

usûl

İslam Araştırmaları

Islamic Researches / بحوث إسلامية

Sayı: 3, Ocak-Haziran 2005

usûl

İslam Araştırmaları

Islamic Researches / بحوث إسلامية

Sayı: 3, Ocak-Haziran 2005

ISSN 1305-2632

Sahibi/Publisher

Yavuz KAMADAN

Editör/Editor-in-Chief

Faruk BEŞER

Editör Yardımcısı/Associate Editor

Hayati YILMAZ / Muammer İSKENDEROĞLU / H. Mehmet GÜNAY

Yayın Kurulu / Editorial Board

Abdullah AYDINLI (Sakarya Ü.) / Sabri ORMAN (IIU Malaysia)

İbrahim KALIN (College of the Holy Cross MA, USA.) / İrfan İNCE (Sakarya Ü.)

Ahmet BOSTANCI (Sakarya Ü.) / Atilla ARKAN (Sakarya Ü.) / Fuat AYDIN (Sakarya Ü.)

İbrahim EBU RABİ (Hartford Seminary, USA) / Erdiñç AHATLI (Sakarya Ü.)

İsmail ALBAYRAK (Sakarya Ü.) / Mehmet ÖZŞENEL (Sakarya Ü.)

Muhammet ABAY (Marmara Ü.) / Murteza BEDİR (Sakarya Ü.)

Danışma Kurulu / Advisory Board

Ahmet DAVUTOĞLU (Beykent Ü.) Ahmet GÜÇ (Uludağ Ü.)

Ali ERBAŞ (Sakarya Ü.) Alparslan AÇIKGENÇ (Fatih Ü.)

Bilal GÖKKIR (S.Demirel Ü.) C. Sadık YARAN (İstanbul Ü.)

Cağfer KARADAŞ (Uludağ Ü.) Ejder OKUMUŞ (Fırat Ü.)

Ferhat KOCA (Gazi Ü.) İ. Kafi DÖNMEZ (Marmara Ü.)

İbrahim HATİBOĞLU (Uludağ Ü.) İlhan KUTLUER (Marmara Ü.)

M. Ali BÜYÜKKARA (O.Mart Ü.) M. Erol KILIÇ (Marmara Ü.)

M. Sait KAYA (İSAM) M. Sait ÖZERVARLI (İSAM)

Mehmet BAYRAKDAR (Ankara Ü.) Mehmet PAÇACI (Ankara Ü.)

Mesut OKUMUŞ (Gazi Ü.) Muhsin AKBAŞ (O.Mart Ü.)

Mustafa KARA (Uludağ Ü.) Mustafa ÖZTÜRK (Çukurova Ü.)

Ö. Mahir ALPER (İstanbul Ü.) Raşit KÜÇÜK (Marmara Ü.)

Recep KAYMAKCAN (Sakarya Ü.) Suat YILDIRIM (Marmara Ü.)

Şükrü ÖZEN (İSAM) Yunus APAYDIN (Erciyes Ü.)

Sayı Hakemleri / Referees on This Issue

Mehmet ERDOĞAN / Mehmet PAÇACI / Fahrettin ATAR / Mesut OKUMUŞ

M. Sait ÖZERVARLI / Davut AYDÜZ / İbrahim HATİBOĞLU / İsmail ALBAYRAK

Süleyman AKKUŞ / Murteza BEDİR / Atilla ARKAN / Bilal GÖKKIR / Ahmet BOSTANCI

H. Mehmet GÜNAY / Yunus EKİN / Hayati YILMAZ

Usûl İslam Araştırmaları hakemli bir dergidir.

Yılda iki sayı olarak yayımlanır. Yazıların sorumluluğu yazarlarına aittir.

İletişim / Communication

Hayati YILMAZ, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Ozanlar / ADAPAZARI / TÜRKİYE, +90 (264) 274 30 60

Web: <http://www.usuldergisi.com>, e-Posta: hayatiyilmaz@hotmail.com

Şubat 2006

Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Sermaye Ortaklığının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Servet BAYINDIR*

The Evaluation of Capital Partnership Used as a Financial Way from the Perspective of Islamic Law

The capital is invested, whereas in conventional banks via credit system, in interestless banking via methods of murabaha, mudarabe, mushâraka, selem, ıstınsa' and ijara. Musharaka, one of them, has now been adjusted as a financial method alongside its application in Fiqh. In the paper, the practice of musharaka in interestless banking as a financial method and the status of this applications in Islamic law have been studied.

Key Words: Musharaka, Mudaraba, Capital Partnership, Interestless financing, Interestless banking.

Anahtar Kelimeler: Müşâreke, Mudârabe, Sermaye ortaklığı, Faizsiz finansman, Faizsiz banka.

İktibas/Citation: Servet BAYINDIR, "Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Sermaye Ortaklığının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Usûl*, 3 (2005/1), s. 139-157.

I. GİRİŞ

Sermayenin gerek faizli kredi gerekse ortaklık anlayışı doğrultusunda değerlendirilmesi geleneği, insanlık tarihi kadar eskiye dayanır. Diğer kutsal dinlerde olduğu gibi İslâm'da da faizcilik yasaklandığından, hem tarihte hem de günümüzde birikimlerini faize bulaşmadan yatırıma dönüştürmek isteyenler daima var olagelmıştır. Sermayenin toplanıp yatırıma yönlendirilmesi, finansal aracı kuruluşlar eliyle gerçekleşir. Bu kuruluşların başında ise bankalar gelir. Faizli bankalar, sermayeyi faiz esaslı kredi sistemi çerçevesinde toplar ve değerlendirirler. Faizsiz bankalar ise, sermayeyi ortaklık anlayışı doğrultusunda toplayıp yine aynı anlayışla yatırıma yön-

* Arş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, servetbayindir@hotmail.com

lendirmek üzere kurulmuşlardır¹. Faizli bankalar finansman aracı olarak faizli kredi yöntemini kullanırken, faizsiz bankalar *bey'*, *ortaklık* ve *icâre*'ye dayanan *murâbaha*, *selem*, *ıstisna'*, *sermaye ortaklığı*, *emek-sermaye ortaklığı* ve *finansal kiralama* yöntemlerini kullanırlar. Bu yöntemlerden sermaye ortaklığı, fıkihta *şirketü'l-'inân* başlığı altında yer alır. Faizsiz bankacılıkla ilgili teorilerin olgunlaşma sürecinde, çağdaş İslâm düşünürleri *şirketü'l-'inân*'ı finansman amaçlı kullanılır hale getirmek üzere yeniden ele almış ve süreklilikten ziyade değişim, dönüşüm, parçalanma ve sona erme özelliğine sahip yeni bir finansman aracı şekline büründürmüşlerdir. İnan ortaklığı, günümüzde bir yandan ortaklık işlemleriyle klasik rolünü sürdürürken, bir yandan da faizsiz bankacılıkta finansman yöntemi olarak kullanılmaktadır.

Elinizdeki bu makalede, sermaye ortaklığının bir finansman yöntemi olarak faizsiz bankacılıktaki uygulanışı ve bu uygulamanın İslâm hukuku açısından durumu incelenmiştir.

II. SERMAYE ORTAKLIĞININ BİR FİNANSMAN YÖNTEMİ OLARAK FAİZSİZ BANKACILIKTAKİ UYGULAMASI

Faizsiz bankalar, başlıca iki ortaklık yöntemini kullanırlar. Bu ortaklıklardan birincisi *sermaye ortaklığı* (*müşâreke*), ikincisi ise *emek-sermaye ortaklığı* (*mudârabe*) diye isimlendirilir. Faizsiz bankacılıkla ilgili eserlerde, daha çok emek-sermaye ortaklığı yerine *mudârabe*, sermaye ortaklığı yerine *müşâreke* kavramları kullanılır.

A. Sermaye Ortaklığının (Müşâreke) Tanımı ve Belli Başlı Şartları

Sermaye ortaklığı (*müşâreke*); iki veya daha fazla şahsın belirli bir miktar sermaye koyarak, birlikte iş yapmak ve meydana gelecek kâr veya zararı paylaşmak üzere kurdukları ortaklığa denir².

Fıkihta sermaye ortaklığının sahih olması için ortaklar, sermaye ve kârda bir takım şartlar aranır. Ortaklar birbirlerinin vekili olacaklarından,

¹ el-Mısırî, Refik Yûnus, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye, dirâse şer'iyye li 'adedin minhâ*, Cidde 1995, s. 15-17; el-Hüseynî, Ahmed Hasen, *el-Vedâiu'l-masrifîyye, envâuhâ, istihdâmuhâ, istismâruhâ*, Beyrut 1999, s. 132.

² Nezi Hammâd, *İktisâdî Fıkh Terimleri* (trc: Recep Ulusoy), İstanbul 1996, s. 318.

vekilde bulunması gereken tüm şartları taşımaları gerekir³. Dolaşımdaki nakit paralarla, altın ve gümüş gibi kıymetli madenlerden basılan paraların ortaklıkta sermaye olabileceği konusunda ittifak⁴, ticaret eşyasının sermaye olması konusunda ise, fakihler arasında görüş ayrılıkları vardır. *Hanefî*⁵ ve *Zâhiri* mezhebi⁶ ile bir rivayete göre *Hanbelîler*⁷ ister mislî ister kıyemî olsun, ticaret eşyasının müşâreke'de sermaye olamayacağı görüşündedirler. *Şâfiîler* kıyemî malların sermaye olmasını caiz görmezken, misli malların sermaye olabileceğini ileri sürerler⁸. *Mâlikîler*⁹, *İbn Ebî Leyla* (ö. 148/765) ve *Evzaî*'ye (ö. 157/774) göre ise, ister kıyemî ister mislî olsun, ticarete konu olan her tür mal ortaklıkta sermaye olabilir¹⁰. Tarafların sermaye üzerindeki haklarının belirli olması, kârın anlaşmazlığa yol açmayacak şekilde belirli ve maktu' değil nisbî (*oransal*) olup, başkasının zimmetinde bulunan bir borç olmaması fakihlerce ortaklıkta aranan diğer şartlardan-
dır¹¹.

B. Sermaye Ortaklığının Faizsiz Bankacılıktaki Uygulaması

Faizsiz bankalar, katılma hesaplarında biriken sermayeyi ya doğrudan kendi kurdukları şirketleri aracılığıyla ya da diğer işletmelerle ortaklıklar kurarak değerlendirirler. Bu ortaklıklar süre, amaç ve kapsama göre farklılık gösterir.

³ Şirbînî, Şemsüddin b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifati meâni'l-Minhâc*, Beyrut ts., II, 213; ed-Derdîr, Ebu'l-Berekât, *eş-Şerhu's-sağîr alâ akrabi'l-mesâlik ilâ mezhebi imâm Mâlik*, Kahire ts., III, 457-458.

⁴ İbn Kudâme, Muvaffakuddîn b. Ahmed, *el-Muğni*, Kahire 1986, VII, 123.

⁵ Serahsî, Şemsüleimme, *el-Mebsût*, Beyrut 1409/1989, XI, 159-160.

⁶ İbn Hazm, Ali b Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, Beyrüt 1988, VI, 414-415.

⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 123.

⁸ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc* II, 213.

⁹ Derdîr, *eş-Şerhu's-sağîr alâ*, III, 459-460.

¹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 124; el-'Aynî, Bedrüddin b. Ahmed, *el-Binâye* (thk. Mevlâ Muhammed Ömer), Beyrut 1400/1980, VI, 95.

¹¹ Kâsânî, Ebû Bekir b. Mes'ûd, *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i'*, Beyrut ts., VI, 59-60; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VII, 146; 'Aynî, *el-Binâye*, VI, 118; Muhammed b. İbrâhim Mûsa, *Şerikâtü'l-eşhâs beyne's-şer'iati ve'l-kânûn*, Riyad 1998, s. 210 - 212.

1. Bankanın Kendisinin Şirketler Kurarak Sermayeyi Değerlendirmesi

Bankalardan bir kısmı, kendileri şirketler kurarak sermayeyi yatırıma dönüştürürler. Bu tür şirketlerin finansmanı ve yönetimi bankanın sorumluluğunda olur; yöneticiler sermayeyi banka adına işletir. Tarım, sanayi, inşaat, ticaret veya hizmet gibi çeşitli alanlarda getirisi yüksek, risk oranı düşük projelere yatırım yapılır. Projede, öz sermaye kullanılmayıp yalnızca mevduattan yararlanılmışsa, banka hesap sahipleri açısından bilgi, deneyim ve emek katkısında bulunarak sermayeyi çalıştıran işletmeci (*mudârib*) durumunda olur. Mudîlerin hesaplarıyla birlikte öz sermayeden de yararlanılmışsa banka hem işletmeci hem de sermayedâr konumunda kabul edilir¹². Şayet katılma hesaplarıyla birlikte öz sermayeden de yararlanılmışsa, kâr ve zarar bu durum dikkate alınarak paylaşılır. Projenin gerçekleştirilmesi sürecindeki giderler çıkıldıktan sonra, kâr veya zarar belirlenir. Önce projede kullanılan ana sermaye hesaplanır, daha sonra -eğer mevcut ise- kâr, hesap sahipleri ve kurucu ortakların sermayeleri oranında taksim edilir. Öz sermayenin payına düşen kâr, doğrudan bankanın hesabına kaydedilir. Katılma hesaplarına düşen paydan, banka mudârib sıfatıyla kendi payını aldıktan sonra, arta kalan kısım, hesap sahiplerine kâr olarak dağıtılmak üzere katılma havuzuna aktarılır

Faizsiz bankalar, yan kuruluşları şirketler aracılığıyla sermayeyi yatırıma dönüştürme uygulamasına nâdiren başvururlar. Kuruluş amaçları sermayeyi ortaklık yöntemi çerçevesinde yatırıma dönüştürmek olmasına rağmen¹³, günümüz faizsiz bankaları bu temel ilkedен uzaklaşarak diğer faizli bankalar gibi mâli aracılığa soyunmuş olmakla eleştirilmektedir¹⁴. Resmî olanlar dışında, kurucularının hemen tümü, alanında başarıları ile tanınmış iş adamları veya yatırım şirketleri olmalarına rağmen, tasarruf sahiplerinin sermayesini bir iş adamı gibi değil, bankacı gibi değerlendirmeleri başlıca eleştiri noktasını oluşturmaktadır. Faizli bankaların kuruluş ve teşkilatlanma şeklini örnek almaları, bu bankaların yönetim kademelerini, daha çok

¹² Ebû Uveymir, Cihad Abdullah Hüseyin, *et-Terşîdü's-şer'î li'l-bünûki'l-kâimeh*, yy., 1986, İttihâdü'd-düvelî li'l-bünûki'l-İslâmiyye, s. 322.

¹³ en-Neccâr, Ahmed, *100 Suâl ve 100 cevâb havle'l-bünûki'l-İslâmiyye*, yy., 1978, s. 43.

¹⁴ el-Mısri, Refik Yûnus, *Buhûs fi'l-mesârifi'l-İslâmiyye*, Dımaşk 2001, s. 12-14.

faizli bankacılıkta deneyimli kişilerin işgal ediyor olması, diğer bir eleştiri konusu olarak ileri sürülmektedir¹⁵.

2. Bankanın Başkalarıyla Kurduğu Ortaklıklar Aracılığıyla Sermayeyi Değerlendirmesi

Faizsiz bankalar diğer girişimcilerle ortaklıklar kurarak da sermayeyi değerlendirmektedir. Banka, bir finans kurumu olarak finansman desteği talebinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin, bütün yahut bir kısım faaliyetine ya da belirli bir parti malın alım-satımından ibaret işlemine kâr ve zarara katılma şeklinde ortak olabilir. Bankanın diğer işletmelerle kurduğu ortaklıklar sürekli olabileceği gibi belirli bir süreyle sınırlı da olabilmektedir.

a. Sürekli Ortaklık

Banka ile sermaye desteği talebinde bulunan işletmeler arasında kurulan ve ortaklık konusu projenin gerçekleşmesine kadar sürmesi planlanan ortaklığa, *sürekli veya sabit ortaklık* adı verilir. Bu ortaklık türünde *banka* ve *işletmecisi* olmak üzere iki taraf yer alır. Banka sermaye desteği karşılığında, kullandırmayı vaadettiği sermayenin miktarı oranında, işletmenin mülkiyetine yahut hisse senetlerine ortak olur. Böylece işletmenin yönetimine, dolayısıyla meydana gelecek kâr ve zarara hissesi oranında katılma hakkı kazanır. Ancak bankaların asıl kuruluş amacı işletmecilik olmadığından, sermaye desteğinde buldukları ortaklıkların yönetimi ve projelerinin yürütülmesinde etkin görev almazlar. Yönetime katılma ve hesapları her an inceleme hakları saklı kalmak kaydıyla, işletmenin idaresi ve projenin yürütülme işini diğer ortağa bırakırlar. Günümüzde bu tür ortaklık şekline *hususî ortaklık*, *iç ortaklık* veya *kâr ve zarara katılma yatırım ortaklığı*; şirketin yönetimini üstlenen ortaklığa da *yönetici ortaklık* adı verilmektedir¹⁶.

¹⁵ Muhammed Osmân, Şübeyr, *el-Muâmelâtü'l-mâliyye el-muâsıra fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Amman 2001, s. 292; el-Mısri, Abdussemit, *el-Masrifü'l-İslâmî ilmiyyen ve a'meliyyen*, Kâhire 1988, s. 62; Şarqâvî, Âişe, *el-Bunûkü'l-İslâmiyye et-tecribetü beyne'l-fikhi ve'l-kânûni ve't-tatbik*, Beyrut 2000, s. 385-386.

¹⁶ Battal, Ahmet, *Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukukî Yönden Özel Finans Kurumları*, Ankara 1999, s. 217; Muhammed Ahmed, Sirâc, *en-Nizâmu'l-masrifiyyi'l-İslâmî*, Kâhire 1989, s. 178.

Ortaklıklarda kurum, işletmeciyi aramaktan ziyade, finansman talebiyle yapılan başvuruları değerlendirir. Öncelikle, projenin kurumun ilkelerine uygunluğu, kârlılığı, risk ihtimalinin düşüklüğü ve uygulanabilirliği araştırılır. Değerlendirme ölçüleri arasında, sermaye talebinde bulunanın toplumsal ve ticârî ahlâkı, sermaye durumu, ortakları, mal varlığı, göstereceği teminatların kabul edilebilirliği, gözetim ve istihbarat imkânlarının var olup olmadığı, planlanan yatırımın kanunlara uygunluğu vb. hususlar da yer alır. Sermaye desteğinde bulunulmasına karar verilen proje sahipleri ile banka arasında *Kâr ve Zarara Katılma Yatırım Sözleşmesi* imzalanır. Sözleşmede projenin konusu ve kapsamı, gerekli sermayenin toplamı, kurumun yapacağı katkının miktarı, kâr ve zararın paylaşım esasları, tarafların yetki ve sorumlulukları, kurum desteğine karşılık yatırımcının göstereceği teminatlar vb. konular yer alır. Bu tür ortaklıklarda banka, birlikte ticaret yapmayı amaçlamaksızın, sermaye desteğinde bulunduğu bir veya bir kaç projenin sonucuna katılmayı hedefler. Bu nedenle, projenin yürütülmesi ve bu esnadaki bütün yetki ve sorumlulukları -takip ve denetim hakkı saklı kalmak kaydıyla- yönetici ortağa devreder. Yönetici ortak, basiretli bir tâcir gibi hareket etmek, projenin verimli şekilde yürütülmesi için gereken özen ve dikkati göstermek zorundadır. Malları gereği gibi muhafaza etmemesi, sözleşme konusu işin yapılmasında oluşmuş teâmüller ve örfe aykırı davranması, basiretli bir tâcir gibi davranmayarak malı piyasa şartlarına aykırı pazarlaması, ödeme gücü olmayan kişi ve kuruluşlara mal vermesi sebebiyle alacağını tahsil edememesi ve kanun ve yönetmeliklere aykırı davranması nedeniyle oluşacak her türlü zarar ziyan ve cezaî müeyyidelerden yönetici ortak sorumlu tutulur¹⁷. Yatırımcı, kurum ile yaptığı anlaşma gereği, kurumun kendisine sağlayacağı sermayeyi, sözleşmede belirtilen proje için, anlaşılan şartlara uygun olarak kullanacağını taahhüt eder.

Projenin gerçekleştirilmesi sürecinde elde edilen tahsilattan, önce bankanın kullandığı sermaye ödenir; varsa kâr daha sonra paylaşılır. Kâr hisse oranlarına göre ayarlanabileceği gibi yönetici ortağın projeyi bilfiil yürütmesinden dolayı, oran olarak daha fazla alabileceği hususu da karara bağlanabilmektedir. Projenin zarar etmesi halinde, bankanın zarar dolayı-

¹⁷ Kuveyt Türk Evkaf Finans Kurumu AŞ., "Kâr Zarar Ortaklığı Yatırım Sözleşmesi", Yıl: 2002, s. 1-5.

sıyla ödeyeceği meblağ, kullandığı sermaye ile sınırlı olur. Kullandığı miktar ile sınırlı kalmak kaydıyla, zararın %100'ü bankaya ait olur¹⁸.

b. Mülkiyetin Devriyle Sona Eren Ortaklık

Bazı durumlarda banka ile proje sahibi arasında bir projenin yürütülmesi ve oluşacak kârın paylaşılması üzerine kurulan ortaklığa ek olarak, belli bir süre sonra bankanın ortaklıktaki haklarının yönetici ortağa devrini ön gören sözleşme de yapılır. Bu sözleşme, ortaklığın banka açısından belli bir süre sonra nihayete ermesini amaçladığından, bu ortaklık türü *mülkiyetin devriyle sona eren ortaklık* şeklinde isimlendirilir¹⁹.

Mülkiyetin devriyle sona eren ortaklık, bankalarla çeşitli alanlarda faaliyet gösteren kişi veya kuruluşların, özellikle araç gereç ve ekipman ihtiyaçlarını faizsiz finansman yöntemiyle karşılamak amacıyla baş vurdukları bir ortaklık yöntemidir²⁰. Banka, sunulan projeyi değerlendirip kâr edeceği kanaatine varırsa, projeye anlaşılan oranda sermaye desteği sağlar. Böylece, söz konusu projenin mülkiyetine sermayesi oranında ortak olur. Ancak, bu ortaklık diğer ortaklık sözleşmelerinden farklı olarak, projenin belirli aşamasından sonra, bankanın hisseleri üzerindeki mülkiyet hakkının diğer ortağa devrini, diğer ortağın da bunu kabul etmesi şartını içerir. Banka, anlaşma gereği, söz konusu projenin hayata geçirilmesi sürecinde yönetime katılma, hesapları takip etme hakkını elinde tutar. Ancak, genelde bankalar pasif durumda kalıp işin yönetimini diğer ortağa bırakırlar. Projeden elde edilen gelirin paylaşılması esnasında, belirli aralıklarla hesaplanan kâr, her ortağa hissesi oranında taksim edilir. Hisselerin azalması oranında kârdan bankaya düşen pay da azalır, diğer ortağın payı aynı oranda artar²¹.

¹⁸ Battal, *Hukukî Yönden Özel Finans Kurumları*, s. 227.

¹⁹ Muhammed Abdullah Vâil, *el-Müşâreke el-mutenâkisa (el-müntehiye bi't-temlik) ve devru'l-bünûki'l-İslâmiyyeti fi'tef'lihâ*, Amman 2000 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ürdün Üniv.), s. 12.

²⁰ Faysal Ârida, "el-Müşâreke ke uslûbin li't-temvîl" (XIX. İslâm Bankaları Yatırım ve Operasyon Müdürleri Toplantısı'na sunulan yayınlanmamış tebliğ), Amman 1993, s. 19.

²¹ Ahmed Cemil, *el-Vazîfetü't-tenmeviyye li'l-müessesâti'l-mâliyyeti'l-İslâmiyye* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cezayir Üniv., Cezayir 1996), s. 142; el-Kefrâvî, Avf, *el-Bünûkü'l-İslâmiyye en-nukûd ve'l-bunûk fi'n-nizâmi'l-İslâmi*, İskenderiye 1998, s. 104; el-Bedûr, Râdî, "İktisâdiyâtü ukûdî'l-müşâreke fi'l-erbâh: el-mefâhîm ve'l-kadâyâ'n-nazariyye" (İslâm Kalkınma Bankası'nın katkılarıyla 16-21 Haziran 1987 tarihinde Amman'da düzenlenen "Hutatül-istismâr fi'l-bünûki'l-İslâmiyye el-cevânibi't-tatbikiyye ve'l-kadâyâ ve'l-müşkilât" adlı sempozyuma sunulan tebliğ), *el-Mecmau'l-meliki li*

Banka ile müteşebbis arasındaki ortaklığın sona ermesi noktasında aşağıdaki yöntemlerden biri takip edilir:

Birinci Yöntem: Ortaklık ve mülkiyetin devri işlemleri ayrı sözleşmelere dayanır. Bu yöntemde, ortaklık sözleşmesinden ayrı olarak, bankanın ortaklıktaki payını, dilediğinde yönetici ortak veya başka birine satıp ortaklıktan ayrılma hakkını veren anlaşma yapılır. Banka bu anlaşmaya dayanarak ya mevcut ortak ya da başka birine hakkını satarak ortaklıktan ayrılır.

İkinci Yöntem: Gelirin belli oranı, bankanın haklarının devri işlemiyle kullanılmak üzere ayrılır. Banka gelirlerin paylaşılması sırasında, şirketteki payına düşen kâra ek olarak, sözleşme esnasında belirlenen miktarı da mülkiyet hakkının devri karşılığında alır. Bu işlem, bankanın ortaklıktaki payı için belirlenen bedel tamamen ödeninceye kadar devam eder. Böylece, banka ve yönetici ortak arasındaki ortaklık ilişkisi sona ermiş olur.

Üçüncü Yöntem: Proje, başlangıçta belli sayıda hisselerle bölünür ve ortaklık, bu hisse senetleri üzerine kurulur. Sözleşmede, bankanın hisseleri ve bu hisselerle düşen kâr-zarar payının düzenli taksitler halinde geri ödenmesi şartı yer alır. Taksitler ödendikçe, ortaklıktaki hisseler girişimci ortak lehine artar; son taksitin ödenmesiyle de ortaklığa konu olan şey, tamamen girişimci ortağın mülkiyetine geçmiş olur²².

Mülkiyetin devriyle sona eren ortaklık yönteminin ilk kez Mısır'da, ticaret bankalarından birinin faizsiz çalışmak üzere açtığı şubesiyle, bir seyahat şirketi arasında uygulandığı bildirilmektedir. Ortaklık, *Kâhire* ile *Asvan* arasında turist taşımacılığında kullanılacak araç filosunun oluşturulması amacıyla kurulmuştur. O tarihte, filonun toplam tutarı beş milyon Mısır Cüneyhi'dir. Bir milyonunu seyahat şirketi, kalan dört milyonu banka yüklenmiştir. Anlaşmaya göre, bankanın yatırdığı meblağ her yıl asgarî 750 bin Cüneyh olmak üzere, beş yıl içerisinde geri ödenecek, bu süre zarfında

buhûsî'l-hadârati'l-İslâmiyye, Amman 1990, s. 75; el-Hüseynî, Ahmed Hasen, *el-Vedâiu'l-masrifiyye, envâuhâ, istihdâmuha, istismâruhâ*, Beyrut 1999, s. 141; Sâmî Hasan Hamûd, *Tatviru'a'mâli'l-masrafiyye bimâ yettefikü ve ş-şeriâti'l-İslâmiyye*, Kahire 1976, s. 472-476.

²² es-Sâvî, Muhammed, *Müşkiletü'l-istismâr fi'l-bünüki'l-İslâmiyye ve keyfe â'leceha'l-İslâm*, Cidde 1991, s. 619-620; Mahmûd Muhammed Bâbili, *el-Mesârifu'l-İslâmiyye darûra hatmiyye*, yy. 1989, s. 204; Abdilhâdî Ya'kub Abdullah, *el-Müşâreke ahkâmüha ş-şeriyye ve tatbikâtüha'l-ameliyye bi'l-mesârifi'l-İslâmiyye*, Sudan ts., s. 28; Emîre Abdullatif Meşhûr, *el-İstismâr fi'l-iktisâdi'l-İslâmî*, Kahire 1991, s. 287; Ebû Uveymir, *et-Terşidü'ş-şer'î*, s. 325-326.

araçların bakım, onarım ve işletilmesi şirkete ait olacaktır. Yapılan fizibilite çalışmalarında yıllık %40'tan az olmayacağı, kârın ise, aşağıdaki şekilde paylaşılacağı kuralı konmuştur:

Net kârın % 15'i, yönetim ve işletim hizmeti karşılığında şirkete ait olacak, kalan %85 lik kısım ise, ilk yıl 4/5'ü bankaya, 1/5'i şirkete ait olmak üzere paylaşılacaktır.

Şirket her taksiti ödediğinde bankanın payı azalacak, aynı oranda da şirketin payı artacak; şirketin bütün taksitleri ödemesiyle ortaklık sona erecektir²³.

Mülkiyetin devriyle son bulan ortaklık, ticarî hayatın diğer bir çok alanında da uygulanır. Yeni bir ilacın üretimi için ekipman veya sermaye sıkıntısı çeken herhangi bir ilaç firması, faizsiz banka ile ortaklık kurarak söz konusu projeyi gerçekleştirir. Ortak olarak tesis edilen yeni birim faaliyete geçince, elde edilen gelirin bir kısmı taraflar arasında kâr olarak paylaşılırken diğer kısım, bankanın koyduğu sermayenin, dolayısıyla ortaklıktaki hakkının iadesi için bankaya ödenir. Firmanın bankaya borcu sona erince ortaklık da sona erer. Böylece firma önemli bir ihtiyacını gidermiş, banka ise, tasarruf sahiplerinin sermayesini kârlı bir yatırımda değerlendirmiş olur.

Bu ortaklık yöntemine gayri menkullerin değerlendirilmesinde de başvurulur. Konut veya iş merkezi yapımına uygun arsası olup da, sermaye yetersizliğinden dolayı değerlendiremeyen arsa sahibi ile banka, söz konusu arsa üzerine bina yapıp değerlendirmek üzere ortaklık kurarlar. İnşaat sona erince, banka hissesine düşen taşınmazları ya satarak ya da kiralarak değerlendirir. Bankanın payına düşen taşınmazların satılmasıyla ortaklık sona erer. Sözleşme konutların kiralama yöntemiyle değerlendirileceği üzerine kurulmuşsa kira geliri üçe ayrılır. *Birincisi*; bankanın payına düşen kısım, *ikincisi*; ortağın payına düşen kısım, *üçüncüsü* ise, bankanın koyduğu sermayenin tahsili için ayrılan kısımdır. Ödemeler belirlenen takvime göre yapılır: Toplam ödenen meblağ bankanın projeye yatırdığı sermaye

²³ Şübeyr, *el-Muâmelâtü'l-mâliyye el-muâsıra*, s. 292; Şarqâvî, *el-Bunûkü'l-İslâmiyye*, s. 385-386; el-Mısrî, A., *el-Masrifü'l-İslâmî*, s. 62, 70.

miktarını bulunca banka ortaklıktan çekilmiş taşınmazların mülkiyetinin tümü arsa sahibine geçmiş olur²⁴.

3. Sermaye Ortaklığının Banka ve Diğer Ortaklar Açısından Önemi

Sermaye ortaklığının banka, hesap sahipleri ve diğer kişiler açısından önemi şöyle sıralanır:

- Tasarrufları faizli yöntemle yatırıma dönüştürülme zorunluluğundan kurtarır.

- Elinde ihtiyaç fazlası tasarrufu bulunup da sağlık sorunu, ticarî bilgi ve beceri eksikliği veya iş yoğunluğu vb. nedenlerle değerlendirme imkânından yoksun olanlara, tasarruflarını değerlendirme imkânı sağlar.

- Faizli çalıştıkları için geleneksel bankalara mesafeli davranan halkın birikimlerinin, ekonominin hizmetine sunulmasına zemin hazırlar.

- Sermayenin değerlendirilmesi ortaklık esasına dayandığından, bu uygulama tasarruf sahipleri, banka ve girişimcilerin kader birliği etmelerine yol açar. Menfaatler ortak olduğundan, küçük bir sarsıntı veya piyasanın bozulmasında sermaye sahipleri bankayı, banka da girişimcileri yüz üstü bırakamaz.

- Menfaat ve riskten ortaklıktaki pay oranında etkilenme ilkesi gereği, gerek sermaye sahipleri bankayı, gerekse banka sermaye desteğinde bulunacağı müteşebbisleri seçerken, muhatapların borç ödeme gücü ve iş deneyimi yanında ticarî ahlâkına da dikkat ederler. Bu sayede, tasarrufları verimli ve dürüst çalıştıran bankalarla, toplumsal ve ticarî ahlâk sahibi iş adamları ödüllendirilip teşvik edilmiş olur.

- Uzun süreli ortaklık kurma arzusunda olmayan banka ile iş adamlarına, projelerini mülkiyetin devriyle son bulan ortaklık yöntemiyle hayata geçirme imkânı verir.

- Ortaklığın verdiği yetkiler sebebiyle, banka yönetici ortaklığı takip, teftiş ve yönlendirme imkânına sahiptir. Bu durum, sermayenin verimsiz projelerde ve yanlış şekilde değerlendirilmesini engeller²⁵.

²⁴ el-Heytî, Abdurrezzâk Rahîm Ceddî, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye beyne'n-nazariyye ve't-tatbik*, Ammân 1998, s. 502.

²⁵ Şelebi, İsmâil Abdurrahim, "el-Cevânibu'l-kânûniyye li tatbiki akdeyi'l-murâbaha ve'l-mudâraba", *Hutatü'l-istismâr fi'l-bünûki'l-İslâmiyye el-cevânibi't-tatbikiyye ve'l-kadâyâ*

II. FİNANSMAN YÖNTEMİ OLARAK KULLANILAN SERMAYE ORTAKLIĞININ İSLÂM HUKUKU'NDAKİ YERİ

Ortaklıklar, fıkhıta farklı açılardan, değişik şekillerde isimlendirilir: “Kullanımı herkese açık olan mallar üzerindeki ortaklığa” *ibâha şirketi*²⁶; “ihtiyarî veya gayri ihtiyarî mülk edinme yollarından biriyle meydana gelen ortaklığa” *mülk şirketi*²⁷; “iki veya daha fazla kimsenin sermaye, emek ve itibarları ile birlikte iş yapmak ve meydana gelecek kâr veya zararı paylaşmak üzere kurdukları ortaklığa” da *akit şirketi*²⁸ denir. Akit şirketi başlığı altında ise, sermaye ortaklığı (*şirket-i emvâl*), iş ortaklığı (*şirket-i a'mâl* veya *ebdân*), kredi veya itibar ortaklığı (*şirket-i vücûh*) ve emek-sermaye ortaklığı (*mudârab*e) yer alır. Faizsiz bankacılıkta bu ortaklık çeşitlerinden *sermaye ortaklığı* ve *emek-sermaye ortaklığına* başvurulur.

Faizsiz bankaların uyguladığı sermaye ortaklığını İslâm hukuku açısından şu başlıklar altında inceleyebiliriz:

A. Bankanın Sermayeyi Şirketleri Aracılığıyla İşletmesinin İslâm Hukuku'ndaki Yeri

Faizsiz bankalar sermayeyi başlıca iki kaynaktan sağlar: *Birincisi*, kurucu ortaklar; *ikincisi*, tasarruf sahipleri. Kurucu ortakların oluşturduğu şirkete AŞ adı verilmektedir. Faizsiz bankaların dayandığı ortaklık şekli fıkıh kitaplarında geçen ve tüm fakihlerce ittifakla caiz görülen²⁹ *inan ortaklığıyla* büyük oranda benzerlik gösterir³⁰. *Inan ortaklığı*, *iki veya daha fazla kişinin ticaret yapmak ve kârı anlaştıkları oranlarda paylaşmak üzere bir mal üye-*

ve'l-müşkilât, s. 283; Bekir, Reyhan, *Sıyeğû't-temvil ve'l-istimâr fi'l-mesârifî'l-İslâmiyye*, Amman 2001, s. 50; Akın, Cihangir, *Faizsiz Bankacılık ve Kalkınma*, İstanbul 1986, s. 74; Battal, *Hukukî Yönden Özel Finans Kurumları*, s. 229.

²⁶ *Mecelle*, md.1045; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1985, VII, 76-77.

²⁷ İbn Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr alâ'd-Dürri'l-muhtâr şerh-i Tenvîri'l-ebşâr*, İstanbul 1984, IV, 299-300.

²⁸ Muhammed b. Mûsa, *Şerikâtü'l-eşhâs*, s. 39.

²⁹ Kâsânî, *Bedâ'î'*, VI, 57; İbn Kudâme, *el-Muğni*, V,10; İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, İstanbul 1985, II, 210; Şirbinî, *Müğni'l-muhtâc*, III, 223.

³⁰ Sirâc, *en-Nizâmu'l-masrifîyyi*, s. 153.

rinde kurdukları ortaklık şeklinde tanımlanır³¹. AŞ de inan ortaklığı da çalıştırmak ve oluşacak kârı paylaşmak üzere belirli bir sermaye üzerine kurulur. Bankalar da kurucu ortaklar ve tasarruf sahiplerinin sermayeleri üzerine, bu sermayeyi çalıştırmak ve oluşacak kârı yönetmeliklerin belirlediği kurallar çerçevesinde paylaşmak üzere kurulan şirketlerdir.

AŞ olarak kurulan banka ile hesap sahipleri arasındaki hukukî ilişki, mudârib-rabbu'l-mal ilişkisi çerçevesinde değerlendirilir. Banka, öz sermaye üzerinde mâlik, mevduat üzerinde mudârib sıfatıyla vekil konumunda kabul edilir. Bankanın mudârib sıfatıyla topladığı sermayeye, öz sermayesini katarak yatırıma dönüştürmesinin fikhî durumuna gelince, çağdaş İslâm hukukçuları, fakihlerin ortaklıklarda tarafların irade beyanına yaptıkları vurguyu dikkate alarak, hüküm belirlemeye çalışmışlardır: *Malikîlere* göre mudârib, *mutlak mudârabe* akdine dayanarak ortaklık sermayesini kendi sermayesine katabilir³². *Haneî* ve *Hanbelîlere* göre ortaklık, mudâribin, “dilediği gibi amel edebilmesi özgürlüğü” üzerine kurulmuşsa, mudârib, kendi sermayesini mudârabe sermayesine karıştırabilir³³. *Şâfiî* hukukçulara göre ise, mudâribin, mudârabe sermayesini, kendi sermayesine katabilmesi için, sermaye sahibinin açık izni şarttır³⁴. Konuyla ilgilenen çağdaş İslâm hukukçuları, sermayedarla banka arasında gerçekleştirilen kâr ve zarara katılma sözleşmenin, yukarıda zikredilen hususları taşıdığı düşüncesiyle, böyle bir uygulamanın caiz olacağı görüşünü ileri sürmüşlerdir³⁵.

B. Bankanın Sermayeyi Ortaklıklar Yoluyla İşletmesinin İslâm Hukuku'ndaki Yeri

Mudâribin başkalarıyla sermaye ortaklığı kurup kuramayacağı, kurduğu takdirde hesap sahipleri ve diğer ortaklara göre konumu, ortaklığın yönetim ve işleyişinde tarafların yetkileri ile kâr veya zarara katılma durumları

³¹ İbn Duveyyân, Sâlim ez-Zeydî, *Menâri's-sebil fi şerhi'd-delil* (thk. Züheyr Saviş), Beyrut 1979, I, 372.

³² Sahnûn b. Abdisselam, *el-Müdevvenetü'l-kübra li'l-İmâm Mâlik b. Enes*, Beyrut ts., V, 92.

³³ Kâsânî, *Bedâ'i*, VI, 95; İbn Âbidîn, *Hâşiye*, V, 649-650; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 50.

³⁴ eş-Şirâzî, Ebû İshak, *el-Mühezzeb fi fikhî'l-İmâm Şâfiî* (thk. Muhammed ez-Zuhaylî), Dımaşk 1996, III, 480.

³⁵ Ebû Uveymir, *et-Terşidü's-şer'î*, s. 322.

fıkıhta üzerinde durulan konulardan bir diğeridir. Fakihlerin genel kanaatine göre, sermayedârın onayı olmadıkça, mudâribin başkalarıyla müşâreke ortaklığına gitmesi caiz değildir³⁶. Çünkü müşâreke, mudârabeden ayrı ve onun üstünde bir akittir. Müşâreke, sermaye üzerinde kurulan ortaklıktır ki ortaklıkta aslolan da budur. Mudârabe ise, emek ve sermaye üzerine kurulan ortaklık olup müşârekeye göre ikinci derecede bir akittir³⁷. Mudâribe verilen iznin niteliği, mezheplere göre değişir. *Hanefî* ve *Hanbelî* ulemâsı “mudâribin dilediği gibi amel etmesi” özgürlüğüne dayanan mudârabede, mudâribin mudârabe sermayesi ile müşâreke ortaklığına gitmesini caiz görürler. *Kâsânî*'ye (587/1191) göre, yönetici konumundaki mudâribe “dilediğin gibi hareket et” denilip, başkasıyla mudârabe veya müşâreke ortaklığına gitmesi hususu açıkça belirtilmese dahi, mudâribin, sermayeyi başkasına mudârabe sermayesi olarak vermesi, başkasıyla inan ortaklığı kurması caizdir³⁸. *İbn Kudâme*'ye (ö. 620/1223) göre ise, “mudâribe dilediğin gibi amel et denmedikçe, mudârabe sermayesi ile müşâreke ortaklığı kuramaz”³⁹. Başkalarıyla ortaklıklar kurarak sermayeyi yatırıma dönüştürmek ticaretin gereklerindedir. Amaç kâr olduğuna göre mudâribe “dilediğin gibi hareket et” şeklinde verilen izin, başkalarıyla ortaklığı da kapsar. Ancak “dilediğin gibi hareket et” denmemişse, böyle bir ortaklık caiz olmaz. *Şafiî* fakihleri “dilediğin gibi hareket et” şeklindeki irade beyanını yeterli görmeyip, *rabhu'l-mal'in* açık iznini şart koşmuşlardır⁴⁰. Çünkü onlara göre mudârabe sermayesi ancak ticaret yapılarak değerlendirilebileceğinden, “dilediğin gibi amel et” şeklindeki genel yetki yalnızca ticareti kapsar⁴¹.

Bankanın elindeki sermayeyi başkalarıyla ortaklıklar kurarak işletmesi durumunda bankanın konumu, kurucu ortaklar, hesap sahipleri ve yönetici ortaklara göre değişir. Banka kurucu ortaklar açısından, başkasıyla sermaye ortaklığına giden kişi, hesap sahipleri açısından ise, sermayeyi yatırıma dönüştüren mudârib durumundadır. Hesap sahiplerinin muhatabı, yöneti-

³⁶ Kâsânî, *Bedâ'î*, VI, 95-96; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 151; Sahnûn, *el-Müdevvene*, V, 12, 103.

³⁷ Kâsânî, *Bedâ'î*, VI, 96.

³⁸ Kâsânî, *age.*, 95.

³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 30.

⁴⁰ en-Nevevî, Yahya b. Şeref, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, Beyrut 1996, XV, 168.

⁴¹ Bk., Nevevî, *age.*, XV, 146, 165; el-Heytî, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye*, s. 474.

ci ortaklık değil bankadır. Projeden elde edilen gelir veya meydana gelen zarar, önce banka ile yönetici ortak arasında, daha sonra da mudârib konumundaki banka ile sermayedâr konumundaki hesap sahipleri arasında taksim edilir⁴².

Şirketin idaresini yönetici ortağın yürütmesi karşılığında hissesine düşen kâr miktarından fazla pay istemesi durumuna gelince, *Hanefî* ve *Hanbelî*lere göre, böyle bir uygulama caizdir. *Kâsânî* bu konuda şöyle der: “Eğer işin yürütülmesi ortaklardan birisinin sorumluluğuna verilir o ortağa da kârdan belli oranda fazla miktar belirlenirse bu tür bir işlem caiz olur. Kâr aralarında belirlenen şartlara göre paylaşılır; emek katkısında bulunan ortak, hem sermayesinin hem de emeğinin karşılığında kâr alır”⁴³. *İbn Kudâme*'ye göre ise, “1000 ve 2000 dirhemi olan iki kişi toplam 3000 dirhemle ortaklık kursalar ve bu ortaklık 1000 dirheme sahip olan tarafın işi yürütmesi ve kârın eşit taksim edilmesi şartı üzerine kurulsu caizdir. Kâr altı hisse kabul edilip iki hisse sermayesinin bir hisse de çalışmasının karşılığı olarak üç hisse, işi bilfiil yürütene verilir.”⁴⁴. Zarar ise, tarafların sermayesi oranında paylaşılır. Sermaye eşitse zarar da eşit, 1/3 ise zarar da 1/3 şeklinde taksim edilir⁴⁵.

*Mâlikî*⁴⁶ ve *Şafîî*lere⁴⁷ göre ise, ortaklar arasında kâr veya zararda farklılık caiz değildir; *tarafların sermayeleri oranında paylaşılmalıdır*. Bu durumu *İbn Rüşd* (ö. 595/1198) şöyle izah eder: “*Mâlikî* ve *Şafîî*ler kârı zarara benzetmekteler; zararda farklılığı kabul etmedikleri gibi, kârda da farklılığı kabul etmezler. *Hanefî* ve *Hanbelî* alimleri ise, müşârekeyi mudârabeye benzetmekteler. Mudârabede mudârib hiç sermaye katkısında bulunmaksızın yalnızca emeği karşılığında farklı oranlarda kâr alması caiz olduğuna göre, böyle bir durum müşârekeye daha uygundur. Zira ortak, hem sermaye hem de emek katkısında bulunmaktadır. Sermayesi karşılığında aldığı kâra ek olarak, emeği karşılığında da kâr alması caizdir”⁴⁸.

⁴² Ebû Uveymir, *et-Terşîdü's-şer'î*, s. 303.

⁴³ *Kâsânî*, *Bedâ'i*, VI, 63.

⁴⁴ *İbn Kudâme*, *el-Muğni*, V, 27.

⁴⁵ *İbn Kudâme*, *age.*, V, 37-38.

⁴⁶ *Derdir*, *Şerhu's-sağir*, III, 468-469.

⁴⁷ *Şirbinî*, *Muğni'l-muhtâc*, II, 215.

⁴⁸ *İbn Rüşd*, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 211-212.

C. Sermayenin Mülkiyetin Devriyle Sona Eren Ortaklık Yöntemiyle İşletilmesinin İslâm Hukuku'ndaki Yeri

Mülkiyetin devriyle sona eren ortaklık, fıkıh kitaplarında yer almayan ve daha önce de ifade edildiği üzere, ilk kez XX. y. yılda Mısır'da uygulanan, yeni bir ortaklık yöntemidir⁴⁹. Konunun fikhî yönünü tahlile geçmeden önce, faizsiz bankacılıktaki uygulamasına tekrar değinmekte yarar görüyoruz. Bankacılıkta uygulanan bu ortaklık şeklini ikiye ayırmak mümkündür: Birincisi, *taşınmaz mallar* üzerindeki ortaklık; ikincisi, *taşınır mallar* üzerindeki ortaklık. Taşınmaz mallar üzerindeki ortaklık, daha çok bina yapımı ve değerlendirilmesi üzerinde gerçekleştirilir. Banka, sermaye yoksunluktan dolayı inşaata uygun arsasını değerlendiremeyen kişilerle ortaklığa gider. Projenin finansmanını banka sağlar, inşası tamamlanan binalar satış veya kiralama yöntemiyle değerlendirilir. Sözleşme gereği, belli bir süre sonra banka, hisselerini diğer ortağa devreder ve ortalıktan çekilir. Taşınır mallar üzerindeki ortaklık ise araba, makine veya hastane ve atölye gibi iş yerleri için gerekli araç, gereç ve ekipmanın tedâriki amacıyla kurulur. Dolayısıyla her iki uygulamanın fikhî durumu değişiklik arz eder.

Taşınmaz mallardaki ortaklık banka açısından, mülkiyetin devrini, diğer ortak açısından mülkiyetin üzerine alınması va'dini içeren sermaye ortaklığı (*şirketü'l-inan*) şeklinde değerlendirilir. Zira daha önce de geçtiği üzere, ticaret yapmak ve oluşacak kârı paylaşmak üzere belli bir mal üzerinde kurulan ortaklığa *sermaye ortaklığı* denilmektedir. Bu ortaklıkta da ellerindeki sermayeleri ile ticaret yapıp kâr etmek isteyen iki taraf vardır. Bankanın sermayesi, projeye yatırmayı va'dettiği para, diğer ortağın sermayesi ise taşınmaz maldır. Proje her iki ortağın veya ortaklardan yalnız birinin katılımı ile hayata geçirilmektedir ki, inan ortaklığında her iki ortağın işin idaresine etkin olarak katılımı şart değildir⁵⁰. Oluşacak kâr, sözleşme esnasında anlaşılan oranlarda paylaşılmaktadır. Bu ortaklığı, fıkıh kitaplarında ittifakla meşru kabul edilen inan ortaklığından ayıran unsur, taraflardan birinin sermayesinin nakit para olmaması ve hisselerin devrine ilişkin va'di içermesidir. Daha önce de geçtiği üzere, *Hanefî*, *Şâfiî* ve *Zâhirî* fukahası ile *Ahmed b. Hanbel'*den (ö. 164/855) nakledilen bir rivayete göre, inan ortak-

⁴⁹ *el-Muâmelâtü'l-mâliyye el-muâsıra*, s. 292; Şarqâvî, *el-Bunûkü'l-İslâmiyye*, s. 385-386; el-Misrî, A., *el-Masrifü'l-İslâmî*, s. 62, 70.

⁵⁰ Kâsânî, *Bedâ'i'*, VI, 63; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 27.

lğında tarafların sermayelerinin nakit para olması şarttır⁵¹. *Mâlikî* fukahası ise, nakit para dışındaki malların inan ortaklığında sermaye olabileceği kanaatindedirler⁵². Para dışındaki malların, akit esnasında, para cinsinden kıymeti belirlendiği takdirde, sermaye olabileceği görüşünde olanlar da vardır⁵³. Bize göre, bu görüş günümüz şartlarına daha uygundur. Sözleşmedeki mülkiyetin devriyle ilgili va'de gelince, taraflar arasında helâl haram, haramı helâl kılmayan şartların koşulması fıkhıta caiz görülmüştür⁵⁴. Burada da böyle bir şart söz konusudur. Her ne kadar fakihlerin çoğunluğuna göre va'd, uhrevî bakımdan bağlayıcı olup, kazâen bağlayıcı değil ise de⁵⁵ taraflar kendi özgür iradeleriyle böyle bir va'di içeren sözleşme yapmakta, banka veya diğer taraf, bu va'de güvenerek bir takım sorumluluk altına girmektedir. Verilen va'de güvenilerek bir sorumluluğun altına girilmiş ise, bir kısım fukahaya göre bu va'd bağlayıcı hale gelir⁵⁶. Dolayısıyla mülkiyetin devri va'dini içeren şirket sözleşmesinin caiz olduğu görüşünden hareketle, günümüz faizsiz bankalarının uyguladığı mülkiyetin devriyle sona eren ortaklık uygulamasının da bu çerçevede değerlendirilebileceği sonucuna ulaşılabilir.

Taşınır mallardaki ortaklığa gelince, burada iki işlem dikkati çekmektedir: *Birincisi*, banka, bir malı satın alıp müstakbel ortağın kullanımına sunmakta; *ikincisi ise*, sözleşmede, müşterinin, ödediği her taksit sonrasında -ödenen taksit oranında- malın mülkiyetine ortak olacağı, son taksidin ödenmesiyle tüm mülkiyetin müşteriye geçeceği şartı yer almaktadır. Bu akdin yeni ve caiz bir akit olduğu konusunda ittifak eden çağdaş fakihler, isimlendirme hususunda değişik görüşler ileri sürmüşlerdir. *Sâmî Hamûd*⁵⁷ ve *el-Heytî*⁵⁸ ile *Yahya İsmail'e*⁵⁹ göre, -sermayenin tümü bankaya ait olmak

⁵¹ Serahşî, *el-Mebsût*, XI, 151-152; el-Makdisî, Muhammed, *el-Kâfi fi fikh-i İbn Hanbel*, Beyrut ts., II, 258; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 123-124; Şirbinî, *Müğnî'l-muhtâc*, III, 225; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI, 414 - 415.

⁵² Dusûkî, Ebû Abdillâh Ahmed b. Arafe, *Haşiyetü'd-Dusukî ala muhtasari's-Sa'd* (thk. Halil İbrahim Halil), Beyrut 2002, III, 349; ed-Derdîr, Ebül-Berekât, *Şerhu'l-kebir ala Muhtasari Halil*, Beyrut ts., III, 349.

⁵³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 124.

⁵⁴ Tirmizî, "Ahkâm", 17; Ebû Davud, "Akdiye", 12.

⁵⁵ el-Behûtî, Mansur b. Yûnus, *Keşşâfu'l-kına' 'an metni'l-İkna'* (thk. Hilâl Musaylihi Mustafa), Beyrut 1402/1982, II, 275; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VI, 278.

⁵⁶ el-Abderî, Muhammed b. Ebi'l-Kâsım, *et-Tâc ve'l-iklîl*, Beyrut 1398/1977, VI, 69.

⁵⁷ Hamûd, *Tatviru'l-a'mâli'l-masrafiyye*, s. 472.

⁵⁸ el-Heytî, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye*, s. 505.

şartıyla- bu bir mudârabedir. *Muhammed Sâvi*'ye göre, *musâkât* ve *muzâraa'* benzeri bir akit olup, onlara kıyasla caizdir⁶⁰. *Süleyman Vâil'e* göre ise, mudâra ile başlayıp mülkiyetin devriyle sona eren mülk ortaklığıdır⁶¹. Bizce de mülkiyetin devriyle sona eren ortaklık, başlangıçta mudâra, sonuçta mülkiyetin devri şartını içeren mülk ortaklığından ibarettir. Çünkü akdin başlangıcında, müşterinin malın sermayesine ortaklığı söz konusu değildir. Malın bankaya maliyeti ve kendisine teslimi sürecinde her hangi bir sermaye katkısı yoktur. Bu aşamada mala gelecek her türlü zarar ve ziyan bankaya aittir. Banka, malı çalıştırmak ve geliri anlaşılan oranlarda paylaşmak şartıyla müşteriye teslim etmektedir. Kıymeti, para cinsinden belirlenen malın ortaklıkta sermaye olabileceği görüşünden hareketle, bu mal mudâra sermayesi kabul edilebilir. Maldan gelir elde edinceye kadar, malın tüm hak ve sorumlulukları bankaya aittir. Müşteri, mudârib sıfatıyla malı çalıştırır. Mal gelir getirmeye başlayınca müşteri, gelirin bir kısmını, emeğinin karşılığı olarak kendisine ayırır, diğer kısmını ise, bankaya taksit olarak öder. Sözleşmede, ödenecek her taksit tutarında, malın mülkiyetine ortak olunacağı kaydı bulunduğundan, müşteri ödediği her taksit sonrası, ödediği taksit tutarınca mala ortak olur. Böylece ortaklık mudâraden mülk ortaklığına dönüşür. Zira mala gelebilecek her türlü zarar ile, malın menfaatleri üzerinde iki taraf payları oranında ortak hale gelmişlerdir. Son taksitin ödenmesiyle, malın tüm mülkiyeti müşteriye geçer ve ortaklık sona erer. Ortaklıktaki sermayenin yapısı ve mevcut şartlara gelince, taşınmazlar bölümünde varılan fikhî sonucun burada da geçerli olacağı kanaatindeyiz.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Klasik fıkıh kaynaklarında, ortaklıkların, günümüz problemlerine ışık tutacak mahiyette, ayrıntılı şekilde ele alındığı anlaşılmaktadır. Fakihler her ne kadar, sermaye ortaklığının bir finansman aracı olarak kullanılmasından doğrudan bahsetmemişlerse de, tespit ettikleri kurallar, bu ortaklığın bir finansman aracı olarak kullanılmasını mümkün kılar niteliktedir.

⁵⁹ Yahya İsmâil Ali İ'd, *el-Masrifu'l-İslâmî mecâlâtühû ve âsâruhu'l-İslâmiyye*, Cidde 1981, s. 342.

⁶⁰ es-Sâvi, *Müşketü'l-istismâr*, s. 622 - 623.

⁶¹ Vâil, *el-Müşâreke el-mutenâkisa*, s. 61.

Fıkıhta tarafların sayısına bakılmaksızın, ilke olarak, nimet ve külfet paylaşımı üzerine kurulan ortaklıklar -konusu meşru olmak şartıyla- caiz görülmüştür. Sermayenin nakit para veya mal olması, tarafların hak, yetki ve sorumluluklarının sınırı, ortaklığın kapsamı, süresi, vb. konularda ise, değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ancak bütün tartışmaların esası, sözleşmede, yönetici ortak ve sermaye sahiplerinin haklarının korunması ve anlaşmazlığa yol açacak kapalı noktaların bırakılmaması üzerinde cereyan etmektedir. Günümüzde sermaye sahipleri, banka ve işletmecilerin hak, yetki ve sorumluluklarını ilgili ülkelerin kanun ve yönetmelikleri belirlemektedir. Bir çok alanda olduğu gibi, ortaklıklarda da kurumlaşmaya gidilmiş ve fıkıhtaki ortaklıkların bir çoğu, günümüz ülkelerinin ticaret hukukunda yer almıştır. Bankalar da birer ticarî şirket olup, bu kanunlar çerçevesinde kurulmaktadır. Dolayısıyla, tarafların hareket alanları kanunlarla belirlenmektedir. Meselâ, fıkıhtaki ortaklık sermayesinin para veya aynî mal olması tartışması artık sona ermiş, kanunlar nakit sermaye ile birlikte aynî malların da sermaye olabileceği kuralını getirmiştir. Ortaklık sermayesinin öz sermaye ile karıştırılıp karıştırılamayacağı konusu, öz sermayenin ortaklık sermayesine karıştırılabileceği hükmü ile tartışma dışı kalmıştır. Tarafların kâr ve zarardan paylarına düşen oranlar ise, ilgili yönetmeliklerce belirlenmektedir. Bankalar bu kanun ve yönetmelikleri bilerek faaliyete başladıkları gibi, hesap sahiplerinin bankaya parasını yatırırken bunlardan haberdâr oldukları varsayılmaktadır. Çünkü müdiye hesabın açılışı esnasında, yatırdığı paranın hangi şartlarda değerlendirileceğini açıklayan hesap cüzdanı verilir. Tasarruf sahibinin katılma hesaplarına para yatırması, yatırılan paranın, kanun ve yönetmelikler çerçevesinde, banka tarafından istenildiği şekilde değerlendirilebileceğini kabul ettiği anlamına gelir. Böylece, fukahanın belirlediği şartlara uygun olarak kurulup işletilmesi durumunda, sermaye ortaklığının, günümüz faizsiz bankacılığında bir finansman yöntemi olarak kullanılmasının fikhî açıdan bir sakınca doğurmadığı anlaşılmaktadır.

Günümüzde faizsiz bankaların, kuruluş amaçlarından uzaklaştıkları, sermayeyi ortaklık esasına göre değil, faizli kredi sistemi çerçevesinde değerlendirdikleri noktasındaki eleştirilerde haklılık payı vardır. Alım satımla faizcilik, birbiriyle kolayca karıştırılabilecek -tarihte olduğu gibi günümüzde de çok kere karıştırılan- iki ayrı işlemdir. Geleneksel bankacı-

lık sistemi faiz üzerine bina edilmiştir. Faizsiz bankaların uyguladıkları birçok yöntem ise faizli bankacılıktan ithal edilerek bu sisteme uyarlanmıştır. Faizli bankalar, fazla riske girmeden, kolay yoldan gelir sağlamayı hedeflerken, faizsiz bankacılıkta gelirin, helâl yoldan ve nimet ve külfet paylaşımına dayalı ticaretle elde edilmesi temel ilkedir. Kolay yoldan fazla kazanç sağlama, böylece bulunduğu mevkiide uzun süre kalabilme yahut yükselme arzusu, bir çok banka yöneticisinin başlıca amaçlarından olduğundan, bir kısım hassasiyetler gözardı edilebilir. Faizsiz banka çalışanlarının, faizin haramlığı konusundaki hassasiyete sahip olma yanında, alım satımla faiz arasındaki farkı ayıracak bilgi birikimine de sahip olmaları gerekir. Zira insanlık tarihinin çok önemli bir tecrübesi olan bu kurumların varlığı ve faaliyetlerinin devamı, kuruluş ilkelerine bağlılıkla orantılıdır. Kuruluş felsefesinden uzaklaşılması durumunda, *Para vakıfları* örneğinde olduğu gibi, bu kurumlar da, tarihin sayfaları arasında yerlerini alırlar. Buralarda çalışan personelin eğitilip, faizsiz sistemin ilkelerinin kavratılması noktasında kurumların yöneticileri, *Danışma Kurulları* ve *Özel Finans Kurumları Birliği* gibi meslekî örgütlere çok büyük görevler düşmektedir.