. And that is lawful result of the selling contract. And that the existence of the subject of the contract, on of the required preconditions for the subject of the contract forms the subject of our research.

Non-existence is the things that haven't just happened and that is not existent. According to the Islamic Law, we can identify te non-existent that can't be subject for the selling contract in pursuance of general principles arranged for the subject of the contract, as follows.

"Non-existent" is the things which are considered as non-existent in reality or legally by the law; which are so closed that parties would be taken to contreversion: the delivery of which can't be guarenteed and their existencies are possible."

According to the Islamic Law and the systems of Modern Law; selling of the goods that will not absolutely be existent in future whether it is existent at the time of contract or not, are accepted as null and void. The result and effects of the contract will not realize due to the fact that the delivery of the goods which is known that it will not absolutely realize, will be impossible (out of apt).

The existence of the subject to the contract depends on the presence of the goods sold, at the time of contract. Most Islamic lawyers approve the principles at the way that the goods not being existence at the time of contract can't be subject for the contract and they set up this principle by basing on some goods forbidden to be sold by hadisi şerif, had not been existence at the time of contract and then generalized it for all contracts subject of which was the goods or not. However the implefamentation of this principles have caused to many problems. And that they'd accepted by ignoring the kıyas, was mentioned over the countracts such as salam (thorny tree, credit) and ıstısna (countract of manufacture), subject of which was not clear, validity of which was fixed and having a place in practise at the time of act.

The contracts necessary for commercial life, provided that they don't contain the element of garar, must be arranged in the shape of providing people's requirement whether it has a definite name or just been given a place in literature.

The selling of non-exitency is an doctrinal subject. Ever if it has not been cosidered as positive for the aim of preventing in unjust earnings among parties, any inconvenience has not been posed especially the selling of goods by local and retail provided that it become barrier for which the contracts base on susbecious and possible elements.

* Konya İmam Hatip Lisesi ve Anadolu İmam Hatip Lisesi Meslek Dersleri Öğretmeni

GİRİŞ

İslam Borçlar hukukunun temelini oluşturan satım sözleşmesi, satılan malın mülkiyetini müşteriye, bedelini de satıcıya intikal ettirir. Bu satım sözleşmesinin hukukî sonucudur. Sözleşme mahalli için aranan şartlardan ‘sözleşme konusunun mevcut olması’ yani ‘ma’dûm olmaması’ araştırma konumuzu oluşturmaktadır.

Kur’an-ı Kerim satım sözleşmesine ayrıntıya gitmeden yer verir. Bu çerçevede sözleşmelere uymayı, satım akdinin helal, faizin haram olduğunu, haksız kazanç temin etmemeyi ve borçlanıldığında yazıp şahit tutmayı emrederek sözleşmelerle ilgili genel prensiplere değinir.

İslâm hukukunda nelerin satım akdine konu olacağı hukukçular tarafından tartışılmış, bir malın satım akdine konu olabilmesi için bazı özelliklere sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Bu özelliklerden biri de “akit mahallinin mevcut olması yani ma’dûm olmaması”dır. İslam hukukçuları bu sonuca Hz. Peygamber (s.a.s.)’in “kişinin yanında veya mülkünde olmayan ya da henüz elde etmediği malı satamayacağına” dair ifadelerinden varmışlardır.

İslâm hukukçuları akit yapma hürriyetinin alanı konusunda farklı görüşlerde bulunmuşlardır. Zahiriler sadece ayet, hadis ve icma’ın cevaz verdiği akitlerin yapılabileceğini savunarak akit hürriyetini dar tutmuş; Hanbelî fakihî İbn Teymiyye (ö. 728/1337) ise ‘kanun koyucunun ve akdi yapanların maksatlarına aykırı düşmeyen’ her akdin yapılabileceğini belirterek akit hürriyetini en geniş seviyeye getirmiştir.¹

Sözleşme anında mevcut olmayan mal, satım akdine konu olduğunda “teslim edilmesi” problemini gündeme getirmektedir. Zira müşteri akit esnasında mevcut olmayan mala sözleşme neticesinde hemen sahip olamayacaktır; bu ise sözleşme maksadına aykırı görülmektedir. Bundan dolayı mevcut olmayan malın satılamayacağı kanaati İslam hukukçuları arasında ağırlık kazanmıştır. Hatta İslam hukukçularından bir kısmı mevcut olmayan ma’dûm bir malın satışını ‘batıl’ kabul etmişlerdir. Hâlbuki akit esnasında mevcut olmayan (ma’dûm) malların satılamayacağına hükmetmek ticarî hayatta ihtiyaç duyulan selem ve istisna’ gibi sipariş akitleri ile benzer bir takım akitlerin yapılmasına engel teşkil edeceği gibi her ma’dûm malın satılabileceğine hükmetmek de tarafların aldanmalarına sebep olabilecektir. Konunun ele alınıp sağlıklı bir sonuca kavuşturulması gerekmektedir. Bu incelemede biz de ma’dûmun kapsamını belirleyerek ilgili ayet, hadis ve yapılan yorumlarla konuya açıklık getirmeye çalışacağız.

¹ Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikr, 1953-4, III, 168.

I- MA'DÛMUN TANIMI

"Ma'dûm" yokluk, mevcut olmama, bulunmama; bir şeyin yok olması, kaybolması gibi anlamlara gelen² "adem" kelimesi ile aynı kökten *ismi mef'ûl* olup mevcut olmama, bulunmama anlamına gelmektedir.

Kur'ân-ı Kerim'de ve Hz. Peygamber'in (s.a.s.) hadislerinde bu kelimeye yer verilmemiş 'ma'dûm' tabiri terim anlamını, İslâm hukuk terminolojisi ve literatürünün oluştuğu ileriki dönemlerde kısmen kazanmıştır.

Genelde bulunmama, yanında/mülkünde olmama ve mevcut olmama tabirlerinden hareketle ma'dûma anlam kazandırılmaya çalışılıp "efradını cami' ağyarını mani" açık ve net bir tariften uzak kalınmıştır.³

Mecelle'de mebi' ile ilgili hükümler açıklanırken; "Bey'in hükmünü kabil olan mahalli mevcut ve makduru't-teslim ve mal-ı mütekavvim olan mebidir. Binaen alâ zâlik ma'dûmun, makduru't-teslim ve mal-ı mütekavvim olmayan şeyin bey'i batıldır"⁴ denilmektedir.

Mecelle şarihi Ali Haydar Efendi (ö.1936), ma'dûm'u "henüz zuhur etmeyen esmâr (meyveler) ve kable'n-netâc (doğmadan önce) yavru ve vakt-ı bey'de (sözleşme anında) satıcının mülkünde mevcut olmayıp ileride temellük edeceği (mülk edineceği) mal"⁵ şeklinde örneklendirmek suretiyle tanımlar.

Bu açıklama, ma'dûmun tarifinin tespitinde belirleyici bir özelliğe sahiptir. Zira tarifte hakikatte henüz vücut bulmamış, yok sayılan meyve ve benzeri şeylere ma'dûm denildiği gibi satıcının mülküne girmemiş hükmen yok sayılan şeyler de tanıma dahil edilmiştir.

Neticede satışı caiz görülmeyen ma'dûmun terim anlamını şu şekilde verebiliriz:

"Hukukun hakikaten veya hükmen yok saydığı, tarafları anlaşmazlık ve çekişmeye götürecekt derecede kapalı olan, teslimi garanti edilemeyip zarar ve ziyan içeren, varlığı ihtimalli şeylere ma'dûm denir."

² Cevherî, *Tâcu'l-Lugâ ve Sihâhu'l-Arabîyye*, Beyrut 1410/1990, V, 1982; İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut 1410/1990, XII, 392; Ali Seydi, *Kamûs-ı Osmanî*, İstanbul 1330, 681.

³ Ma'dûmun Terim anlamı için yapılan tariflere bkz: Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, Beyrut 1406/1986, V, 138-139; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, Kahire 1379/1959, I, 262; Nevevî, *el-Mecmû'*, Beyrut, ts., IX, 208; İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-Akd*, Kahire 1949, s. 229 vd; İbn Muflih, *el-Mubâdi' fi şerhi'l-Mukni'*, Beyrut, 1980, IV, 23 vd; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, Kahire 1371/1952, V, 244; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-İslâmî ve Edilletüh*, Dımaşk 1405/1985, IV, 427-429; Musa, Muhammed Yusuf, *el-Emvâl ve nazariyyetü'l-akd fi'l-fikhu'l-İslâmî*, Dâru'l-Fikr, 1987, 306 vd.; Karadâvî, Yusuf, *Bey'u'l-Murâbaha li'l-âmiri bi's-şîrâ'*, Kuveyt 1407/1986, 77 vd; Hafif, Ali, Ahkâmu'l-mu'âmelâti's-ser'iyye, Kahire, ts., 230 vd; Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed, *Nazariyyetu'l-akd*, Beyrut, ts., 470 vd; Bedran, Ebu'l-Ayneyn Bedran, *Târîhu'l-fikhi'l-İslâmî ve nazariyyetü'l-milkiyye ve'l-ukûd*, Beyrut, ts., 422 vd; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul 1985, VI, 28 Darîr, Sıddık Muhammed el-Emin, *el-Garar ve eseruh fi'l-ukûd fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Beyrut 1990, s. 353-355.

⁴ *Mecelle*, md. 363.

⁵ Ali Haydar, Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, İstanbul 1330, I, 606.

II- MA'DÛMUN KAPSAMI

Ma'dûmun kapsamı denilince ma'dûm denen şeylerin nelerden ibaret olduğu kastedilmektedir. Bizatihi yok olup varlığı tahayyül edilemeyen mallar konumuz dışındadır. Bunların satış akdine mahal olmaları düşünülemez. Çünkü bunlar mal değildir. Mal veya mülk olmaya elverişsiz şeyler ise satım akdine konu olamaz.

İbn Kayyim el-Cevziyye'nin şu açıklaması ma'dûmun kapsamını belirlemede bizlere yardımcı olacaktır:

"Ma'dûm üç kısımdır. Bunlardan **birincisi** zimmette sabit, sıfatları belirlenmiş ma'dûm. Satışı ittifakla caizdir. Ebû Hanîfe genelde bu tür malların akit vaktinde mevcudiyetini şart koşmuştur. İşte bu selem satışlarıdır.

İkincisi, çok bile olsa mevcuda tabi olan ma'dûmdur. Bu da iki çeşittir; *birincisi* müttetekun aleyh olanıdır ki, henüz içlerinden sadece biri olgunlaşan meyvelerin satışlarıdır. Her ne kadar meyvelerin geri kalan kısımları satış anında yok hükmünde olsalar da satış mevcuda bağlı olarak ittifakla caizdir.⁶ Ma'dûm, bazen var olanla birleşik olabileceği gibi, bazen de tamamen mevcuttan ayrı, henüz yaratılmamış da olabilir. *İkinci* diğer bir kısım ma'dûm ise karpuz tarlalarında olgunlaşmaya kadar bırakmak gibi hükmü hakkında ihtilaf edilendir. Bu konu hakkında da iki görüş vardır. Bunlardan biri, toptan satışının caiz olduğudur.⁷ Müşteri örfteki uygulamaya göre olgunlaşanları kısım kısım toplar. Böylesi bir satım, olgunlaşması görülmeye başladıktan sonraki meyve satışı yerine geçmiş olur. Sahih olanı budur. Diğer görüş ise, bütün malların toptan değil de ancak parti parti satılacağıdır.⁸ Bu görüş şeriate ve örfeye uygun olmayıp, genelde tatbiki imkânsızdır. Mümkün bile olsa çok zordur. Satılan ile yeni yetişenin birbirine karışması ve müşterinin büyük ve iyi olanları tercih etmesi satıcının hoşuna gitmeyip aralarında bir çekişmeye sebebiyet verebilir. Meydana geldikçe satışını caiz görenler, kısım kısım satış sebebiyle ortaya çıkacak zorluk ve imkânsızlığı bertaraf etmek için mahsulü kökü ile satılmasını öngörürler. Bunun da akit ve uygulama açısından yeri yoktur.

Üçüncüsü, elde edilip edilemeyeceği bilinmeyen, satıcı tarafından elde edileceği garanti edilmeyen ve müşteriyi zarara sokabilecek ma'dûmdur. İşte

⁶ İbnü'l-Kayyim'in cevazında ittifak bulunduğu yönündeki ifadesinin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü İslam hukukçularının ekseriyeti meyvelerin tamamen olgunlaşmadan satılmalarını caiz görmemektedirler. İmam Malik, İmam Muhammed, daha sonraki müctehitlerden Hulvânî ve Ebû Bekir Muhammed b. Fadl el-Buhârî gibi bazı İslam hukukçuları bu konunun cevazına kail olmuşlardır. Bkz. Kâsânî, *a.g.e.*, V, 184; Zeylâî, *Tebyînu'l-hakâik*, Beyrut, ts., IV, 12; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, Bulak 1315, V, 105; İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, Beyrut 1409/1988, II, 152; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, Kahire 1951, II, 7; Senhûrî, *Mesâdir*, III, 30; Bedran, *a.g.e.*, s. 424; Musa, *a.g.e.*, s.307.

⁷ İmam Malik gibi hukukçular bu tür satışları caiz görmektedirler. İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 157; Senhûrî, *Mesâdir*, III, 29-30.

⁸ Hanefiler karpuz ve patlıcan gibi kısım kısım meydana gelen mahsulün olgunlaşanları için akdi caiz görürler. Fakat henüz meydana gelmeyen satışını caiz görmezler. Bkz: Serahsî, *el-Mesûl*, XII, 197; Kâsânî, *a.g.e.*, V, 139. Şafî ve Hanbeliler de aynı görüştedirler. Bkz: Senhûrî, *Mesâdir*, III, 28.

bunun satışını hukuk ma'dûm olmasından değil, garar olmasından dolayı yasaklamıştır. Hakim b. Hizam (ö.54/673) ve İbn Amr (ö.65/684) hadisinin kapsamındaki yasaklama şekli de bundan biridir. Çünkü satıcı mülkünde olmayan ve teslimine gücü yetmediği ama (çarşı-pazardan) elde ederek müşteriye teslim etmek üzere bir şeyi satınca her iki tarafın da böyle bir akde ihtiyaçları olmadığından tıpkı zarar ve ziyan içeren bir şeye benzemiş olur. Hayvanın karnındaki yavrunun ileride doğuracağı yavrusunun (habelü'l-habele) satışı da böyledir.”⁹

Ma'dûmun kapsamını belirlemede örneklendirme suretiyle yapılan bu izahın birinci bölümü selem türü satışları; ikinci bölümü kısmî ma'dûmiyeti yani mevcuda tabi olarak satılan ma'dûmu; üçüncü bölümü de aldatmanın söz konusu olduğu ve teslimi kesin olmayan zarar ve ziyan içeren ma'dûmu ifade etmektedir.

Akitlerde tarafları anlaşmazlık ve ihtilafa sürükleyecek ve bir tarafın mutlak zararına olabilecek şeylerden kaçınılması gerekir. Akit mahalli olmaya elverişli mallar ile akde mahal olamayacak mallar, genel mahiyetiyle kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Akde mahal olamayacak mallar tespit edilerek bunun dışında kalan mallar genel çerçevede serbest bırakılmıştır. Akde mahal olmayan şeyler tespit edilirken mahallin varlık veya yokluğu üzerinde odaklanılmamış, öncelikle mevcut bile olsa mal olmaya elverişli olup olmadığı sonra da zarara sokmadan akdin hükmünü uygulamaya yani teslim ve tesellüme elverişliliği göz önünde bulundurulmuştur. Böylece mal kabul edilmeyip akdin gereğine uygun olmayan şeylerin satılması yasaklanmıştır.

İslam hukukunda zahiren mevcut olsa bile aranan nitelikleri taşımadığı için hukuken yok sayılan bir şey gerçekte de yok kabul edilmektedir.¹⁰ Müslüman için domuz, şarap, lâşe ve benzeri şeylerin satılması gibi ki bunlardan istifade yasaklanmıştır.¹¹

Mevcut olmadığı halde var gibi kabul edilip akde konu olan bir takım şeyler daha vardır ki satılmaları caizdir. İrtifa ve patent hakkının satılması gibi.¹²

Ma'dûmun mevcut olmayan, akit anında tamam olarak bulunmayan veya satıcının mülkünde olmayan ya da satın alındığı halde henüz teslim alınmamış şeyler için düşünülmesi mümkündür. Fakat satıcının mülkünde olmayan şeylerle satın alındığı halde henüz teslim alınmamış (kabzedilmemiş) şeylerin satılmaları genelde malın gayri mevcut (ma'dûm) oluşuyla de-

⁹ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakki'în*, Beyrut 1973, I, 399; a.mlf., *Zâdü'l-me'âd*, Mekke, ts., IV, 506-8.

¹⁰ Nitekim İbn Âşûr, bunu bir kaide olarak nakleder: “Şer'an (hukuken) ma'dûm olan hissen (maddeten) de ma'dûm gibidir.” İbn Âşûr, Muhammed et-Tahir, *Makâsîdû's-Şer'i'ati'l-İslamiyye*, Tunus 1978, s. 123.

¹¹ Bakara, 2/173; Maide, 5/3,90; En'âm, 6/145.

¹² İrtifa Hakkı: Telif hakkı, taksitlerin durak hakkı gibi mücerred haklar. Patent Hakkı: Kurulmuş ve markası tescillenmiş bir malın marka (isim) ile ilgili hakları.

ğil, teslimin imkânsız oluşuyla yorumlanarak hadisteki¹³ yasağın konusu ve derecesi hakkında farklı görüşler ileri sürülse bile¹⁴ bunun gaip olan aynın satışına hamledilmesi daha isabetli olacaktır.

Akde konu olan malın ayn değil de henüz teslim alınmadan veya satıcının mülküne girmeden satılan deyn bir mal olduğu düşünülürken gayri mevcut olması da düşünülerek ma'dûmun satışı kapsamına dâhil edilebilir. Mesela inşa edileceği yer belli olan bir binanın henüz inşaata başlanmadan arsa sahibi veya müteahhit tarafından tespit edilen dairesinin satılması ileride meydana gelmesi kesin veya mümkün olan ma'dûmun satışlarıdır. Daireyi satın alan müşterinin bunu üçüncü bir kişiye satması henüz teslim alınmamış ma'dûm malın satışına, arsa sahibi veya müteahhitten henüz satın alınmadığı halde zikredilen dairenin önce üçüncü bir şahsa satılıp sonra da arsa sahibinden veya müteahhitten satın alınarak üçüncü kişiye devredilmesi de mülkiyetinde olmayan ma'dûmun satışına misal verilebilir.

İslâm hukukçuları ma'dûmun sınırını belirlerken henüz mevcut olmayan, vücut bulmayan şeyleri ma'dûm kabul ettikleri gibi sonradan yok olma tehlikesi bulunan şeyleri de ma'dûm kapsamında değerlendirmektedirler. Hayvanın karnındaki yavrunun ileride doğuracağı yavrusunu satmak henüz vücut bulmayan ma'dûmun satışına, doğmamış hamlin satılması ile memedeki sütün satılmaları da yok olma tehlikesi bulunan ma'dûmun satışına örnek olarak verilebilir. Zira bunlar ma'dûm hükmünde kabul edilirler.¹⁵

Hadis-i şeriflerde medâmin (erkek hayvanın sulbündeki tohum), melâkih (dişi hayvanın karnındaki cenin veyahut embriyo), habelü'l-habele (hayvanın doğuracağı dişi yavrunun yavrusu), ortaya çıkmadan veya olgunlaşmadan önce meyve, dalgıcın bir seferlik dalmasıyla elde edeceği şeyler ile benzeri satışlar yasaklanmıştır.¹⁶ Bu tür satışların yasaklanması mahallin mevcut olmamasından değil tesliminin garanti edilemeyeşi sebebiyledir.

Neticede satılması yasak olsun veya olmasın, ma'dûmun kapsamına henüz vücut bulmadığı halde ileride mevcudiyeti ma'lum veya meçhul olan mallar ile bir kısmı mevcut olup ileride mevcudiyetinin tamamlanacağı bilinen veya bilinmeyen mallar dâhil olduğu gibi kişinin mülkünde olmayıp varlığı meçhul olan şeyler de girmektedir.

III- MA'DÛMUN KISIMLARI

Ma'dûmu, temelde tam ve kısmî olmak üzere iki bölümde inceleyebiliriz. Bu ayırım, akde konu olan şeyin akit anında kısmen de olsa var olup olmaması esas alınarak yapılmıştır.

¹³ “ لا تبع ما ليس عندك ” Yanında (mülkünde) olmayanı satma” Buhârî, “Büyü”, 55; Müslim, “Büyü”, 30, 32.

¹⁴ İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, IV, 507-510.

¹⁵ Kâsânî, *a.g.e.*, V, 138-139.

¹⁶ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 5/195-201.

1. Tam Ma‘dûmiyet

Tam ma‘dûmiyet akit anında bulunmayan mal kastedilmektedir. İster kıyemî ister misli (standart) olsun akit anında kısmen de olsa henüz vücut bulmamış mallar tam ma‘dûmiyeti oluşturur.

Akit anında var olmadığı gibi gelecekte de varlığı kesinlikle gerçekleşmeyecek olan ma‘dûmun satılması, hem İslâm hukuku hem de günümüz hukuk sistemlerine göre geçersizdir.¹⁷ Zira mevcudiyeti kesinlikle gerçekleşmeyecek şeylerin teslimi imkânsız olduğundan akdin hükmünü uygulamaya elverişli değildirler. Dolayısıyla akde konu olamazlar. Kısır olduğu kesinlikle bilinen bir hayvanın ileride doğuracağı yavrusunu satmak buna misal verilebilir.

Akit anında mevcut olmadığı halde ileride varlığı âdeten mümkün olan şeylerin satılması hukuken geçerli sayılmıştır. Çünkü bu tür akitlere ihtiyaç duyulmaktadır. *Selem* ve *istisna’* akitleri bunun en açık örnekleridir.

Ma‘dûm olduğu halde gelecekte var olacağı kesin bir kanaatle bilinen mallara; bitkisi yerin üstünde olup kendisi toprakta büyüyen havuç, patates, soğan, sarımsak, turp, pancar ve benzeri sebzeleri, çiçeğini döktükten sonra meyveye duran ağacın meyvelerini, abone olmak suretiyle sahip olunan dergi, gazete, ansiklopedi gibi yayınları, kampanya yoluyla satılan araba ve sair araçları, yapı kooperatiflerine üye olunarak sahip olunan daireleri, her yıl mutad olarak elde edilen balın kovandan çıkarılmadan önce satışını, hayvanların sütünün sağılmadan önce satışını misal olarak gösterebiliriz.

İslam hukuku, getirdiği hükümlerle kulların maslahatını temin etmeyi hedeflediği için güçlüğü kaldırılıp¹⁸ kolaylığın istendiğine¹⁹ işaret etmiştir. Önce yasaklandığı halde ihtiyaca binaen sonradan ruhsat verilen arâyâ satışı gibi akitler buna örnektir.

Cenab-ı Hakk’ın ayrıntıya gitmeden akitlere riayet edilmesini²⁰ istemesi, akitlerde asıl gayenin karşılıklı rıza ile akdin hükmünün uygulanmasına dikkat çekmesi de ilke olarak akit yapmayı serbest bırakarak insanlara geniş bir akit yapma hürriyeti tanıdığını göstermektedir.

Şayet bir hukuk sistemi yalnızca isimlendirilmiş akitlerin geçerliliğini tanıyor, bunların dışında kalan tasarrufların hukuki sonuçlar doğurmasını kabul etmiyorsa böyle bir sistemin gelişmesi ve zaman içerisinde ihtiyaca binaen oluşan meselelere çözüm getirmesi mümkün değildir. İslâm hukuku ise ilahi kaynaklı son hukuk olduğundan sözleşmeler konusunda da çözüm üreten, gelişmelere açık bir yapıya sahiptir.

¹⁷ Senhûrî, *Mesâdir*, III, 13.

¹⁸ Bakara, 2/185; Nisa, 4/28; Maide, 5/6; Hac, 22/78, Ahzab, 33/38.

¹⁹ Bakara, 2/185.

²⁰ Maide, 5/1.

Aslı mevcut olmadığı halde ileride mevcudiyeti kesin olan ma'dûmun satışına 'imal edilmemiş arabaların kampanya yoluyla satılması', 'yayımlanmamış kitap, gazete ve dergi gibi eserlerin abone yoluyla satılması', 'malların borsa ve ihale yoluyla satılması', 'henüz inşa edilmemiş bina dairelerinin kooperatif aracılığıyla üyelerine satılması'nı örnek verebiliriz. Bunlardan henüz inşa edilmemiş daire satışını ele alalım. Zira artık günümüzde henüz temeli bile atılmadan özellikleri ve teslim zamanı belli daireler maket üzerinden satılmaktadır.

Kooperatifler gerçek ve tüzel kişi ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet yolu ile sağlayıp en elverişli şartlarla karşılamak amacıyla eşit haklarla ve birlikte çalışmak arzusu ile kendi istekleriyle kurdukları değişir sermayeli, değişebilen ortaklı, sorumluluğu belirli tüzel kişiliğe sahip teşekküllerdir.²¹

Yapı kooperatifleri ortakların işbirliği ile ihtiyaçları olan meskenleri meydana getirmek amacıyla kurulan teşekküllerdir. Konut kooperatifleri olarak da adlandırılmaktadır.²²

Herkes sıhhi, rahat, kullanışlı ve ucuz bir eve sahip olmayı arzu eder. Maddi imkânsızlıklar nedeni ile kendi başına bir mesken sahibi olamayan kimselerin böyle bir imkâna kavuşması kooperatifler yolu ile daha kolay olabilir.²³ Bu tür kooperatifler arsa satın alır, üzerinde konut yaptırır. Yapılan konutların mülkiyetini ana sözleşmede yazılı esaslara göre ortaklarına aktarır.²⁴

Yapı kooperatiflerinin arsası üyelere ait olabileceği gibi bir başkasına ait olup kat karşılığı satın alınmış da olabilir. Her iki şekilde de müteahhitle anlaşılıp inşaat yaptırılmasına Türk Borçlar Hukuku'nda 'kat karşılığı inşaat sözleşmesi' veya genel adıyla 'eser sözleşmesi' denir.²⁵

Kooperatif aracılığıyla konut yapımı üyeler açısından bir şeyin satın alınmasından ziyade imal/bina edilmesi yani bir şeyin ortak olarak yaptırılmasıdır. Fakat arsa sahibi açısından arsa karşılığında henüz inşa edilmemiş ma'dûm bir malın elde edilmesidir.

Arsasını kat karşılığında veren arsa sahibi arsası karşılığında ma'dûm bir mal satın almakta veya peşin verdiği arsa karşılığında bedeli verisiye

²¹ Çevik, Orhan Nuri, *Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat*, Dördüncü bs., Ankara 1994, s. 119.

²² Çevik, a.g.e., 169.

²³ Çevik, a.g.e., 169.

²⁴ Çevik, a.g.e., 170.

²⁵ Bir eser meydana getirmek, imal etmek taahhüdünde bulunan kişi müteahhit ve bu eseri bir bedel yahut maddi bir değer karşılığında yaptıran kişi ise, iş sahibi olup, müteahhit ile iş sahibi arasındaki sözleşmeye de istisna akdi "Eser sözleşmesi" denir (Kostaloğlu, Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İkinci bs., İstanbul 1995, s. 3). Eser sözleşmesini Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi aynen şu şekilde tarif etmiştir: "İstisna" bir akiddir ki, onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."

olan ma'dûm bir şeye sahip olmaktadır. Bu akit trampa (malın mal ile değişimi) olarak düşünöldüğünde akdin konusu arsa veya ma'dûm mal olabilir. Fakat arsa sahibi öncelikle arsasını satıp değerlendirmeyi düşündüğünde arsa, akdin konusu olmaya daha elverişlidir.

Kişi veya kuruluşlar bağımsız olarak arsayı satın alıp proje doğrultusunda inşaat yaparak bu daireleri satabilir. Şirketleşme suretiyle yapılan bu uygulama ağır vergi külfeti getirdiği için kooperatifleşmeye gidilmektedir.

Ayrıca halk arasında "topraktan girme", "topraktan satın alma" diye tabir edilen bir tür satın alma şekli daha vardır. İnşaat sahibi, inşaatına başladığı binanın dairelerini -inşaatı tamamlayacak seviyede maddi güce sahip olmadığından veya daireleri hemen paraya çevirme düşüncesinden- satışa sunmakta, elinde sermayesi olup ileride konut sahibi olmayı tasarlayan müşteri de belirlenen kat ve cephedeki daireyi -henüz meydana gelmeden- dairenin tamamlanmış halinden daha ucuza satın almaktadır. Bina inşa edilmediği için sözleşme konusu ma'dûm bir mal olmasına rağmen sözleşmeye mahal olmaktadır.

Bu tür satışlara ihtiyaç duyulmaktadır. Yapılan sözleşmede daire için kullanılacak malzemelerin kalite ve markasına varıncaya kadar ayrıntılı olarak belirlenmesi, dairenin teslim zamanının tespit edilmesi ve bu hususların kayıt altına alınarak tarafların aldanmalarını önleyecek hukuken bağlayıcı niteliğe sahip evraklarla güven altına alınması gerekir. Bu esaslar dairesinde yapılan sözleşmeler geçerli ve bağlayıcı niteliktedir.

Elde edilip edilmeyeceği belli olmayan, satıcının temin edip müşteriye ulaştıracağına kanaat getirilemeyen ve bu sebeple müşterinin aldanma ihtimal ve endişesi bulunan sözleşmeler ise satışı yasaklanan ma'dûmun kapsamındadır.²⁶ Zira ihtimale binaen akit yapılamaz, geçersizdir. Yasaklamanın sebebi mahallin yokluğu değil, aldanma ihtimali bulunmasıdır.²⁷

Hadis-i şeriflerde satışı yasaklanan mallardan, İslâm hukukçuları tarafından ma'dûm kabul edilenler, varlığı ihtimalli olan veya teslim garantisi bulunmayan ya da sıfatı veya miktarı bilinmeyenlerdir. Hadislerdeki yasaklamanın asıl illeti; akdin kesin olmayan, şüpheli veya zara ve ziyana ihtimalli bir unsura ve bağlı bulunması anlamında garardır.²⁸ Garara neden olan şey ortadan kaldırıldığında ise akit geçerli olur.

Hz. Peygamber (s.a.s.) satıcının sahip olmadığı ve çarşı-pazardan temin edip-edemeyeceği bilinmeyen bir malın satışını yasaklamaktadır. Akdin hükmü mahallin müşteriye intikali ile gerçekleşir. Bu ise malın teslim garantisinin sağlanmasıyla olur. Teslimi garanti edilemeyen malların satışı müşte-

²⁶ İbnü'l-Kayyim, *Zâdü'l-me'âd*, IV, 507-508.

²⁷ Senhurî, *Mesâdir*, III, 42.

²⁸ Karaman, Hayrettin, *İslamın Işığında Günün Meseleleri*, İstanbul 1988, II, 296.

rinin aldanmasına, satıcının da haksız yere kazanç elde etmesine sebep olur.²⁹

Tarafların akit anında doğru beyanda bulunmaları gerekir. Satıcının mülkünde olmayan belli bir malı mülkündeymiş zannını vererek satması, başkasının mülkünde izinsiz tasarrufta bulunmasıdır ki böyle bir akit geçersizdir.³⁰ Bu yasak genelde muayyen/belli mallar için konulmuştur.³¹

2. Kısmî Ma'dûmiyet

Aslı olup da tamamı zamanla oluşan mallar için 'kısmî ma'dûmiyet' ifadesini kullanacağız. Bu, belli bir bahçe veya tarladaki ziraî ürünlerin bir kısmı belirlediği halde diğer bir kısmının henüz belirmeden tamamının satışa sunulması halidir.

'Efrâd-ı mütelâhik' özellikle kısmen olgunlaşan sebzeler için kullanılan bir tabirdir. 'Efrâd' ferdin çoğulu, olup 'mütelâhik' de ilave olan hemen ardından katılan demektir. Bu tabirle, bir kısmı olgunlaştığı halde diğer kısımları olgunlaşmayan hatta henüz çiçek haline bile gelmeyen mahsulün, olgunlaşan kısmıyla birlikte satılmaları kastedilmektedir.

Hz. Peygamber (s.a.s.) zamanında, insanlar henüz olgunlaşmamış meyve, sebze ve benzeri ziraî mahsulleri alıp satıyorlardı. Müşteri mahsulü elde ettikten sonra fiyatı düşürmek için 'meyve çürüdü, ermeden bozulup döküldü, hastalık dokundu' gibi itirazlarda bulunuyordu. Bu konuda insanlar arasındaki ihtilaf çoğalınca Hz. Peygamber (s.a.s.) onlara yol göstermek babından şu tavsiyede bulundu:

"Eğer bu tür alış verişi yapmaya devam ederseniz o zaman olgunlaşmadıkça meyveyi satmayınız."³²

Rivayet edilen hadisi şeriflerden Hz. Peygamber (s.a.s.) zamanında insanların bu türdeki alışverişi yaygın bir şekilde yaptıkları anlaşılmaktadır. Hz. Peygamber (s.a.s.) de önceleri buna müdahale etmemiş fakat müşterilerin şikâyetlerinin çoğalması üzerine meydana gelen ihtilafların giderilmesi için onlara yol gösterme, öğüt verme ve istişare kabilinden ürünlerini olgunlaşmadan satmamalarını tavsiye etmiştir.

Mahsulün olgunlaşmasının belirmesinden sonra satışı caizdir. Zira hadis-i şeriflerde meyvenin olgunlaşmadan önceki haliyle satılması yasaklanmakta, olgunlaştıktan sonra satılmasını yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Olgunlaşmanın ölçüsü ile ilgili de bazı farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Hanefîlere göre mahsulün olgunlaşması afet ve hastalıklardan

²⁹ Karadâvî, *a.g.e.*, s. 80-81; Hadisin farklı yorumları için bkz: Yunus, Refik, *Usûlü'l-İktisâdî'l-İslâmî*, Beyrut 1409/1989, s. 149-150.

³⁰ "Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın diğer bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir" *Mecelle*, md. 96.

³¹ Kardâvî, *a.g.e.*, s. 80-81; Yunus, *a.g.e.*, s. 149-150.

³² Buhârî, "Büyü", 85; Ebû Dâvûd, "Büyü", 22; Miras, Kamil, *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Terceme ve Şerhi*, Ankara 1984, VI, 497.

emin olma halidir.³³ Cumhura göre ise mahsulün lezzetlenme alametinin ortaya çıkmasıyla olgunlaşma gerçekleşir.³⁴

Hanefilerle cumhurun görüşünü ihtiva edip ikisini birlikte zikreden hadis-i şerifler de mevcuttur.

Bunlardan birisi İbn Ömer'den gelen Hz. Peygamber (s.a.s.)'in meyvesi olgunlaşmıncaya kadar hurmayı, danesi beyazlaşıp afetten zarar görmez hale gelinceye kadar başağı satmayı yasakladığı³⁵ yönündeki rivayettir.

Hanefilerle cumhurun kanaatlerine delil olan ifadelerin aynı hadis içerisinde mevcut olması, neticede her iki görüşün de aynı maksatta birleştiğini gösterir ki o da afetten emin olma ve olgunlaşma alametinin ortaya çıkmasıdır.³⁶

Bu satış şekli Hz. Peygamber (s.a.s.) döneminde olduğu gibi günümüzde de ticarî hayatta ihtiyaçtan dolayı uygulanmaktadır. İnsanların ihtiyaç duydukları ve maslahatlarına uygun olan hiç bir akit kanun koyucu tarafından yasaklanmamıştır. Cenabı Hak iyiliği emredip kötülüğü de yasaklayarak insanları yaşantı ve adetlerinde maslahatlarına uygun olan hususlarda serbest bırakmıştır.³⁷

Özellikle zirai ürünlerden ve gelişimlerinden anlayan, tecrübe sahibi olan müşteri konumundaki tüccar, henüz toprakta iken ürünün ne kadar vereceğini tahmin edebilmekte, asla zarara uğrayacak bir sözleşme yapmamaktadır. Sadece ürün bazen beklentinin altında olabilmekte, kârdan zarar edebilmektedir. Bu ise gerçek zarar değil, kârın daha az olmasıdır. Müşterinin 'zarar ettim' iddiasıyla bahçe sahibine müracaat ederek fiyatı düşürmeye çalışması çok isabetli olmayıp hukuken böyle bir hakka sahip değildir. Fakat böyle bir müracaatta bahçe sahibinin kolaylık göstererek fiyattan indirim gitmesi ise ahlakî bir erdemdir, tavsiye edilebilir. Fakat hukuken indirim gitmesi zorunlu değildir. Hâlbuki müşteri bahçeden beklediğinin üzerinde mal elde edip kârını katladığında bahçe sahibine fazladan para verme teklifinde bulunmamaktadır. Bu durumda bahçe sahibi için fazladan hak isteme gibi bir husus da gündeme gelmemektedir. Hâlbuki sözleşmeler her iki tarafın menfaati gözetilerek yapılır.

IV- MA'DÛMUN SATIŞI

İslâm hukukunda akitlerin geçerliliği için konulmuş bir takım prensipler vardır. Bunlar tarafların akitten bekledikleri neticeyi yerine getirmeyi, aldatma ve aldanmadan uzak tutmayı, haksız yere başkasının malını yemeye

³³ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, 5/102; Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 491.

³⁴ İbn Kudâme, *a.g.e.*, IV, 102; Sübkî, *Tekmilatü'l-Mecmû'*, XI, 440.

³⁵ Müslim, "Büyü", 50; Ebû Dâvûd, "Büyü", 22.

³⁶ Mahsulün olgunlaşma alameti hakkında teferruatlı bilgi için bkz. Osman, Muhammed b. Raşid b. Ali, *Bey'u'l-Akâr ve's-simâr fi'l-fikhi'l-İslamî*, Beyrut 1414/1994, s. 265-270; Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 490 vd.

³⁷ İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-'akd*, s. 226, 229.

mâni olmayı ve insanlar arasında çıkabilecek çekişmeyi engellemeyi sağlayan şartlardır.

1. Ma'dûmun Satışının Geçersiz Görülmesi

Ma'dûmun satışını batıl kabul eden İslâm hukukçuları temelde garardan uzak kalma fikri üzerinde odaklanmışlardır. Çünkü onlara göre akit anında mevcut olmayan mahal akdi hükümsüz kılan garar kapsamındadır.³⁸

Garar satışı gerçekleşip, gerçekleşmeyeceği bilinmeyen, sonu meçhul şeyler³⁹ ile varlığı yahut sınırı muhakkak olmayan ihtimalli şeylerin satışudur. Gararda onu kumara benzetecek bir çeşit risk ve aldatma söz konusudur. Satışı iptal eden garar, varlık ile ilgili olandır. Bu da var olup olmaması muhtemel olan her şeydir. Vasfa dair garar ise satışı ifsad eder.⁴⁰ Ancak her ma'dûm malın satışı garar prensibine dâhil edilemez. Zira akit anında ma'dûm olsa bile gelecekte varlığı normalde gerçekleşecek olan akit mahallinin, selem, ıstısnâ' icâre, müsâkât, müzâra'a, arâyâ, kitâbet ve benzeri akitlerle satılması veya akde mevzu olması mümkün ve caiz görülmüştür.⁴¹

Hadis-i şeriflerde ceninin, sağılmadan önce sütün, kaçak kölenin, taksim edilinceye kadar ganimet hissesinin, teslim alınıncaya kadar sadakaların ve dalgıcın dalması neticesinde çıkaracağı şeylerin satışını yasaklanmaktadır.⁴² Satışı yasaklananlardan bir kısmı dalgıcın çıkaracağı şey gibi mevcut olmayan, bir kısmı mevcut olsa da taksim edilmemiş mal gibi henüz ayn halini almayan, bir kısmı da kaçak köle gibi mülkiyette olduğu halde gaib olan, bir kısmı ise cenin gibi ma'dûm olan maldır.

Kaçak kölenin satılması, teslimi imkânsız olduğundan garar ihtiva etmemektedir. Taksim olunmamış mallar ile elde edilmemiş sadakaların (zekât) satılması, kişinin yanında (mülkünde) olmayan şeyin satışına dâhildir ki şüphe ihtiva eden garardır. Dalgıcın çıkaracağı şeyi önceden satması da açık bir aldatmadır; çünkü ne çıkaracağı ve gerçekten bir şey çıkarabileceği kesin değildir.⁴³

Hayvanın sırtındaki yünün kırılmadıkça yeniden büyüyecek kısmıyla karışması tehlikesinden henüz sağılmayıp memede bulunan sütün gerçekte var olup olmadığının (ma'dûm) bilinmemesinden, sütün içindeki yağın hem ne kadar olduğunun bilinmemesi hem de yağın o anda mevcut olmayıp teslim edilememesinden satışı yasaklanmıştır.⁴⁴

³⁸ Şîrâzî, *a.g.e.*, I, 262; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V, 244; Senhûrî, *Mesâdir*, III, 14, 31; A. Saleh, *a.g.e.*, s. 67.

³⁹ Tirmizî, "Büyü'", 17, Nesâî, "Büyü'", 27; Dârimî, "Büyü'", 20, 29; Serahsî, *a.g.e.*, XII, 194.

⁴⁰ Zerkâ', Mustafa Ahmed, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedîd*, Dimaşk 1967-8, I, 97.

⁴¹ Abdülkadir, Abdurrahman Muhammed, *el-Vasît fî 'akdi's-selem fî'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1414/1993, s. 46.

⁴² İbn Mâce, "Ticârât", 24.

⁴³ İbnü'l-Kayyim, *Zâdû'l-me'âd*, IV, 522.

⁴⁴ Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, IV, 158.

Hız. Peygamber (s.a.s.) beyu'l-muâveme (bey'u's-sinîn) satışını yasaklamıştır.⁴⁵ Yasaklanan bu satış akit anında mevcut olmadığı gibi ileride de vücut bulması kesin olmayan ma'dûmun satışı kapsamında değerlendirilebilir. Çünkü bu şekilde yapılan satıştaki mahal ma'dûm için yaptığımız tarife uygundur.

Bahçenin meyvelerini birkaç yıllığına satmak, gelecek senelerde ağaçların çiçek açıp açmayacağına bilinmemesi ve afetler sebebiyle ağaçların heder olup hiç meyve verememesi gibi tehlikelerden dolayı müşteriye akit mahallinin teslim edilememesi ihtimali olduğundan aldanmayı muhtemel kılar.

Sonradan ortaya çıkabilecek nizam önlenmesi maksadıyla getirilen bu yasağın temelinde her ne kadar akit mahallinin mevcut olmaması ve ileride mevcudiyetinin şüpheli olması durumu varsa da asıl illet mahallin teslim edilememesinden kaynaklanan garardır.

Ayrıca bahçenin meyvelerinin birkaç yıllığına satılması şeklinde bir uygulamaya ihtiyaç olmadığından uygulama örfte bulunmamaktadır. Aldanma ihtimali bey'u's-sinîn akdinde yüksek olduğundan yasaklanmıştır. Efrâd-ı mütelâhik denilen şeylerin satışlarında ise aldanma ihtimali azdır ve bu yüzden satışların geçerliliğini savunan hukukçularımız bulunmaktadır.

Çok aldanmaya engel olunamayan hususlarda bazen az aldanmaya göz yumulabilir.⁴⁶ Bu müsamahaya, insanların maslahatlarını gözetme esastan hareketle varılmıştır.

Teslim alınmamış malın satılmaması genelde malın bulunmayışı ile ilgili değil, tesliminin imkânsız oluşuyla ilgilidir. Hadis-i şeriflerde akit mahallinin teslim alınmadan bir başkasına satılmasını yasaklamaktadır.⁴⁷ İslâm hukukçuları hadis-i şerifteki 'yanında olmayan' ifadesini genelde 'mülkünde olmayan' şeklinde anlamışlardır.⁴⁸ Hadis-i şerifin ravisi Hâkim b. Hizâm Hız. Peygamber (s.a.s.)'e, sahibi olunmayan bir malın satıldıktan sonra pazardan temin edilerek müşteriye ulaştırılmasının hükmünü sorunca, Hız. Peygamber tarafından yasak olduğu ifade edilmiştir. Bu olay 'yanında olmayan' ifadeindeki maksadın 'mülkünde olmayan' şey olduğunu ispat etmektedir. Yasaklamanın illeti ise mahallin akit anında teslim edilememesinden kaynaklanan aldanmadır. Zira satıcı henüz sahip olmadığı halde sattığı malı, pazarda istenilen evsafa bulamayabileceği gibi müşteri de satıcıya malı temin edecek müddeti vermeye razı olmayabilir.

Yanında olmayan malın satılmaması aslında genel bir ifadedir. Bunun içine mülkiyetinde olmayan mal girdiği gibi yanında olmayıp henüz mevcut olmayan ma'dûm mallar da girebilir. Fakat hadisin vürut sebebi de göz önü-

⁴⁵ Müslim, "Müsâkât", 17; İbn Mâce, "Ticârât", 33; Ebû Dâvûd, "Büyü", 23; Nesâî, "Büyü", 30; Mâlik, *el-Muvatta'*, "Büyü", 16; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, III, 309.

⁴⁶ Serahsî, *a.g.e.*, XII, 196.

⁴⁷ Buhârî, "Büyü", 55; İbn Mâce, "Ticârât", 20; Ebû Dâvûd, "Büyü", 70; Tirmizî, "Büyü", 19.

⁴⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, V, 147; Darîr, *a.g.e.*, s. 319-320.

ne alınacak olursa yasaklamanın sınırına ma'dûmun satışının dâhil olmadığı anlaşılır.

Mecelle de sorumluluğu üstlenilmemiş malın satılamayacağı esasını kabul ederek kanunlaştırma yapmıştır.⁴⁹ Nimet-külfet dengesinin sağlanabilmesi için kişinin sorumlu tutulduğu şeyden istifade hakkının da tanınması gerekir. Bir maldan kâr etmek isteyen o malın sorumluluğunu da üstlenir. Aksi takdirde elde edeceği kâr meşru değildir. Bir malın sorumluluğunun üstlenilmesi ise o malın mülkiyete geçmesi ile gerçekleşir.

Hayvanın doğmamış yavrusunun yavrusunu veya bir malı bu vadeyle satmak batıldır. Zira yavrunun yavrusu mal değildir, akde konu olamaz. Bu sebeple de akdin hükmünü uygulamaya müsait değildir. Çünkü yok olan bir şey teslim edilemez. Teslimi mümkün olmayan şeylerle de akit gerçekleşmez. Teslimin gerçekleşmediği bir akit mutlak aldanmayı ifade eder.

Erkek hayvanın sulbündeki yavru (medâmin) ile dişinin karnındaki cenin veya henüz cenin halini almamış döl suyunun (embriyo) satılması, mal olmadıklarından yasaklanmıştır. Böyle bir satıştan insanların karşılıklı olarak elde edeceği bir fayda yoktur. Ayrıca dişi hayvanın gebe kalıp kalmayacağı bilinmediği gibi, erkek hayvanın suyunun da döllemeye uygunluğu bilinmemektedir. Hayvanların döllemeye veya döllemeye uygun oldukları bilinse bile neticede yeni bir yavrunun yaratılıp, vücut bulacağı kesin değildir.

Medâmin ve melâkih satışlarının yasaklanmasının illeti, ma'dûm oluşları itibariyle değil, mal olarak kabul edilmemeleri ile birlikte, teslim edilme imkân ve garantilerinin olmamasından kaynaklanan garardır.

Hadis-i şeriflerde sağılıp ölçülünceye kadar memedeki sütün satışı yasaklanmıştır. Memede sütün bulunup bulunmadığı bilinmediğinden, ma'dûm kabul edilir. Memedeki süt satılacak olursa miktarı ve niteliği bilinmeyen bir şey satılmış olur. Şişkinlik bazen memelerin dolu olduğu intibaini verebilir ve sütün asıl miktarı bilinemez. Yine memedeki süt bir kerede değil de yavaş yavaş toplandığından akit anında satılan süte sonradan toplanacak sütün karışması mümkün olup artık satıcının mülkü ile müşterinin satın aldığı kısım birbirine karışarak gerçek miktarın bilinmesine engel olur. Bu da teslimden acizliği ifade eder. Ayrıca memede bulunan sütün niteliği de tespit edilemez. Süt saf veya bulanık olabileceği gibi yağlı veya su oranı yüksek de olabilir.⁵⁰

Memedeki sütün satılması hakkında İmam Malik farklı kanaate sahiptir. O'na göre tek bir koyundan değil de aralarında farklılık bulunmayan otlaklarda yayılan koyunların memesindeki sütü, ne kadar süt verdiği bilindiği

⁴⁹ *Mecelle*, md. 87-88 "Mazarrat menfaat mukabelesindedir. Yani bir şeyin menfaatine nail olan, onun mazarratına mütehammil olur", "Külfet, nimete ve nimet külfete göredir."

⁵⁰ Serahsi, *a.g.e.*, XII, 194; Zuhayli, *a.g.e.*, 4/428.

takdirde belli günler süresince -küçük çocuğa içirmek için süt annenin sütünde olduğu gibi- satmak caizdir. Çünkü genelde insanlar belli günler dâhilinde olması şartıyla bu konuda müsamahalı davranırlar.⁵¹

Kaçak hayvanın satışı ma'dûm olarak değil de teslimi mutlak veya nisbi olan istihale kapsamında değerlendirilmelidir.

Taksim edilmemiş ganimet mallarının satılmasının yasaklanması, ma'dûm olduklarından değil de satıcının hissesine hangi kısmın düşeceğinin bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü taksim edilmemiş bile olsa ganimet mallarının tümü ortada hazır bulunmaktadır.

Dalgıcın dalması neticesinde çıkaracağı şeyin satılması ise; konusunun, cinsinin, türünün, sıfatının, miktarının ve neticede teslim edilip edilemeyeceğinin bilinmemesinden kaynaklanan garar satışıdır.

Hadis-i şeriflerde yenilir hale gelmedikçe meyvenin, kırılmadıkça hayvanın sırtındaki yünün ve yağılıp sütünden ayıklanmadıkça yağın satışı yasaklanmıştır.

Hayvanın sırtındaki yün, ma'dûm değil ortada mevcut bir maldır. Kırılmadan satılmasına yasaklık getirilmesi, teslimde ortaya çıkan acizlik ve güç yetirememedir. Çünkü yün devamlı olarak kökünden büyür. Akit esnasında var olan kısmın daha sonra büyüyecek kısımla karışmasından dolayı taraflar arasında anlaşmazlık çıkabilir. Bundan dolayı satılması hadisle yasaklanmıştır.

İmam Malik'e göre yünün koyun sırtında satılması sahihtir. Ancak hemen kırılması gerekir. Çünkü yün, görülen bir şeydir ve teslimi mümkündür. Hanbelîlerden de benzer bir hükme vardıklarına dair rivayetler bulunmaktadır.⁵²

Hadis-i şerifle yağılıp sütünden çıkarılmadıkça yağın satışı da yasaklanmıştır. Çünkü sütün içinden ne kadar yağ çıkacağı bilinmemektedir. Yağ süttten ayrılmadığı için ma'dûm kabul edilir.

2. Ma'dûmun Satışının Geçerli Görülmesi

Henüz mevcut olmadığı halde nasslarla satışı geçerli görülen mallar da bulunmaktadır. Ayet-i Kerîme ve hadis-i şerifler -mevcut veya ma'dûm olsun-satışını yasakladığı veya cevaz verdiği şeylerin illetini, varlık veya yokluğa bağlamamıştır. Satılması yasaklanan şeyler kapsamına mevcut olmayan mallar girebildiği gibi bir kısım mevcut olmayan mallar da girmektedir.

Ma'dûmun satılabileceğine Kur'an-ı Kerîm'den müdayene ayeti ile süt anne tutulmasını mümkün kılan ayetleri delil olarak sunacağız.

⁵¹ Zuhayli, a.g.e., 4/427-428.

⁵² Zuhayli, a.g.e., 4/428-429.

Müdayene ayetinde Cenab-ı Hak şöyle buyurmaktadır:

“Ey iman edenler! Belli bir müddete kadar borçlandığınızda borcunuzu yazın.”⁵³

Ayet-i Kerîme, borçlanma suretiyle de akit yapılabileceğine işaret ederek borçlanmayı (deyn) mubah kılmıştır. Deyn ortada bulunmayan, zimmette sabit hükmî borç veya maldır. Deyn altın, gümüş, para ve benzeri nakitler olabileceği gibi bunlardan başka ölçülüp tartılabilen misli mallar da olur. Deyn biriktirilemediğinden (iddihar) hakikî mal değil, hükmî maldır. Hükmî mal olması, gelecek zamanda teslim alınabilir olmasından ileri gelmektedir. Mesela, satın alma ve kiralama gibi bir akit sebebiyle zimmete taalluk eden belli miktardaki misli mal veya nakitler deyndir. Bunların belirlenmiş ve ortada olup olmaması önemli değildir. Ayrıca zimmete taalluk etmemiş bile olsa mevcut ve belirli olmayan şeyler de deyn kabilindedir. Bir başka ifade ile deyn, borçlunun ödemeyi taahhüt ettiği ve zimmetinde sabit olan nakit borcu veya misli (standart) mal borcudur. Yani deyn alacaklının, borçlunun zimmetinde bulunan nakit alacağı veya misli-hükmî mal alacağıdır. Bu sebeple alacaklı deyn üzerinde bazı tasarruflarda bulunabilir. Çünkü deyn, bir yönden alacaklının mülkiyetinde sayılır. Mesela, alacaklı borçlusundaki deyni ona bağışlayabilir, onu deynden ibrâ edebilir.⁵⁴

Ayet-i Kerîme selem akdinin meşruiyetine de delildir. Çünkü selem akdindeki borçlanma, zimmete taalluk eden deyndir. İbn Abbas'a göre de ayeti kerime ile belli bir vakte kadar yazılması istenilen şey, selem akdinden kaynaklanan deyndir.⁵⁵ Selem akdi Mecelle'nin de tarifıyla müeccele (veresiye), muaccele (peşin) satmak yani peşin para ile veresiye mal almaktır.⁵⁶

Hanefî, Mâlikî, Şafiî ve Hanbelî hukukçularının ekseriyetine göre selem, satıcının mülkünde bulunmadığı gibi akit anında mevcut da olmayan deyn bir malın satışı olduğu için kıyas ve genel esasların hilafına kitap, sünnet ve icma ile meşru kılınmıştır.⁵⁷

Selem satışının, mahallin akit anında mevcut olmaması sebebiyle batıl akitlerden kabul edilmesi gerekirdi. Çünkü İslâm hukukçularının ekseriyeti akit anında bulunmayan mahallin satışını batıl saymaktadır.

Aslında her iki akdın mahalli zimmette sabit deyn olduğu için temelde birbirine benzemektedir. Ayrıca hukukçuların çoğunluğunun selemi yapılan şeyin ma'dûm bir mal olduğunu ve bu yüzden satılamaması gerekirken kıyas muhalif olarak meşru kılındığını söylemeleri de selem akdinde mahallin

⁵³ Bakara, 2/282.

⁵⁴ Atar, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 1990, s. 53.

⁵⁵ Serahsi, *a.g.e.*, XII, 124.

⁵⁶ *Mecelle*, md. 123.

⁵⁷ Serahsi, *a.g.e.*, XII, 124; Zuhayli, *a.g.e.*, IV, 599; İbn Hamid, Salih b. Abdillâh, *Ref'u'l-harac fi Ş-Şeri'ati'l-İslâmiyye*, Daru'l-İstikame 1412, s. 306; Cezîrî, Abdurrahman, *Kitabu'l-Fıkh 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a*, İstanbul 1408/1988, II, 304.

ma‘dûm olduğunu isbat etmektedir. Ayet-i Kerime selem akdinin meşruluğuna delil olduğu gibi bazı şartlar dâhilinde ma‘dûm malın satışının meşruluğuna da delildir.

Ayet-i Kerimelerde sütanne tutulması caiz kılınmakta, babaya çocuğun emzirme masrafı yüklenmektedir.

“Evlâdınızı başkasına emzirtmek isterseniz vereceğiniz emzirme ücretini ma‘ruf şekilde teslim ettiğiniz takdirde yine size bir günah yoktur.”⁵⁸

“Boşamış olduğunuz kadınlar sizin için emzirirlerse onlara ücretlerini verin. Aranızda uygun bir şekilde anlaşın. Eğer (çocuk emzirtme hususunda aranızda ihtilaf ortaya çıkar ve) güçlüğe düşerseniz çocuğu bir başka kadın emzirir.”⁵⁹

İslâm hukukçuları ayet-i kerîmeden hareketle bir çocuk için ücret karşılığında sütanne tutulabileceği hususunda ittifak etmişlerdir.⁶⁰

Ma‘dûmun satışını batıl sayan İslâm hukukçuları buna memedeki sütün satışını da misal olarak verirler.⁶¹ Çünkü hayvanın memesindeki sütün satışı hadisle yasaklanmıştır.⁶² Yasaklamanın illetini sütün ma‘dûmiyeti olarak kabul ettiklerinden, sütannenin sütü için kiralanmasını da ma‘dûmun satışı olarak görmektedirler. Zira onlara göre icare akdi, menfaatin akit anında bulunmaması sebebiyle ma‘dûmun satışıdır. Ancak, kıyasın hilâfına geçerli kabul edilmiştir.⁶³

Sütanne tutulmasının meşruluğu Kitap, sünnet ve icmâ ile sabittir. Süt anne tutulmasında her hangi bir aldanma endişesi bulunmadığı gibi aksine süt anne kiralanması menfaatin kiralanmasından daha açıktır. Çünkü süt ardı ardına gelen muayyen şeylerdendir.⁶⁴

Süt anne tutulmasıyla kiralayan kişi hemen akitten sonra menfaatten istifade etmekte, mebi‘i kısım kısım teslim almaktadır. Bu da olgunlaştıktan sonra kendinden faydalanılır hale gelmiş meyvenin satışı gibidir. Nass varlığı adeten mümkün olan şeylerin henüz meydana gelmeden satılmalarına, ihtiyaç duyulduğu takdirde cevaz vermiş, icma da bu doğrultuda meydana gelmiştir.⁶⁵

Süt annenin sütü miktarı ve besleyiciliği bilinmeyen ma‘dûm bir maldır. Ayet-i kerimeler hastalık ve anneden ayrılık gibi sebeplerden dolayı annesinin sütünü alamayan çocuğun beslenmesini temin etmek için babaya sütanne tutma emrini vermiştir. Süt annenin sütü hakikaten ma‘dûm olmak-

⁵⁸ Bakara, 2/233.

⁵⁹ Talak, 65/6.

⁶⁰ Bilmen, *a.g.e.*, VI, 211, 216.

⁶¹ Serahsî, *a.g.e.*, XII, 194; Senhûrî, *Meşâdir*, III, 51-52; Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 427.

⁶² İbn Mâce, “Ticârât”, 24; Şevkânî, *Neylû ‘l-evtâr*, V, 158.

⁶³ İbn Teymiyye, *el-Kiyâs fi ‘ş-Şeri‘ati ‘l-İslâmiyye*, Kahire 1385, s. 22.

⁶⁴ İbn Teymiyye, *Nazarîyyetü ‘l-‘akd*, s. 230.

⁶⁵ İbn Teymiyye, *Nazarîyyetü ‘l-‘akd*, s. 232.

la beraber varlığı adeten mümkün olup satılmasına ihtiyaç duyulduğu için bu akit meşru kılınmıştır. Bu sebeple ayet-i kerimeler müdâyene ayetinde de olduğu gibi ma'dûm olan bir şeyin belli şartlar dâhilinde satılmasının caiz olduğuna delildir.

Ma'dûmun satılabileceğine sünnetten delil olarak 'selem', 'ıstınsa', 'arâyâ' ve 'meyvesini istisna ederek ağacın satılması'nı örnek olarak verebiliriz.

Hz. Peygamber (s.a.s.) Medine'ye hicret edip halkın iki-üç yıllık vadeyle hurmada selef (selem) muamelesi yaptığını görünce şöyle buyurdu:

“Kim hurma (gibi bir mal) da selef (selem) yaparsa belli ölçek, belli tartı ve belli müddete kadar yapsın.”⁶⁶

Selem akdi ile satıcının mülkünde bulunmayıp mevcut da olmayan bir malın satışı yapıldığı için malın mevcut ve mülkiyette olması esaslarına aykırı kabul edilerek yasaklanması gerekirken insanların ihtiyaçlarına binaen müdâyene ayeti ve ilgili hadislerle meşru kılınmıştır.

Hz. Peygamber (s.a.s.)'in gümüş yüzük ve mescidin minberini sipariş ederek (ıstınsa' akdi ile) yaptırdığı nakledilmiştir.⁶⁷

“Enes b. Malik (r.a.)'ten rivayet edildiğine göre Hz. Peygamber (s.a.s.) Acemlere mektup yazmak istediğinde kendisine:

—Acemler, üzerinde mühür olmayan mektubu kabul etmezler, dediler. Bunun üzerine Hz. Peygamber (s.a.s.) gümüşten bir yüzük yaptırdı.”⁶⁸

İstınsa' akdinin, müslümanların asırlardan beri ihtiyaç duyarak uyuyla geldikleri akitlerden olduğu ve genelde kabul gören örf ve teamüllerin delil olabileceğini ifade eden hadislerden⁶⁹ hareketle geçerliliğine hükmedilir. Halbuki istınsa' bedellerin her ikisinin de ma'dûm kabul edilmesine uygun bir akittir.

Sadece mebî'in mevcut olmadığı akitler bile ma'dûm kapsamında kabul edilerek satışı batıl sayılırken hem semen, hem de mebî'in ma'dûm olduğu istınsa' akdine evleviyetle cevaz verilmemesi gerekirdi. Cevaz verilmesi sebebinin mal ile beraber emeğin de akit mahalline dâhil edilmesi olduğu ifade edilmesidir.

İbn Ömer'den rivayet edilen bir hadis-i şerifte, Hz. Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmaktadır:

⁶⁶ Buhârî, “Selem”, 1, 2, 7; Müslim, “Müsâkât”, 127, 128; Ebû Dâvûd, “Büyü”, 55; Nesâî, “Büyü”, 63; İbn Mâce, “Ticârât”, 59; Tirmizî, “Büyü”, 68.

⁶⁷ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V, 355; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 656; Tenâgu, *a.g.e.*, s. 122.

⁶⁸ Müslim, “Libâs”, 56-8; İbn Mâce, “Libâs”, 39.

⁶⁹ “Ümmetim Sapıklık üzere birleşmez” İbn Mâce, “Fiten”, 8; Ebû Dâvûd, “Fiten”, 1; İbn Abbas'tan mevkuf olarak rivayet edilen bir hadis-i şerifte şöyle buyrulmuştur: “Müslümanların güzel gördükleri şeyler, Allah katında da güzeldir” Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I, 379; Zeylâî, *Nasbu'r-râye li-ehâdîsi'l-Hidâye*, Beyrut 1407/1987, IV, 133.

“Her kim aşılanmış bir hurmalık satarsa (o yılki) meyvesi satana aittir. Meğerki müşteri (meyvenin da kendisine ait olmasını) şart koşmuş ola.”⁷⁰

Kûfe âlimleri hadisi şeriften hareketle aşılanmış ağacın henüz renklenmeyen (olgunlaşmayan) meyvesinin satışına cevaz vermişlerdir.⁷¹

Müşteri meyvelerin kendisinin olması şartını koşmuş olmasaydı meyve satıcının olacaktı. Aşılanmış meyvelerin olgunlaşmaya kadar ağaçta bırakılması, müşterinin satın aldığı mala hemen değil de bir müddet sonra sahip olacağını ifade etmektedir. Bu ise ortada mevcut aynı malın akitten sonra tesliminin geciktirilmesi veya satıldığı halde satıcı tarafından bir müddet daha istifade etmek için alıkonmasıdır.

Ayrıca aşılanmış meyveleri istisna ederek ağacının satılması, olgunlaşmadan önce meyvenin satışını yasaklayan hadislere aykırıdır. Çünkü bu hadis-i şerif olgunlaşmadan önce ve sonra meyvenin satılabileceğine işaret etmektedir.⁷²

Ebû Hanîfe aşılanmış ağaçların meyvesinin şart koşulsun veya koşulmasın, satıcının hakkı olduğunu fakat müşterinin hemen toplaması gerektiğini söyler. Olgunlaşmaya kadar ağaçta bırakılmasını şart koşarsa akit fasit olur.⁷³

Hadis-i şerif olgunlaşmasına bakılmaksızın şart koşulduğu takdirde meyvelerin müşterinin hakkı olduğunu açıkça belirtmektedir. Bu da olgunlaşmamış meyvelerin satım akdine konu olabileceğine delildir.

Arâyâ, müzâbene satışından sünnetle istisna kılınmıştır. Hz. Peygamber (s.a.s.) ağaç üzerindeki hurmayı kuru hurma mukabilinde satmayı (muzâbene) yasaklayarak arâyâ satışına ruhsat vermiştir.⁷⁴

Ebû Dâvûd (ö.275/888) Sünen'inde ariyyenin tefsiri babından şu iki riwayeti nakleder:

“Ariyye bir kimsenin hurma ağacı (meyvesini) bir başkasına vermesi için ayırması ya da malından (bahçesinden) bir veya iki ağacı (ailesiyle beraber) yemek için ayırması ve onu hurma karşılığında satmasıdır.”⁷⁵

“Arâyâ, bir kimsenin hurma ağaçlarını (meyvelerini) bir adama hibe edip kendisine hibe ettiği adamın o ağaçlarla ilgilenmesinin ağır gelmesi ve bu yüzden o (ağaçlardaki) hurmayı tahmini mislî kadar hurmayla değişmesidir.”⁷⁶

⁷⁰ Müslim, “Büyü”, 77, 78, 79, 80; İbn Mâce, “Ticârât”, 31.

⁷¹ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 150.

⁷² Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V, 183.

⁷³ Şevkânî, *a.g.e.*, V, 182; Davudoğlu, Ahmed, *Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, İstanbul 1977-80, VII, 659.

⁷⁴ Buhârî, “Büyü”, 83; Müslim, “Büyü”, 59, 62, 66; Ebû Dâvûd, “Büyü”, 19; İbn Mâce, “Ticârât”, 55.

⁷⁵ Ebû Dâvûd, “Büyü”, 21.

⁷⁶ Ebû Dâvûd, “Büyü”, 21.

Arâyâ temelde hibeye dayanan fakat sonradan satım akdine çevrilen bir tür alışveriştir. Kıtık zamanlarında hurma bahçeleri bulunanlar tarafından hurmalığı olmayanlara böyle bir hediye veriliyordu. Fakat fakirler ağaçlardaki yaş hurmaların devşirme zamanını bekleyemediklerinden onları kuru hurma mukabilinde (takribî olarak) satmalarına ruhsat verildi⁷⁷.

Fakirlerin hurma ihtiyacını karşılamak maksadıyla Hz. Peygamber (s.a.s.) tarafından arâyâ satışı hakkında verilen bu ruhsatın diğer meyveler için de söz konusu olduğu düşünüldüğünde henüz olgunluğu belirlemeyip ma'dûm kabul edilen meyvelerin da satılabileceği ortaya çıkmaktadır.

Şafîilere göre arâyâ; bir kimsenin sahip olduğu veya kendisine iâreten verilen ağacın dalındaki hurmayı tahmin ettirerek o kadar kuru hurma karşılığında bir başkasına satmasıdır.⁷⁸

Hanefî ve Malikîlerin anlayışına göre ise hibe edilen ağacın meyvesini, hibe edene, karşılığında kuru hurma almak suretiyle vermesidir. Hanefîlerin arâyâyı bir alışveriş olarak değil de teberru olarak görmelerinden dolayı teberruda bulunan kişi meyve ağaçta durduğu ve henüz teslim almadığından meyveye sahip olamamıştır. Bu sebeple ağaç sahibi meyvenin sahibi olmaya devam etmektedir. O halde arâyâ bahçe sahibinin ağaçtaki meyveyi tahmin edip karşılığında o kadar hurmayı satması değil, hibe etmesidir.⁷⁹

Hanefîlerin araya anlayışında hibe tamamen hâkim olduğundan ma'dûmun satışıyla ilgi kurulması mümkün değildir. Fakat Malikî ve özellikle de Şafîilerin kanaatlerine göre araya bir batında kısım kısım olgunlaşan meyvelerin olgunlaşmayanlarının olgunlaşanlara tabi kılınarak satılması anlamında ma'dûmun satışıdır denilebilir. Şafîî ve Malikîler ilke olarak ma'dûmun satışını geçerli saymadıkları halde bu ruhsat sebebiyle mevcut değilken bir malın akde mahal olmasını kabul etmektedirler.⁸⁰

Arâyâ satışında ağaçtaki meyvenin henüz olgunlaşmadan satılması ma'dûmun satışını akla getirmektedir. O halde bu satışın hadis-i şerifle meşru kılınması ma'dûmun da satılabileceğine delildir.⁸¹

İnsanların maslahatına olduktan sonra başta yasaklanmış bile olsa bu gibi muameleler sonradan serbest bırakılmaktadır. Zira asıl olan kulların maslahatını gözetmektir.

⁷⁷ Hatipoğlu, Haydar, *Sünen-i İbn Mace Terceme ve Şerhi*, İstanbul 1982, VI, 288-289; Yeniçel, Necati-Kayapınar, Hüseyin, *Sünen-i Ebû Davud Terceme ve Şerhi*, İstanbul 1991, XII, 394.

⁷⁸ Darîr, a.g.e., s. 224.

⁷⁹ Akk, Halid Abdurrahman, *Mevsûatü'l-Fıkhî'l-Mâlikî*, Birinci bs., Dimaşk 1413/1993, I, 222; Yeniçel-Kayapınar, a.g.e., XII, 394-395; Darîr, a.g.e., s. 222-223.

⁸⁰ Vefâ, Muhammed, *Ebrazu suveri'l-buyû'i'l-fâside*, Kahire 1404/1984, s. 61-63.

⁸¹ Arâyâ hakkında geniş bilgi için bkz. Miras, Kamil, *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi*, Ankara 1984, VI, 492-495; Darîr, a.g.e., s. 217-229; Cezîrî, a.g.e., II, 295-296, 299; Vefâ, Ebrazu, a.g.e., s. 59-65.

V- SELEM VE İSTISNA' AKİTLERİNİN MA'DÛMUN SATIŞI OLUŞU

İslam hukukunda **selem** -genel kanaate göre- satım akdi kapsamında değerlendirildiği halde satım akdinde akit mahalli için şart koşulan 'mevcut olma' esası selem akdi için aranmamaktadır. Zira selem akdi sipariş akitle-rinden olduğu için malın -akit gereği- belirlenecek bir zamanda temin edile-rek teslim edilmesi esası üzerine kurulmuştur. Akit anında mevcut olmayan bir mal da 'ma'dûm' kapsamında değerlendirildiğinden selem akdi bu yönü-yle ma'dûmun satışı kabul edilmektedir.⁸²

Selem akdi mevcut olmayan malın satımının özel bir kısmını oluşturmaktadır.⁸³ Ma'dûmun satışı daha geneldir. Selem akdi ise ma'dûmun satışı-na göre daha özeldir. Zira belirlenmiş bir bahçenin mahsulünü olgunlaşma-dan önce satmak islam hukukçuları arasındaki farklı kanaatlerle beraber caiz görülürken selemine yapmak -hadisi şeriflerde kaydedildiği gibi⁸⁴-caiz görül-memiştir.⁸⁵

Hanefilere göre selem akdinin ma'dûmun satışı olması müslemun fihin akit esnasında satıcının mülkünde bulunmaması sebebiyledir. Zira Hanefiler "Yanında olmayan şeyi satma"⁸⁶ hadisindeki "yanında" ifadesinden mülkiye-tinde olmayanı anlamışlar ve selem satışını da kişinin yanında olmayan şeyi satamayacağı prensibinden istisna ederek caiz görmüşlerdir. Böylece satıcı-nın mülkünde olmayan şeyi satması adeten müslemun fihin elde edilip tes-limini güçleştirdiği için müslemun fihe ma'dûm vasfını ilave etmektedirler.⁸⁷

Cumhur, müslemun fihin piyasada bulunması şartını önemsemeyip sa-dece teslim mevsiminde çarşıda bulunmasını yeterli görmekle selemi mevcut olmayan malın satışı olarak kabul ederler. Akit anında bulunmayan mal da ma'dûmun tarifi içerisindedir.⁸⁸

Hanefilerle cumhur, farklı yönlerden yaklaştıkları halde müslemun fihin özelliği itibariyle ma'dûm, selem de bir bakıma ma'dûmun satışı olduğunda birleşmiş olmaktadır. Hanefilerin şartları selemi daha müstakil bir akit yaptığı ve onu mutlak olarak ma'dûmun satışından uzaklaştırdığı halde di-ğer mezhepler bu şartları aşağıda belirteceğimiz şekilde kırarak meseleye yumuşaklık getirmeleri suretiyle selemi kendine has özel bir akit olmaktan uzaklaştıran ma'dûmun satışına yaklaştırmışlardır.

⁸² Şafî, *el-Ümm*, Kahire 1388/1968, III, 96; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Kahire 1968, IV, 207; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, III, 324; Cezîrî, *a.g.e.*, II, 304; Senhûrî, *Mesâdir*, III, 35.

⁸³ Şafî, *a.g.e.*, III, 96; Kâsânî, *a.g.e.*, V, 201; İbn Kudâme, *a.g.e.*, IV, 207; Mevsilî, *a.g.e.*, II, 34; İbnü'l-Murtaza, Ahmed b. Yahya, *Kitabu'l-Bahri'z-zehâr el-câmi' li-mezahibi 'ulemâi'l-emsâr*, San'a 1409/1988, III, 397; Cezîrî, *a.g.e.*, II, 304; Senhûrî, *Mesâdir*, III, 35-37; Bilmen, *İstilahat*, VI, 114; Assaf, Ahmed Muhammed, *el-Ahkâmü'l-fikhiyye fi'l-mezahibi'l-İslamiyyeti'l-erba'a*, Beyrut 1409/1988, II, 89.

⁸⁴ İbn Mâce, "Ticârât", 59.

⁸⁵ Meydânî, *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb*, Dımaşk, ts., II, 43; Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 603.

⁸⁶ İbn Mâce, "Ticârât", 20.

⁸⁷ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, III, 324-325; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtar*, İstanbul 1307, IV, 204; Meydânî, *a.g.e.*, II, 43; Darîr *a.g.e.*, s. 452.

⁸⁸ Şîrâzî, *a.g.e.*, I, 298; İbn Kudâme, *a.g.e.*, IV, 222; Senhûrî, *Mesâdir*, III, 38; Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 608; Darîr *a.g.e.*, s. 451.

İmam Malike göre, bedelin ayn olması halinde akit meclisinde teslimi şart değildir. Ayrıca İmam Malik ve İmam Şafii'ye göre selem mevzuu malın, akit zamanından teslim tarihine kadar bölgede bulunma şartı da yoktur. Teslim zamanında galib zanla bulunma ihtimali olan ma'dûmun selemi caizdir. Yine İmam Malik ve İmam Şafii'ye göre birimleri arasında büyük farklılık arz eden hayvanlar gibi adediâtı mütefârik malların anlatılarak bilinmesi mümkünse selemi caizdir. İmam Şafiiye göre vadesiz selem yapılabilir. İmam Malik, İmam Şafii ve İmam Ahmed'e göre hasat zamanı gibi tarihi gün olarak muayyen olmayan ama takriben belli olan vade ile selem yapmak da caizdir.⁸⁹

Selem için koşulan tüm şartların varlığı düşünüldüğünde bu akdin mutlak olarak ma'dûmun satışı olduğu söylenemez. Fakat yine de ma'dûmun satışının bir bölümü içerisinde düşünülebilir. Hanefilerin ileri sürdükleri şartların büyük bir kısmı -cumhurun kanaatleri doğrultusunda hareket edilerek- kırılır veya yumuşatılırsa selem akdi ilerde varlığı kesin olan ma'dûmun satışını caiz kılan bir yol olduğu söylenebilir.⁹⁰

Hanefilerle cumhurun ortak oldukları nokta selem için ma'dûmun satışı olduğudur. Fakat Hanefilere göre selem, ma'dûmun çeşitli şekillerinden özel bir suretle satıştır. Ma'dûmun satışının tümü veya ekser kısmının caiz olabilmesi için gelecekte varlığının kesin olması gerekir. Aslında Hanefilerin selem için koştukları şartlar kaldırıldığında bunun, ileride kesinlikle hâsıl olacak ma'dûmun satışını caiz kılan bir yol olduğu söylenebilir. Cumhurun, Hanefilerin ileri sürdüğü şartlardan büyük bir kısmını kaldırdığı veya yumuşattığı düşünüldüğünde ise selem için ma'dûmun satışını caiz kılan bir yol olduğu daha rahat söylenebilir.

İslam hukukunda akdin sıhhati için aranan şartlardan biri de akit mahallinin mevcut olmasıdır. Akit mahalli ister ayn, ister menfaat veya ister iş olsun mevcut olmayıp gelecekte de mevcudiyeti mümkün değil, ma'dûm ise âlimlerin ittifakıyla akde mahal olması mümkün değildir.⁹¹

İstisna' akdinde selem akdinde olduğu gibi mevcut olmayan şeyin (ma'dûmûn) satılması söz konusudur. Zira imal edilmesi gereken şey akit anında satıcının zimmetindedir.⁹²

İstisna'ı akit olarak kabul etmeyen hukukçular, akit mahallinin ma'dûm oluşu üzerinde durarak mevcut olmayan şeyin nasıl akde konu olabileceğini sormaktadırlar. Cumhur ise buna, ma'dûmun bazen hükmen mevcut gibi kabul edildiğini söyleyerek hayvanı boğazlarken besmele çekmeyi unutan kimseyi örnek gösterir. Unutma özründen dolayı besmele hükmen mevcut kabul

⁸⁹ Senhûrî, *a.g.e.*, III, 34-38; Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 603-614.

⁹⁰ Senhûrî, *a.g.e.*, III, 37-38.

⁹¹ Kâsânî, *a.g.e.*, V, 138; Şerîfî, *a.g.e.*, s. 148; Senhûrî, *Nazarîyye*, s. 470; Bedran, *a.g.e.*, s. 422 vd.; Musa, *a.g.e.*, s. 306; Haffîf, *a.g.e.*, s. 230.

⁹² Çalışkan, İbrahim, "İstisna Akdinin Mahiyeti ve Unsurları", *AÜİFD*, XXXI, s. 353.

edilmiştir.⁹³ İstisna' akdinin mahalli, öteden beri uygulana geldiğinden ve örf halini aldığından hükmen var kabul edilmiştir.⁹⁴

Âlimlerin satılamayacağına müttelik oldukları ma'dûm, aslında akit anında olmadığı gibi gelecekte de mevcudiyeti mümkün olmayan şeylerdir. Selem akdinde, akit mahallinin zimmette vasıfları belli deyn olması ve ileride mevcudiyetinin mümkün olması sebebiyle; istisna' akdindeki akit mahallinin de zimmette ne şekilde imal edileceği tesbit edilmiş ayn bir mal olması ve mevcudiyeti -aslında seleme göre bir derece daha- mümkün olmasıyla âlimlerin müstahil olarak da ifade ettikleri, varlığı kesinlikle mümkün olmayan şeyler yani ma'dûm sınıfının dışında tutulabilir.

Fakat fıkıh kitaplarımız ma'dûmu genelde hem akit anında mevcut olmayan, hem mevcudiyeti kısmî olan ve hem de gelecekte varlığı şüpheli veya mümkün olmayan şeyler için kullandığı gibi kişinin malik olmadığı şeyler için de kullanmıştır. Kitaplarda geçen bu özellikleri ile ma'dûmun istisna' akdi ile ilgisini kuracak olursak ve genel kaide olan "Kişinin yanında (mülkünde ya da akit anında) olmayan şeyin satılması yasaktır" esasına göre istisna' akdi de selem gibi yukarıda belirttiğimiz kaideden istisna edilmiş ma'dûm malın satışıdır, diyebiliriz.

İstisna' akdinin ma'dûmun kapsamına girmesi hususunu biraz daha açmaya çalışalım.

İstisna' akdinde sözleşme konusu şey aslında ayn yani mevcut, bilinen bir maldır. Bu mal üzerinde sanatkârın yapacağı ameliye ile istenilen vasıf ve niteliğe getirilmek üzere anlaşma yapılmıştır. Fakat sanatkârın, akitten önce yaptığı ya da başka bir sanatkâr tarafından önceden veya sonra işlenerek ısmarlanan niteliklere kavuşturulan bir malı akit mahalli olarak ısmarlayana sunması da mümkündür; ısmarlayan bunu kabul ettiğinde akit geçerli olur. Hatta sanatkâr, akitten sonra müstasni' için imal ettiği malı henüz ısmarlayana sunmadan başka birine satabilmekte ve onun yerine istenilen vasıfta yeni bir mal imal edebilmektedir. Bu görüşler genelde akdin gayr-ı lazım olduğunu kabul eden Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed gibi hukukçularımız tarafından dile getirilmiştir.⁹⁵ Bu izahlar bizi, akit mahallinin ayn bir mal olmasından öte deyn oluşuna da götürmektedir. Zira ısmarlanan şey hakkında kesinlikle ayndır, denilebilmesi için akit anında taayyun eden (belirlenen) malın ısmarlayana takdim edilmesi, başka birine satılmaması veya başka bir sanatkârın yaptığı alınıp akit mahalli diye ısmarlayana sunulmaması gerekirdi.

⁹³ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V, 355; Aynî, *el-Binaye fi şerhi'l-Hidâye*, Daru'l-Fikr, 1400/1980, VI, 663 vd.

⁹⁴ Çalışkan, "a.g.m.", s. 352.

⁹⁵ Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 657; Bilmen, *İstılahat*, VI, 118; Senhûrî, *Mesâdir*, III, 38; Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 632.

Ayn tabiri üzerinde öz olarak durursak, Mecelle'nin deynin⁹⁶ zıddı olan aynı şu şekilde tarif ettiğini görürüz:

“Ayn, muayyen ve muşahhas (yani hazır ve mevcut) olan şeydir. Mese-la, bir hane ve bir at ve bir sandalye (gibi akar ve urûz) ve meydanda mevcut bir yığın buğday (ın küllîsî) ve meydanda mevcut bir miktar akçe (nin küllîsî ve meydanda mevcut bir miktar cevizin küllîsî) hep ayandandır.”⁹⁷

Ayn nefis ve zat manasına geldiği gibi hazır ve mevcut olan şeye de denilir. Buradaki ayndan maksat deynin mukabili olan şeydir.⁹⁸

Istisnâ' akdi bugünkü hukukta bir iş görme akdi olarak kabul edilse de, bu akitte kullanılan “şey” kelimesi yerine “eser”,⁹⁹ istisnâ' akdi yerine de mehaz kanununun almanca metnine sadık kalınarak “eser sözleşmesi”¹⁰⁰ kullanıldığı gibi İslam hukukunda da istisnâ' akdi, ancak insanlar arasında teamül haline gelmiş şeylerde söz konusu olduğundan; insanların ihtiyaçlarını karşılamada, teamül haline gelecek şeylerin zamanla çoğalacağı düşünülerek akit mahallinin daha geniş anlam ifade eden “eser” olarak anlaşılmasının daha uygun olacağı kanaati de ifade edilmektedir.¹⁰¹

Istisnâ' akdinin konusu böylece genişletildiğinde sanatkâra iş yaptırma aynı zamanda eser meydana getirmeyi de kapsamaktadır.

Istisnâ' akdinin masnu'un yapılıp ısmarlayana gösterilmesine kadar olan ilk merhalesinde, akdın gayr-ı lazım olduğunu kabul eden fakihlerimizin bu arayışı bir müddet olarak görüp sanatkârı, ancak işini bitirince ısmarlayana da onu tam olarak görüp beğendikten sonra bağlayacağını ve bu arada akdın lazım olmaması gerekeceğini, mahallin akit anında ma'dûm oluşuna bağlamaları;¹⁰² akde konu olan malın aslında ma'dûm bir mal olması düşüncesinden hareketle ma'dûm malın temin edilmesini garanti altına alabilme kaygısından kaynaklanmaktadır.

Istisnâ' akdi ma'dûmun satışı misallerinden olduğu için akit mahallinin mevcudiyetini garanti altına almak düşüncesiyle akdi, ihtimal ağırlıklı bir yöne kaydırmak, İslam hukukunda akitlerin genel hatlarıyla bağlayıcı olması esasına uygun düşmemektedir. Zira Cenabı Hak;

“Ey iman edenler! Sözleşmelerinize uyun”¹⁰⁵ buyurmaktadır.

⁹⁶ Deyn: Zimmette sabit olan şey olup üç kısımdır; 1- Borçlunun zimmetine taalluk eden şey, 2- Zimmetine taalluk etmemiş olsa bile, mevcut ve müşarun ileyh olmayan şey, 3- Mevcut ve müşarun ileyh ise de, elli kilelik bir yığın buğdayın ayrılmadan önce bir kilesi gibi ayrılmış (müfrez) olmayan misliyyattır. bkz. Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 244.

⁹⁷ Mecelle, md. 159.

⁹⁸ Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 245; Ayn, akardan olabileceği gibi hayvanat, muayyen misliyyât, mekilât, mevzunat, nukûd ve urûz dahi olabileceğine işaret olunmaktadır (bkz. Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 246).

⁹⁹ Bilge, Necib, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1962, s. 213.

¹⁰⁰ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümleri*, İstanbul 1976, s. 498-499.

¹⁰¹ Çalışkan, “a.g.m.”, s. 351.

¹⁰² Senhûrî, *Mesâdir*, III, 40.

¹⁰³ Mâide, 5/1

İstısnâ' akdinde mal veresiye olduğu gibi semen de veresiye olabilmektedir ve semenin peşin ödenmesi şart değildir.¹⁰⁴ Semen peşin verilebileceği gibi, bir kısmı peşin kalanı eserin teslimi anında ya da tamamı teslim anında verilebilir.¹⁰⁵ Semen sonradan ödenebilmesi akdin iki yönüyle ma'dûmun satışına dâhil edilmesini gerektirmektedir. Zira taraflar ıstısnâ' akdi için anlaşmalarını yapıyorlar ve birbirlerine ne bir mal ne de semen teslim etmeden akit yerini terk ettikleri halde akit mün'akid olmaktadır. Hâlbuki Hz. Peygamber (s.a.s.) veresiyenin veresiye ile satılmasını şu hadisiyle yasaklamıştır:

“Hz. Peygamber (s.a.s.), veresiye ile veresiyenin mübadelesini yasakladı.”¹⁰⁶

Hadis-i şerif, borcun borçla değişiminin yasaklığına da hamledilmektedir. Ebû Hanîfe ile İmam Malik'e göre iki taraftan birinin diğerine dinar borcu, diğerinin de berikine dirhem borcu olsa ve bunu karşılıklı olarak birbirlerine satsalar caizdir. Zira tarafların zimmeti herhangi bir zarara uğramadan temizlenmiş olmaktadır. İmam Şafii ile İmam Ahmed b. Hanbel bunu yasak görmüşlerdir.¹⁰⁷

Hadis-i şerifin merfu ve munkatı olup ravilerinden dolayı güvenilir olmadığı belirtilmektedir.¹⁰⁸ Hadis-i şeriften; “Mali mübadelelerde bedellerden en az birinin peşin olması diğer bedelinin de ödeme gününün tespit edilmesi gerekir” kaidesi çıkarılmaktadır.¹⁰⁹

İstısnâ' akdi iki tarafın veresiye olmasıyla icare akdine şeklen benzemektedir. İcare akdinde de taraflar belli bir ücretle yapılacak iş veya kullanılacak menfaat üzerine anlaştıkları halde herhangi bir ücret ödemeksizin ve akit mahalli olan menfaat henüz hasıl olmadan taraflar birbirlerinden ayrılmakta ve akit sahih olmaktadır. İcarede de iki tarafın ma'dûmluğu söz konusudur. Yalnız şu kadar varki; ıstısnâ' akdi, bir mali mübadele iken, icare akdi menfaatle malın mübadelesidir. İcarede ücretin ıstısnâ'da olduğu gibi peşin ödenmesi şart olmayıp tarafların anlaşmalarına bağlı oluşu yönüyle her iki akitte de semen ma'dûm olmaktadır. Fakat icare akdinde mal ile mübadele edilen menfaat; ıstısnâ' akdinde ise mal ve emektir. İcarede menfaat sonradan hâsıl olacağından teslimi de sonradan gerçekleşecektir. Böylece menfaatle malın değiştirilmesinde bedellerin her ikisinin de akit anında teslim edilemeyip veresiye olmaları caizdir.¹¹⁰

İstısnâ' akdi bir malî mübadele olduğu halde semen ve masnû'un veresiye olması hadis-i şerifle yasaklanan mübadele kapsamı dışında tutulması

¹⁰⁴ *Mecelle*, md. 391.

¹⁰⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 139; Kâsânî, *a.g.e.*, V, 2-3; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 659; Bilmen, *İstılahat*, VI, 118.

¹⁰⁶ Zeylai, *Nasbu'r-râye*, IV, 39-40.

¹⁰⁷ İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-'akd*, s. 235.

¹⁰⁸ İbn Teymiyye, *Nazariyyetü'l-'akd*, s. 235; Abdulkadir, *a.g.e.*, s. 84-86.

¹⁰⁹ Çeker, *Fıkıh Dersleri I*, Konya 1991, s. 144 (dip notta).

¹¹⁰ Çeker, *a.g.e.*, s. 144 (dip notta).

gerekeceği, ıstısnâ' akdinin sadece malın satın alındığı bir akit olmayıp aynı zamanda sanatkârın mal üzerindeki işçiliğinin de satın alındığı belirtilerek izah edilmiştir.¹¹¹

Istısnâ' akdinde satıcının dışındaki bir başka sanatkârın imal ettiği mal ile satıcının akitten önce yaptığı malın –müstasni'in kabulüyle- akde konu olabileceği göz önünde bulundurulacak olursa; aslında istenilen malın arzu edilen vasıf ve nitelikte olması şart koşulmakta, ayrıca sanatkârın ameli satın alınmadığı ortaya çıkmaktadır.

Istısnâ' görüldüğü gibi iki tarafı da ma'dûm olabilen akitlerden olmasına rağmen İslam hukukçularının çoğunluğuna göre insanların bu akde olan ihtiyaçlarına binaen icma ile geçerli kılınmıştır.

Satım akdinde “malın teslim garantisini sağlamak” esası hadis-i şeriflerde akit anında mevcut olsun veya olmasın satışı yasaklanan şeylerden de ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki “habelü'l-habele (ceninin ilerideki yavrusu)” satışının yasaklanması akit anında mevcut olmayana, havadaki kuşun satışının yasaklanması da mevcut olana misal verilebilir. Yasaklamanın illeti varlık veya yokluk olsaydı bu misallerden birinin satılabilmesi, diğerinin de satılamaması gerekirdi. İlgili hadis-i şerifler, fertlerin aldanmalarını önlemek maksadıyla malın teslim garantisini esas almış, bizzat mevcudiyeti önemli görmemiş, ihtimalli olan ve neticesi belirsiz bulunan malların satışını yasaklamıştır.

Teslim garantisi fikri, insanların haksız kazanç elde etmelerini yasaklayan ayet-i kerimelerden kaynaklanıp ilgili hadis-i şeriflerle örneklendirilmiştir. Hanefiler bu fikirden hareketle teslimi genelde mümkün olan gayrimenkul mallar ve nakitlerin teslim alınmadan üzerinde tasarrufu mutlak caiz görmüşlerdir. İbn Teymiye ve talebesi İbn Kayyım el-Cevziyye bu hususu diğer mallara da taşıyarak teslimi garanti edilen malların satım akdine konu olabileceğini savunmuşlardır. Hadislerdeki yasaklamanın illeti ise tesliminin garanti edilememesidir (garar).

Garar unsuru içermedikten sonra ticari hayatta ihtiyaç duyulan akitler ister adı belli olsun ister adı literatüre yeni girmiş olsun, insanların maslahatlarını temin edecek şekilde düzenlenmesi gerekir.

NETİCE

Ma'dûm henüz meydana gelmemiş, var olmayan şeylerdir. İslâm hukukunda akit mahalli için belirlenmiş genel esaslardan hareketle satım akdine konu olamayacak ma'dûm: “Hukukun hakikaten veya hükmen yok saydığı, tarafları anlaşmazlık ve çekişmeye götürece derecede kapalı olan, teslimi garanti edilemeyip zarar ve zıyan içeren, varlığı ihtimalli şeylere ma'dûm denir” şeklinde tarif edilebilir.

¹¹¹ Çeker, *a.g.e.*, s. 144 (dip notta).

İslâm hukukunda ve modern hukuk sistemlerinde akit anında olsun veya olmasın gelecekte kesinlikle var olmayacak malın satışı batıl kabul edilmiştir. Zira meydana gelmeyeceği kesin olan malın teslimi mümkün değildir.

Akit anında kısmen veya tam olarak mevcut olmadığı halde gelecekte varlığı adeten mümkün olan ma'dûmun satışı hakkında ihtilaf edilmiş; akit anında mahallin mevcudiyetini şart koşanlar akdi batıl sayarken, sözleşme esnasında mevcut olmasa da teslimi mümkün olan mahallin satılabileceğini belirten hukukçularımız da olmuştur.

İslam hukukçularının ekseriyeti sözleşme konusunun akit anında mevcut olmamasını butlan sebebi sayarak akitten sonra mevcut olacağını kesin veya muhtemel bulunmasını göz önüne almazlar. Zira akit anında mevcut olmayan malın, gelecekteki mevcudiyetini ihtimal dâhilinde görürler. İhtimali ise bir nevi aldatma olarak kabul ederler. Buradan hareketle henüz meydana gelmemiş ziraî mahsullerin, meyvelerin, buğdaydaki unun, zeytindeki zeytinyağının, üzümdeki şıranın, hayvanın memesindeki sütün, sütteki tereyağının, canlı hayvandaki etin ve sakatatın, sırtındaki yünün, basımından önce kitabın ve benzeri malların satışını –ma'dûm kapsamında değerlendirerek geçersiz sayarlar.

İslam hukukçularının ekseriyeti bu kanaatlerine, “akdin gerçekleşmesi için sözleşme konusu malın teslim edilmesi gerekir” fikrinden varmışlardır. Çünkü akit mahallinin mevcudiyeti şarttır. Akitler tarafların gözettiği belli bir fayda için yapılır. Sözleşme konusu malın teslimi mümkün olmuyorsa bu fayda gerçekleşmez. Ma'dûmun satışında da akit anında teslimden acziyet sabittir. Akidden sonra teslim gücü yetirileceğinde ise şüphe vardır. Şüphe de en iyi varsayımla “ihtimal” dir. Akit ihtimal dâhilindeki bir fayda için yapılmaz.

Ma'dûmun satışına cevaz vermeyen hukukçularımız ile satılabileceğini belirtenler, meseleye “malın teslimi” noktasından bakmaktadırlar. Ma'dûmun satışını kabul etmeyen hukukçularımız, akit anında teslim edilemeyen malın sözleşme konusu olamayacağını savunurken; ma'dûmun satım sözleşmesine konu olabileceği kanaatinde olanlar ise, akit anında teslim edilemese bile ileride teslimi mümkün malların akde konu olabileceğini savunmaktadırlar. Yani ma'dûmun satılıp satılamayacağı probleminin temelinde “malın teslimi (makdûru't-teslim)” hususu bulunmaktadır.

Akitle beraber malın teslimi şart koşulacak olsaydı sipariş akitlerinin geçerli sayılmaması gerekirdi. Zira sipariş akitleri, -özelliği itibariyle- sözleşme konusu malın akit yapıldıktan sonra teslim edilmesi esasına bina edilmiştir. Buradan hareketle konusu akit anında mevcut olmayan sipariş akitleri, ileride mevcudiyeti kesin olan ma'dûmun satışını caiz kılan bir yol da denebilir.

Garar unsuru içermekten sonra ticari hayatta ihtiyaç duyulan sözleşmeler ister adı belli olsun ister adı literatüre yeni girmiş sözleşmeler olsun, insanların maslahatlarını temin edecek şekilde düzenlenmesi gerekir.

Ma'dûmun satılması, tarafların haksız kazanç elde etmesine engel olmak maksadına binaen müspet değerlendirilmemişse de sözleşmenin şüpheli ve ihtimalli bir unsura dayanmasına engel olduktan sonra özellikle mahalli, misli olan malların satılmasında bir sakınca görülmemiştir. Neticede ma'dûmun satışı ayet ve hadislerin ruhsat verdiği bazı akitlerden ve kulların maslahatını gözeterek güçlüğü kaldırılıp kolaylığın istenmesi prensibinden hareketle; akit anında aslı bulunsun veya bulunmasın, gelecekte gerçekleşmesi kesin olan ve tarafları aldanmaya götürmeyen özellikle misli malların satışı geçerlidir.