

PAPER DETAILS

TITLE: Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Sermaye Ortaklığının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

AUTHORS: Servet BAYINDIR

PAGES: 139-157

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/153858>

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-

lendirmek üzere kurulmuşla faizli kredi yöntemini kullanı dayanan *murâbaha*, *selem*, *ıstınsa'* ve *finansal kiralama* yöntem ortaklığı, fıkıhta *şirketü'l-'inân* ilgili teorilerin olgunlaşma s *'inân'*ı finansman amaçlı kull süreklilikten ziyade değişim, sahip yeni bir finansman ara günümüzde bir yandan ortak yandan da faizsiz bankacılıkt

Elinizdeki bu makalede, olarak faizsiz bankacılıktaki açısından durumu incelenmis

II. SERMAYE ORTAKLIĞI OLARAK FAİZSİZ BANKACILIĞI

Faizsiz bankalar, başlıca il lardan birincisi *sermaye ort ortaklığı* (*mudârabe*) diye isim daha çok emek-sermaye or yerine *müşâreke* kavramları k

A. Sermaye Ortaklığının

Sermaye ortaklığı (*müşâre* tar sermaye koyarak, birlikte paylaşmak üzere kurdukları c

Fıkıhta sermaye ortaklığı da bir takım şartlar aranır.

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

¹ el-Mısri, Refik Yûnus, *el-Mesâ* 1995, s. 15-17; el-Hüseynî, Ahm *istismâruhâ*, Beyrut 1999, s. 132.

² Nezih Hammâd, *İktisâdî Fıkıh T*

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 ayrılıklıkları vardır. *Hanefî*⁵ ve *Zâhirî* 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, mislî 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 Şirbîni, Şemsüddin b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifati meânî'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-Muğnî*, 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*, Beyrût 1988, VI, 414-415.

⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 123.

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

¹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 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'î'u's-sanâ'î fî tertibî's-şerâ'î*, Beyrut ts., VI, 59-60; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 146; 'Aynî, *el-Binâye*, VI, 118; Muhammed b. İbrâhim Mûsa, *Şerikâtü'l-eshâs beyne's-şer'îati ve'l-kânûn*, Riyad 1998, s. 210 - 212.

1. Bankanın Kendisinin Ş

Bankalardan bir kısmı, kârı dönüştürürler. Bu tür şirketler luluğunda olur; yöneticiler s inşaat, ticaret veya hizmet g düşük projelere yatırım yapıl mevduattan yararlanılmışsa, l ve emek katkısında bulunar durumunda olur. Mudilerin lanılmışsa banka hem işletr edilir¹². Şayet katılma hesapla sa, kâr ve zarar bu durum dı rılması sürecindeki giderler Önce projede kullanılan ana ise- kâr, hesap sahipleri ve k edilir. Öz sermayenin payı kaydedilir. Katılma hesaplar kendi payını aldıktan sonra, dağıtılmak üzere katılma hav

Faizsiz bankalar, yan kuruluş dönüştürme uygulamasına n yeyi ortaklık yöntemi çerçev men¹³, günümüz faizsiz bank bankalar gibi mâli aracılığa olanlar dışında, kurucularının iş adamları veya yatırım şirk sermayesini bir iş adamı gib eleştiri noktasını oluşturmak ma şeklini örnek almaları, bu

¹² Ebû Uveymir, Cihad Abdullah
İttihâdü'd-düvelî li'l-bünûki'l-İs

¹³ en-Neccâr, Ahmed, *100 Suâl ve*

¹⁴ el-Mısrî, Refîk Yûnus, *Buhûs fi'l*

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 bulundukları 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-Mısırî, Abdussemit, *el-Masrifü'l-İslâmî i'lmîyyen ve a'meliyyen*, Kâhire 1988, s. 62; Şarqâvî, Âişe, *el-Bunûkü'l-İslâmiyye et-tecribetü beyne'l-fikhi ve'l-kânûni ve't-tatbîk*, 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-masrifîyyi'l-İslâmî*, Kahire 1989, s. 178.

Ortaklıklarda kurum, işletme yapılan başvuruları değerlendirilip uygunluğu, kârlılığı, risk ihtimali değerlendirilir. Değerlendirme ölçütleri finansal ve ticârî ahlâkı, sermaye teminatların kabul edilebilirliği olup olmadığı, planlanan yatırımın yer alır. Sermaye desteğinde banka arasında *Kâr ve Zarara Katılma* leşmede projenin konusu ve miktarı, bu işlemin yapacağı katkının miktarı, yetki ve sorumlulukları, kurulan teminatlar vb. konular yer alır. İşlemin yapmayı amaçlamaksızın, sermaye projenin sonucuna katılmayı amaçlar. Bu esnadaki bütün yetki ve sorumluluklar kalmak kaydıyla- yönetici ortaklığı gibi hareket etmek, projenin yürütülmesi ve dikkati göstermek zorundadır. Sözleşme konusu işin yapılması, pazarlanması, basiretli bir tâcir gibi pazarlaması, ödeme gücü olması ve alacağını tahsil edememesi gibi sebepleri nedeniyle oluşacak her türlü zararı ortak sorumlu tutulur¹⁷. İşlemin kurumun kendisine sağlayacağı fayda ve anlaşılabilir şartlara uygun olarak yapılması.

Projenin gerçekleştirilmesi için bankanın kullandığı sermaye ve hisse oranlarına göre ayarlanarak yürütmesinden dolayı, oranı belirleyici bağlanabilmektedir. Projenin

¹⁷ Kuveyt Türk Evkaf Finans Kurumu, 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'ilihâ*, 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-Vazifetü't-tenmeviyye li'l-müessesâti'l-mâliyeti'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-İslâmî*, İskenderiye 1998, s. 104; el-Bedûr, Râdî, "İktisâdiyâtü ukûdi'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 "Hutatü'l-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 arasında aşağıdaki yöntemlerden biri tercih edilir.

Birinci Yöntem: Ortaklık vâkıfı tarafından kurulur. Bu yöntemde, ortaklıkta payını dilediğince ortaklıktan ayrılma hakkını veren ortak, ya mevcut ortak ya da başkası olabilir.

İkinci Yöntem: Gelirin belli bir kısmı banka tarafından kullanılmak üzere ayrılır. Bankanın kalan payına düşen kâr ek olarak, ortak mülkiyet hakkının devri kararlaştırılır. Ortak payı için belirlenen bedel tamamlanana kadar banka ve yönetici ortak arasında kalır.

Üçüncü Yöntem: Proje, banka tarafından kurulur. Ortaklık, bu hisse senetleri üzerinden yapılır. Bu hisseler, bu hisselerle düşen kâr-zarar paylaşımına göre, belli bir süre sonra belli bir şartı yer alır. Taksitler ödenince ortak lehine artar; son taksitin ödenmesiyle ortak girişimci ortağın mülkiyetine geçer.

Mülkiyetin devriyle sona eren ortaklık, devlet bankalarından birinin faizsiz olarak işlettiği şirketi arasında uygulandığı gibi, bankalar arasında turist taşımacılığına yönelik olarak amacıyla kurulmuştur. O tarafa örnek olarak Cüneyhi'dir. Bir milyonunu bankaya yatırmış, yüklenmiştir. Anlaşmaya göre, bankanın bin Cüneyh olmak üzere, beş

buhûsi'l-hadârati'l-İslâmiyye, A. Vâil, Vedâiu'l-masrifiyye, envâuhâ, ismi'l-İslâmî, Hamûd, Tatviru'a'mâli'l-masraf, s. 472-476.

²² es-Sâvî, Muhammed, *Müşkiletü'l-İslâmî*, s. 619-620; Mahmud, *hatmiyye*, yy. 1989, s. 204; Ali, *şeri'yye ve tatbikâtuha'l-ameliyye*, Abdullatif Meşhûr, *el-İstismâr fî'l-İslâmî*, *Terşidü's-şer'i*, 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 kiralayarak 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

miktarını bulunca banka ortaklığına sona erer. Böylece arsa sahibine geçmiş olduğu

3. Sermaye Ortaklığının İslâmî Değerlendirilmesi

Sermaye ortaklığının bankalarla ilişkisi ve önemi şöyle sıralanır:

- Tasarrufları faizli yöntemlerle kullanmak kurtarır.

- Elinde ihtiyaç fazlası tasarrufları olanlar, beceri eksikliği veya iş yoğunluğu nedeniyle dan yoksun olanlara, tasarruflarını kullanarak

- Faizli çalıştıkları için gelecekteki birikimlerinin, ekonominin h

- Sermayenin değerlendirilmesinde tasarruflama tasarruf sahipleri, bankalarla işbirliği yol açar. Menfaatler ortak olarak elde edilmesinde bozulmasında sermaye sahipleri tarafından bırakamaz.

- Menfaat ve riskten ortak olarak yararlanarak gerek sermaye sahipleri bankalarla işbirliği yapacağı müteşebbisleri seçerken bankaların yemi yanında ticarî ahlâkını da göz önünde verimli ve dürüst çalıştıran bankacıları adamları ödüllendirilip teşvik

- Uzun süreli ortaklık kurarak bankaların, projelerini mülkiyetin devriyle bankaya geçirme imkânı verir.

- Ortaklığın verdiği yetkilerle bankaların iş ve yönlendirme imkânını bankaların projelerde ve yanlış şekilde de

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

²⁴ el-Heytî, Abdurrezzâk Rahîmî, *el-Masrifü'l-İslâmî*, Ammân 1998, s. 502.

²⁵ Şelebî, İsmâil Abdurrahim, "el-Masrifü'l-İslâmî", *Hutatü'l-istismâr* j

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

Ortaklıklar, fıkıhta 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 (*mudârabe*) yer alır. Faizsiz bankacılıkta bu ortaklık çeşitlerinden *sermaye ortaklığı* ve *emek-sermaye ortaklığı*na 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 ortaklığı*yla büyük oranda benzerlik gösterir³⁰. *Inan ortaklığı*, *iki veya daha fazla kişinin ticaret yapmak ve kârı anlaştıkları oranlarda paylaşmak üzere bir mal üye-*

rinde kurdukları ortaklık şeklinde kurulur. Bankalar da kurucu ortakların üzerine, bu sermayeyi çalıştırdıkları kurallar çerçevesinde pay eder.

AŞ olarak kurulan banka, *mudârib-rabbu'l-mal* ilişkisi temelinde kurulur. Bankanın sermayesi üzerine *mâlik*, *mevduat* kabul edilir. Bankanın *mudârib*ni katarak yatırıma dönüştürme hukukçuları, fakihlerin ortaklık vurguyu dikkate alarak, hükme göre *mudârib*, *mutlak mudârabe* sermayesine katabilir³². *Hanefî* “dilediği gibi amel edebilme” kendi sermayesini *mudârabe* göre ise, *mudâribin*, *mudâral* için, sermaye sahibinin açık hukukuçuları, sermayedarla katılma sözleşmenin, yukarıda böyle bir uygulamanın caiz o-

B. Bankanın Sermayeyi C Hukuku'ndaki Yeri

Mudâribin başkalarıyla sermaye takdirde hesap sahipleri ve dâim ve işleyişinde tarafların y-

ve'l-müşkilât, s. 283; Bekir, Reyhan, *Sıyeğu't-temvîl 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, *Hukukî İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1985, VII, 76-77.

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

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

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

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

³¹ İbn Duveyyân, Sâlim ez-Zeydî, *İslâmî Hukuk*, 1979, I, 372.

³² Sahnûn b. Abdisselam, *el-Müde*

³³ Kâsânî, *Bedâ'i*, VI, 95; İbn Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî'l-muhtâr*, VI, 223.

³⁴ eş-Şirâzî, Ebû İshak, *el-Mühezz*, Dimaşk 1996, III, 480.

³⁵ Ebû Üveymir, *et-Terşidü's-şer'i*, s. 153.

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 aslanan da budur. Mudâraibe ise, emek ve sermaye üzerine kurulan ortaklık olup müşârekeye göre ikinci derecede bir akittir³⁷. Mudâraibe verilen iznin niteliği, mezheplere göre değişir. *Hanefî* ve *Hanbelî* ulemâsı “mudâribin dilediği gibi amel etmesi” özgürlüğüne dayanan mudârabede, mudâribin mudâraibe sermayesi ile müşâreke ortaklığına gitmesini caiz görürler. *Kâsânî*’ye (587/1191) göre, yönetici konumundaki mudâraibe “dilediğin gibi hareket et” denilip, başkasıyla mudâraibe veya müşâreke ortaklığına gitmesi hususu açıkça belirtilmese dahi, mudâribin, sermayeyi başkasına mudâraibe sermayesi olarak vermesi, başkasıyla inan ortaklığı kurması caizdir³⁸. *İbn Kudâme*’ye (ö. 620/1223) göre ise, “mudâraibe dilediğin gibi amel et denmedikçe, mudâraibe sermayesi ile müşâreke ortaklığı kuramaz”³⁹. Başkalarıyla ortaklıklar kurarak sermayeyi yatırıma dönüştürmek ticaretin gereklerindendir. Amaç kâr olduğuna göre mudâraibe “dilediğin gibi hareket et” şeklinde verilen izin, başkalarıyla ortaklığı da kapsar. Ancak “dilediğin gibi hareket et” denmemişse, böyle bir ortaklık caiz olmaz. *Şafîî* fakihleri “dilediğin gibi hareket et” şeklindeki irade beyanını yeterli görmeyip, *rabhu'l-mal*’ın açık iznini şart koşmuşlardır⁴⁰. Çünkü onlara göre mudâraibe 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-

ci ortaklık değil bankadır. Pazar zarar, önce banka ile yönetici konumundaki banka ile sermaye taksim edilir⁴².

Şirketin idaresini yönetici, şirket kâr miktarından fazla pay, *belî*’lere göre, böyle bir uygu “Eğer işin yürütülmesi ortaklık da kârdan belli oranda fazla Kâr aralarında belirlenen şart ortak, hem sermayesinin hem *Kudâme*’ye göre ise, “1000 ve hemle ortaklık kursalar ve bu yürütmesi ve kârın eşit taksimi altı hisse kabul edilip iki hissiği olarak üç hisse, işi bilfiil yesi oranında paylaştırılır. Se şeklinde taksim edilir⁴⁵.

*Mâlikî*⁴⁶ ve *Şafîî*’lere⁴⁷ göre ortaklık caiz değildir; *tarafkların ser* *İbn Rüşd* (ö. 595/1198) şöyle zetmekteler; zararda farklılığı kabul etmezler. *Hanefî* ve *H benzetmekteler. Mudârabede zın yalnızca emeği karşılığın göre, böyle bir durum müşâr ye hem de emek katkısında kâra ek olarak, emeği karşılığ*

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

³⁷ Kâsânî, *Bedâ’i*’, VI, 96.

³⁸ Kâsânî, *age.*, 95.

³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 30.

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

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

⁴² Ebû Uveymir, *et-Terşidü's-şer'i*,

⁴³ Kâsânî, *Bedâ’i*’, VI, 63.

⁴⁴ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 27.

⁴⁵ İbn Kudâme, *age.*, V, 37-38.

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

⁴⁷ Şirbînî, *Muğnî'l-muhtâc*, II, 215.

⁴⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I,

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 ortaklıktan 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. Hanbelî*'den (ö. 164/855) nakledilen bir rivayete göre, inan ortak-

lığında tarafların sermayeleri ise, nakit para dışındaki mal kanaatindedirler⁵¹. Para dışındaki kıymeti belirlendiği takdirde vardır⁵². Bize göre, bu görüş medeki mülkiyetin devriyle haram, haramı helâl kılmaya tür⁵³. Burada da böyle bir şey çoğunluğuna göre va'd, uhre değil ise de⁵⁴ taraflar kendi örne yapmakta, banka veya diğer mülkiyet altına girmektedir. Veriştirilmiş ise, bir kısım fukahayla mülkiyetin devri va'dini işünden hareketle, günümüz devriyle sona eren ortaklık u bileceği sonucuna ulaşılabilir.

Taşınır mallardaki ortaklık dir: *Birincisi*, banka, bir mal sunmakta; *ikincisi ise*, sözleşme da –ödenen taksit oranında– ödenmesiyle tüm mülkiyetin akdin yeni ve caiz bir akit ol isimlendirme hususunda değ ve *el-Heytî*⁵⁵ ile *Yahya İsmail*

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

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

⁵¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 151-152; el-Mısri, ts., II, 258; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 414 - 415; Hazm, *el-Muhallâ*, VI, 414 - 415.

⁵² Dusûkî, Ebû Abdillâh Ahmed b. Halil İbrahim Halil), Beyrut 2002, *Muhtasari Halîl*, Beyrut ts., III, 3.

⁵³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 124.

⁵⁴ Tirmizî, "Ahkâm", 17; Ebû Davud, ts., I, 17.

⁵⁵ el-Behûtî, Mansur b. Yûnus, Mustafa), Beyrut 1402/1982, II, 17.

⁵⁶ el-Abderî, Muhammed b. Ebî'l-Hasan, ts., I, 17.

⁵⁷ Hamûd, *Tatvirü'l-a'mâli'l-masrif*, ts., I, 17.

⁵⁸ el-Heytî, *el-Mesârifü'l-İslâmiyye*, ts., I, 17.

şartıyla- bu bir mudârabedir. *Muhammed Sâvî*'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 mudâradan 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-Masrifü'l-İslâmî mecâlâtühû ve âsâruhu'l-İslâmiyye*, Cidde 1981, s. 342.

⁶⁰ es-Sâvî, *Müşkiletü'l-istismâr*, s. 622 - 623.

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

Fıkıhta tarafların sayısına paylaşımlı üzerine kurulan ortaklıkların görülmesi. Sermayenin nakli ve sorumluluklarının sınırı, değişik görüşler ileri sürülmüştür. Fıkıhta, yönetici ortak ve sermaye ortaklığına göre anlaşmazlığa yol açacak kapalı ortaklıkların kabulü tartışılmaktadır. Günümüzde sermaye ortaklığına yetki ve sorumluluklarını ilgilendiren tartışılmaktadır. Bir çok alanda ortaklıkların kurulmuş ve fıkıhtaki ortaklıkların hukukunda yer almıştır. Bankaların sermaye ortaklığı çerçevesinde kurulmaktadır. Ortaklıkların belirlenmektedir. Mesele, ortakların aynî mal olması tartışmasıdır. Birlikte aynî malların da sermaye ortaklığına sermayesinin öz sermaye ile ortaklık sermayesi kalmıştır. Tarafların kâr ve zararın yönetmeliklerce belirlenmesi, ortakların bilerek faaliyete başladıkları ortaklıkların yatırırken bunlardan haberdar olmaları, hesabın açılışı esnasında, yatırımların açıklanan hesap cüzdanı ile para yatırması, yatırılan paraların banka tarafından istenildiği anlamına gelir. Böylece, fıkıhtaki ortaklıkların işletilmesi durumunda, sermaye ortaklığında bir finansman yöntemi olarak sakınca doğurmadığı anlaşılmaktadır.

Günümüzde faizsiz bankaların sermayeyi ortaklık esasına göre değerlendirildikleri noktasında, ortaklıkların satımla faizcilik, birbiriyle karışması günümüzde de çok kere karışmıştır.

lık sistemi faiz üzerine bina edilmiştir. Faizsiz bankaların uyguladıkları bir çok 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 mevkide 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.