

İSLAM HUKUKUNDA MUDAREBE (EMEK+SERMAYE) ŞİRKETİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

Ar. Gör. Doruk Gönen*

GİRİŞ

Kişilerin İslam ekonomisine gösterdiği ilgi, özellikle son yıllarda, hem ülkemizde hem de yabancı ülkelerde artış kaydetmektedir. Bunun küresel ölçekte başlıca sebebi, petrol zengini Müslüman ülkelerin yatırımcılarının, petrol gelirlerini ülke dışına çıkararak daha avantajlı marketlerde, ama İslami esaslara da uygun şekilde değerlendirme eğilimidir. Bu nedenle, özellikle Avrupa ve Amerika'da, yani çoğunluğunu gayrimüslimlerin oluşturduğu ülkelerde bile, tamamen İslami esaslara uygun olarak kurulup işleyen birçok banka ve benzeri finans kuruluşu açılmıştır ve halen faaliyet göstermektedir. Hatta bu kuruluşlarının önemli bir kısmının sahibi ya da sahipleri, kısmen ya da tamamen gayrimüslim olmasına rağmen, İslami esaslara uygun yatırım araçlarına ulaşmak isteyen sermayenin fazlalığı, onları bu nitelikte bir yatırım yapmaya teşvik etmiştir. Ülkemizde de durum bundan pek farklı değildir. İslami esaslara uygun yatırım enstrümanları arayan sermayedeki artış, serbest piyasa koşulları içinde karşılığını bulmuş, gerekli yasal altyapıyı gören yerli ve yabancı yatırımcılar, bu tür kuruluşlar açmaya ve işletmeye başlamışlardır.

Bu tür kuruluşların açılmasında ve tamamen İslami esaslara uygun şekilde faaliyet göstermesinde, bu faaliyetleri, ülkemiz mevzuatının emredici hükümlerine, genel ahlaka ve kamu düzenine bir aykırılık teşkil etmediği sürece, herhangi bir sakınca yoktur. Nasıl ki terekenin taksimi Medeni Kanun'un emredici hükümleri ihlal edilmemek, örneğin kanuni saklı paylar gözetilmek kaydıyla, İslami esaslara uygun şekilde yapılabilecekse, ilgili mev-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

zuattaki emredici hükümler gözetilmek kaydıyla İslami esaslara, uygun yatırım araçları da yaratılabilecektir.

Mudarebe şirketi, günümüzün hukuki ve ekonomik şartları altında, bu amaçla en çok başvurulan yollardan birisidir. İşte biz de bu çalışmamızda öncelikle, genel olarak İslam hukukunda şirketlerin düzenleniş tarzını ve mudarebenin bunlar içindeki yerini yansıtmayı, sonra ise, bunlardan biri olan mudarebenin taraflarının hak ve borçlarını ortaya koymayı amaçladık.

I- GENEL OLARAK İSLAM HUKUKUNDA ŞİRKETLER VE MUDAREBE

A- İslam Hukukunda Şirketlere Genel Bakış

Şirket sözcüğü etimolojik olarak, eş-Şerike veya eş-Şirka olarak da kullanılan sözcüğe dayanır. İslam hukuku bakımından şirket, birden fazla kimseye bir şeyin ait olması ve onların bu şeyle başkalarından ayrılmış olması anlamına gelmektedir¹. Her ne kadar modern hukuklarda şirket kavramından bahsedince, sözleşmeyle kurulan ihtiyari şirketler akla gelse de; İslam hukukunda şirket deyince, bir malda, bir işte, bir karda veya sermaye ile işte ve karda en az iki kişinin ihtiyari ya da gayri ihtiyari bir şekilde ortak olmaları anlaşılır².

İslam hukukunda şirketleri üç ana gruba ayırmak mümkündür. Bunlar; Şirket-i İbahe, Şirket-i Mülk ve Şirket-i Akd'dir³. Bu haliyle şirket tiplerinin kapsamı, günümüzdeki şirket tiplerinin kapsamından çok daha geniş bir alana yayılır⁴. Bununla birlikte, aşağıda yapacağımız kısa açıklamalarda da görülebileceği üzere, günümüzde anladığımız anlamda şirket, yani temel amacı yatırım yapıp kar elde etmek olan teknik anlamda şirket, İslam hukukunda bir akit tipi olarak öngörülmüş ve isimli akitlerden biri olarak düzenlenmiştir⁵. İslam hukukundaki şirket düzenlemesinin mo-

1 Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mecelle), md. 1045.

2 Osman Şekerci, *İslam Şirketler Hukuku, Emek Sermaye Şirketi*, İstanbul, Marifet Yayınları, 1981, s. 81.

3 Servet Armağan, *İslâm Hukuku (Ders Notları)*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2003, s. 74.

4 Servet Armağan, *Ana Hatlarıyla İslam Ekonomisi (İslam Ekonomisi)*, İstanbul, Timaş Yayınları, 1991, s. 71.

5 Mustafa Ahmet Ez-Zerka, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*, Çev. Servet Armağan, İstanbul, Timaş Yayınları, 1993, s. 401; Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 73.

dern hukuklardan bir diğer farkı ise, şirket tiplerinin ortakların sorumlulukları gözetilerek değil, ortakların şirkete koydukları sermayenin niteliği gözetilerek sınıflandırılmış olmasıdır⁶.

Şirket-i İbahe temelini, Hz. Peygamberimizin (S.A.V.) bir hadisinde bulmaktadır. Buna göre, "Müslümanlar üç şeyde ortaklardır: su, bitki ve ateş"⁷. Peygamberimizin bu hadisinden yola çıkan İslam düşünürleri, insanların paylaşarak kullanabileceği nitelikteki bu maddeler üzerinde bir şirketin varlığından bahsetmişlerdir. Tabi ki burada kastedilen şirket, modern anlamda bir ticaret şirketi değildir. Çünkü burada mala malik olmak değil, belli nitelikteki mallardan, belli şartlar altında ve kişisel mülkiyeti ihlal etmeyecek şekilde yararlanmak söz konusudur⁸.

Şirket-i Mülk ise, iki ya da daha çok sayıdaki şahsın herhangi bir sebeple bir şeye birlikte malik olmaları halidir. Bu durum tarafların rızasıyla, örneğin birlikte bir malı satın almalarıyla ortaya çıkabileceği gibi, tarafların rızası dışında da, örneğin mallarının kaza sonucu birbirine karışması ya da birlikte bir terekeye mirasçı olmaları gibi, ortaya çıkabilir⁹. İslam hukukunda şirketler konusu içinde incelenen bu durumda da aslında modern anlamda bir şirket yoktur. Çünkü tarafların belli bir sermaye koyarak kar elde etmek yönünde bir amaçları mevcut değildir. Günümüzde bu durum daha çok, genel olarak eşya ve miras hukukunun, özel olarak ise birlikte mülkiyet hallerinin konusunu oluşturmaktadır.

Şirket-i Akd, yani akit şirketleri ise günümüz ticaret hukukunda incelenen şirketlere daha çok benzemektedir. Bu şirketlere akit şirketleri denmesinin nedeni, yukarıda anlatılan şirket çeşitlerinden farklı olarak bir akit ürünü olmalarıdır¹⁰. Yani, bir ortaklık niteliğine sahip olmakla beraber, normal bir akdin kurucu unsurla-

6 Şekerci, *a.g.e.*, s. 55.

7 Ebu Davud, *Büyu'*, 26; İbn-i Mâce, *Rühun*, 16; Hanbel, 5/364.

8 Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 72; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 75; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, Nazir Akbasan Matbaası, 1952, s. 459 ve 477 vd.; Şekerci, *a.g.e.*, s. 120; Ez-Zerka, *a.g.e.*, s. 931 vd.

9 Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 72-73; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 77-78; Bilmen, *a.g.e.*, s. 458-459 ve 464 vd.; Şekerci, *a.g.e.*, s. 128 vd.; Ez-Zerka, *a.g.e.*, s. 401.

10 Bunun sonucu olarak Mecelle'de de bu tür şirketler, akitler bahsi içinde, 1329-1403. maddeler arasında düzenlenmiştir.

rı olan icap ve kabulle kurulmaktadır¹¹. İslam hukukunda bir akit şirketinin söz konusu olabilmesi için, iki ya da daha fazla kişilerin nakit sermaye, işgücü ya da kredi koyarak bu birlikteliğe katılmaları gerekir¹².

Her ne kadar İslam hukukunda şirketler, farklı mezheplerin hukukçuları tarafından farklı farklı sınıflandırılıyor, hatta zaman zaman farklı isimlerle anılıyorsa da¹³, şu şekilde bir sınıflandırma yapılabilir:

– Şirkete koyulan sermayenin miktarı ve şirket ortaklarının şirketin borçlarından sorumluluğuna göre şirketler ikiye ayrılır:

- Mufavaza Şirketi: Bu çeşit şirketlere ortaklar eşit oranda sermaye ve sorumluluk ile katılırlar. Bu şirketin özelliği, ortakların bütün malvarlıklarıyla şirket borçlarından sorumlu olması, her ortağın şirket işleri bakımından diğer ortağın hem vekili hem de kefil olmasıdır¹⁴. Şirketin bu vasıflarına bakılınca hemen anlaşılacağı üzere, bu çeşit şirketler ancak aralarında tam bir güven ilişkisi olan ortaklar arasında kurulabilir¹⁵.

- İnan Şirketi: Bu çeşit şirketlerde, ortakların şirketteki sermaye oranları farklı olabilmekte ve ortaklar şirket borçlarından, şirkete koydukları bu sermaye miktarıyla sorumlu olmaktadır¹⁶. Mufavaza şirketinden daha esnek yapısıyla inan şirketi, bütün hukukçular tarafından kabul görmüş ve uygulamada da mufavaza şirketinden daha çok rastlanmıştır¹⁷.

¹¹ Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 73; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 78; Bilmen, *a.g.e.*, s. 459.

¹² Akit şirketine muhtelif mezheplerdeki hukukçular tarafından getirilmiş tanımlar için bkz. Şekerci, *a.g.e.*, s. 132 vd.

¹³ Bu konudaki detaylı bilgi için bkz. Şekerci, *a.g.e.*, s. 167 vd.

¹⁴ Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 75; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 78-79; Bilmen, *a.g.e.*, s. 459; Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, London, Oxford University Press, 1966, s. 156; Murat Çizakça, *İslam Dünyasında ve Batı'da İş Ortaklıkları Tarihi*, Çev. Şehnaz Layikel, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları 75, 1999, s. 6.

¹⁵ Şirket bu niteliği nedeniyle, bazı İslam hukukçuları tarafından caiz görülmemektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Şekerci, *a.g.e.*, s. 173 vd.

¹⁶ Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 75; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 79; Bilmen, *a.g.e.*, s. 459; Reinhard Leopold Klarman, *Islamic Project Finance*, Lausanne, 2003, s. 150 vd.; Schacht, *a.g.e.*, s. 156; Henri Laoust, *Le Précis de Droit d'Ibn Qud_ma*, Beyrouth, Institut Français de Damas, 1950, s. 109; Çizakça, *a.g.e.*, s. 7.

¹⁷ Şekerci, *a.g.e.*, s. 198.

– Şirkete koyulan sermayenin cinsi bakımından şirketler şu ayrıma tabi tutulabilir:

- Emval Şirketi: Bu tür şirketlerde ortaklar şirkete sermaye olarak para cinsinden şeyler getirirler. Para cinsinden şeyler demek, para, altın, gümüş gibi malları kapsar¹⁸.

- Amal Şirketleri: Ortakların şirkete sermaye olarak emeklerini koymasıyla ortaya çıkan şirketlere amal şirketleri denir. Örneğin, iki terzinin emeklerini ortaya koyarak bir birliktelik halinde çalışmaları bu şirketi oluşturur¹⁹.

- Vücut Şirketi: Halk veya tüccarlar nezdindeki itibarlarına dayanarak, bir şeyi borçlanmak suretiyle satın alıp, peşin para ile satış yapmak ve elde edilen karı bölüşmek konusunda anlaşan iki kişinin meydana getirdiği şirkete vücut şirketi denir²⁰.

Yukarıdaki iki kıstasa göre yapılan ayrımın ardından, İslam hukukunda arz ettikleri özellik sebebiyle genellikle ayrı başlık altında incelenen üç şirket türüne daha değinilebilir:

- Mudarebe²¹: Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan mudarebe şirketi, tarafların birinin sermaye olarak parasını, diğer tarafın emeğini koymasıyla ortaya çıkar. Bu konu ilerde detaylı olarak incelenecektir.

- Müzaraa: Bu şirket türünde ortaklardan biri tarımsal amaçlarla işlenilmeye elverişli toprağını sermaye olarak koyarken, diğer taraf bu toprağı işlemek yönündeki emeğini sermaye olarak şirkete koyar. Ekim yılı sonunda elde edilecek hâsılat taraflar arasında paylaşılacaktır²².

18 Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 79; Bilmen, *a.g.e.*, s. 460; Louis Milliot, *Introduction a l'Étude du Droit Musulman*, Paris, Recueil Sirey, t.y. s. 662.

19 Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 75; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 79-80; Bilmen, *a.g.e.*, s. 460; Şekerci, *a.g.e.*, s. 220 vd.; Laoust, *a.g.e.*, s. 109; Milliot, *a.g.e.*, s. 662.

20 Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 76; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 80; Bilmen, *a.g.e.*, s. 460; Şekerci, *a.g.e.*, s. 238; Schacht, *a.g.e.*, s. 156; Laoust, *a.g.e.*, s. 109; Milliot, *a.g.e.*, s. 662; Çizakça, *a.g.e.*, s. 7.

21 Mudarebe şirketi, özellikle Hicaz bölgesinde "Kirad" veya "Mukarada" olarak da anılmakla birlikte, biz çalışmamızda, daha yaygın bir kullanımı olduğu için "Mudarebe" terimini tercih edeceğiz.

22 Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 77 vd.; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 83-84; Bilmen, *a.g.e.*, s. 458.

• Müsakaat: Bu şirket türünde taraflardan biri, semere veren nitelikte ağaçlarını şirkete sermaye olarak koyarken, diğer taraf ise bu ağaçlara bakmak şeklinde ortaya çıkacak emeğini sermaye olarak koyar. Dönem sonunda elde edilecek semere, taraflar arasında paylaşılacaktır²³.

B- Mudarebe Şirketinin Tanımı

Mudarebe şirketinin tanımı, farklı mezheplerin hukukçularınca farklı şekilde yapılmıştır. Hanefilere göre mudarebe, "Bir taraftan sermaye diğer taraftan emek olmak üzere kar üzerinde yapılan bir anlaşmadır.". Hanbelilere göre ise, "Karı aralarında bölüşmek üzere birinin diğerine ticaret için sermaye vermesidir."²⁴.

Mecelle de 1404. maddesi ile, Hanbelilerin tanımını benimsemiş gözükmektedir. Buna göre "Mudarebe, bir taraftan sermaye ve diğer taraftan say ve amel olmak üzere bir nevi şirkettir. Sermaye sahibine rabbül-mal ve âmile mudârib denilir."

Buna göre mudarebe şirketi, taraflardan birinin şirkete sermaye olarak parasını, diğerinin ise o parayı çalıştırmak yönündeki emeğini koyması ve paranın çalıştırılması sonucu elde edilen karın taraflar arasında bölüşülmesi şeklinde ortaya çıkan bir şirket türüdür.

C- Mudarebe Şirketinin Meşruluğu

Kuran-ı Kerim'de kişilerin ticaret yapmasını ve bu yolla hayatını kazanmasını teşvik edici birçok ayet vardır. Bunlara örnek olarak, "... Yeryüzünde gezip Allah'ın lûtfunu arayan başka kimseleri..."²⁵ ifadesini taşıyan ayet gösterilebilir. Kuran-ı Kerim'in el-Cuma suresi 10. ayetinde ise, "... Yeryüzüne dağılın ve Allah'ın lûtfundan (nasibinizi) arayın..." denmektedir. Mudarebenin meşruluğu yönünde bir yaklaşım getirdiği kabul edilebilecek bir diğer ayette ise, "Rabbinizin lûtuf ve keremini aramanızda sizin için bir günah yoktur..."²⁶ denmektedir.

²³ Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 80 vd.; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 84; Bilmen, *a.g.e.*, s. 458.

²⁴ Şekerci, *a.g.e.*, s. 249-250.

²⁵ Kuran-ı Kerim, LXXIII, 20.

²⁶ Kuran-ı Kerim, II, 198.

Mudarebenin meşruluğu yönünde birçok hadis de bulunmaktadır. Hz. Muhammed'in (S.A.V.) peygamberliğinden önceki dönemde Hz. Hatice ile bu yönde bir anlaşma yapmış olması ve peygamberliği sırasında bunu çevresindekilere anlatması, bu nitelikte bir ticari faaliyeti uygun bulduğu yönünde bir delil olarak kabul edilebilir²⁷. Ayrıca Hz. Muhammed'in (S.A.V.) peygamber olmasından sonraki dönemde, çevresindeki kişilerin mudarebe şirketi niteliğinde ticari faaliyetlerde bulunmasına rağmen Hz. Muhammed'in buna karşı çıkmaması, susması, mudarebe şirketinin meşruluğu yönünde bir işaret olarak kabul edilmiştir²⁸.

Sahabe tatbikatında da mudarebe uygulamasıyla karşılaşılır. Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Abdullah, Hz. Âişe'nin, özellikle yetim mallarını mudarebe olarak verdikleri bilinmektedir²⁹.

Mudarebenin meşruluğu konusunda icmada da bir görüş ayrılığı yoktur. İslam hukukçuların hepsi mudarebenin caiz olduğuna icma etmişlerdir³⁰.

D- Mudarebe Şirketinin Kurulması

Mudarebe şirketinin ortaklar arasında yapılan bir sözleşme olması nedeniyle, bu sözleşmenin kurulması için tarafların bu yöndeki geçerli icap ve kabulleri aranacaktır³¹. Bununla birlikte bu icap ve kabulün yapılması bir şekle bağlı değildir. Tarafın o anlaşmayı yapmak ya da kendisine yapılan teklifi kabul etmek niteliğindeki her türlü sözü, geçerli bir icap veya kabul olarak değerlendirilebilecektir³².

Bununla birlikte, ortaklardan birinin kendisine yapılan teklif karşısında sessiz kalıp, açıkça bir irade beyanında bulunmaması-

27 İbn Sad, *Tabaqât*, Beyrut, 1960, I, 545, Şekerci, *a.g.e.*, s. 251'den naklen; Hz. Muhammed'in (S.A.V.) bu ortaklığı Saib İbni Şureyk ile kurduğu yönünde, Bilmen, *a.g.e.*, s. 463.

28 Şekerci, *a.g.e.*, s. 251'den naklen, Eş-Şavkânî, V, 282.

29 Şekerci, *a.g.e.*, s. 252-253.

30 Şekerci, *a.g.e.*, s. 253-254; Cengiz Kallek, "Mudarebe", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt 30, İstanbul, 2005, s. 359-360; Osmanlı İmparatorluğu döneminde mudarebe uygulaması ve mudarebe sözleşmesine ilişkin uygulamadan çeşitli mudarebe sözleşmesi örnekleri için bkz. Çizakça, *a.g.e.*, s. 60-69.

31 Kallek, *a.g.m.*, s. 360; Bu durum Mecelle md. 1405'te şu şekilde açıklanmıştır: "Mudârebenin rüknü icab ve kabuldür."

32 Klarmann, *a.g.e.*, s. 190.

na rağmen, işe koyulmuş olmasının kabul niteliğinde olup olmayacağı tartışmalıdır. Malikiler ve Hanbeliler'e göre, kendisine yapılan teklif üzerine işe başlayan tarafın bu tutumu, kabul olarak değerlendirilebilir. Oysa Hanefi ve Şafi'lere göre, yalnız işe koyulmak yeterli değildir, işe yüklenen tarafın rızasını gösteren bir söz söylemesi de gerekir³³.

Yapılacak olan icap ve kabul herhangi bir şekle bağlı kılınmış olmamakla beraber, tarafların mudarebe yapmak konusundaki iradelerini tam olarak ortaya çıkarması gerekir³⁴. Yani, taraflardan birinin vermiş olduğu parayla diğerinin mal alıp satmasını ve bu alım satımdan elde edeceği karı aralarında bölüşmeyi teklif etmiş olması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi gerekir. Eğer bu şart gerçekleşmezse ortada mudarebe dışında bir hukuki ilişki, örneğin bir vekâlet ya da istisna akdi var demektir. Bunu yanında mudarebe anlaşmasında, şirkete sermaye olarak emeğini koyan tarafın ne kadar kar payı alacağına da belirtilmiş olması gerekir³⁵. Eğer bu taraflarca belirlenmemişse mudarebe şirketi kurulmuş olmaz, elde edilen kar ya da ortaya çıkan zarar tamamen sermaye sahibine kalır, emek sahibi ise bu emeği karşılığında bir ücrete hak kazanır. Şirkete sermaye olarak parasını koyan tarafın, ne miktarda bir sermaye koyacağını da sözleşmenin kurulması anında belirlenmiş olması gerekir. Aksi takdirde yine sözleşme geçersiz olacak ve yukarıda belirtilen sonucun aynısı ortaya çıkacaktır³⁶.

II- MUDAREBE ŞİRKETİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A- Sermaye Sahibinin (Rabbu'l Mal) Hakları ve Borçları

1- Sermaye Koyma Borcu

Mudarebe şirketine koyulacak sermayenin mutlaka aynı ve

33 Şekerci, *a.g.e.*, s. 255.

34 Kallek, *a.g.m.*, s. 360.

35 Eğer şirkete sermaye olarak para koyan ortağın kardan hiç pay almayacağı kararlaştırılmışsa, bu durumda ortada bir mudarebe şirketi değil, bir karz akdi var demektir. Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 40.

36 Şekerci, *a.g.e.*, s. 256-257.

nakit olması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir³⁷. Bunun gerekçesi, para dışında sermaye ile kurulacak şirkette, tasfiye aşamasında bunun geri verilmesi işleminin zorlaşacak olmasıdır. Çünkü bu durumda eğer sermaye olarak koyulan malın değeri artmış olursa, karın payını aşan bir kısmı sermaye sahibine gitmiş olacak, eğer malın değeri azalırsa, sermayenin bir kısmı mudaripte kalmış olacaktır. Bununla birlikte, mevcut bir eşyayı satmak yoluyla elde edilecek paranın şirkete sermaye olarak koyulması mümkündür (Mecelle md. 1409)³⁸.

Sermayenin mutlaka belirli olması gerekmektedir. Bununla birlikte belirliliğin sağlanabilmesi için, Hanefilere göre onun görülmesi yeterli olmakla birlikte, Hanbelîlere ve Şafilere göre sadece görülmesi yetmemekte, mutlaka miktar, cins ve niteliğinin belli olması gerekmektedir. Bununla birlikte verilen paranın bir bölümünün şirkete koyulmak üzere sermaye, bir bölümünün ise mudaribe ödünç olarak verilmesi mümkündür³⁹.

Sermaye sahibinin üçüncü bir kişiden alacaklı olması durumunda mudaribe, önce alacağı tahsil etmesi, sonra ise tahsil ettiği bu parayla mudarebe yapması yönünde talimat vermesi genel olarak geçerli kabul edilmektedir (Mecelle md. 1409)⁴⁰. Bununla birlikte, mudaribin sermaye sahibine borçlu olması durumunda, bu borç daha tahsil edilmeden, doğrudan doğruya bu borç üzerinden mudarebe kurulamayacağı kabul edilmektedir⁴¹.

Sermaye sahibinin sermaye koyma taahhüdünün yerine getirildiğini kabul edebilmek için, işleticinin satın almada kullanacağı bu sermayenin, dilediği zaman kullanabileceği şekilde kendisine teslim edilmiş olması gerekir (Mecelle md. 1410)⁴². Eğer ser-

37 Kallek, *a.g.m.*, s. 360; Mudarebe şirketine koyulacak olan sermayenin niteliğine ilişkin Mecelle md. 1409'a göre, "Re'sülmalin sermaye-i şirket olabilecek mal olması şarttır./ Binaenalâzalik uruz ve akar ile zimem-i nâsda olan alacak mudârebede re'sülmal olamaz./ Fakat rabb-ül-mal eğer uruzdan bir şey verip de bunu sat ve semeni ile mudarebeten amel et dese ve mudârib dahi kabul ve kabz ederek o malı satıp ve bedeli olan nukutu sermaye edip de alış veriş eylese mudarebe sahih olur. Kezalik, filanın zimmetinde alacağım olan şu kadar kuruşu kabz et de mudârebe yolunda kullan dese ve o dahi kabul etse sahih olur."

38 Şekerci, *a.g.e.*, s. 266-268; Klarmann, *a.g.e.*, s. 191; Kallek, *a.g.m.*, s. 361.

39 Şekerci, *a.g.e.*, s. 269.

40 Klarmann, *a.g.e.*, s. 191.

41 Şekerci, *a.g.e.*, s. 269.

42 Bilmen, *a.g.e.*, s. 504; Klarmann, *a.g.e.*, s. 191.

maye sahibi sermayenin kontrolünün kendisinde kalmasını şart koşarsa, bu şart mudarebe akdini sakatlar⁴³.

Sermaye sahibi, şirket sözleşmesinin kurulması anında, mudarip ile beraber çalışmayı ileri sürerse, bu durum mudaribi zorlamak olarak görülmüş ve bu nedenle mudarebe akdinin sakatlanacağı genel olarak kabul edilmiştir. Fakat sözleşmenin kurulması anında böyle bir şart ileri sürülmemekle beraber, şirketin faaliyetleri sırasında sermaye sahibinin hiçbir talepte bulunmaksızın mudaribe yardım etmesi durumu, sözleşmenin geçerliliğine herhangi bir etkide bulunmayacaktır⁴⁴.

2- Sermaye Sahibinin Kardan Payına Düşeni Talep Hakkı

Tarafların şirketi kurmaktaki ortak amacı, sermayenin işletilmesi sonucu bir kar elde edebilmek ve daha sonra bunu paylaşmaktır. İşte daha şirketin kurulması aşamasında ileride elde edilecek bu karın hangi esaslara göre paylaşılacağı konusunda tarafların anlaşmış olması gerekir. Mudarebe şirketinin kurulması aşamasında kar paylaşımının belirlenmemesi halinde, bu şirket akdinin sakatlanmasına sebep olacaktır⁴⁵. Eğer kazançtan ne oranda bir payın mudaribe bırakılacağı belirlenmemişse, karın hepsi sermaye sahibine kalır. Mudarip ise harcamış olduğu emeği karşılığı bir ecr-ı misil'e hak kazanacaktır⁴⁶.

Ortaklar arasında kar paylaşımı, belli bir oran belirtilerek yapılmalıdır. Eğer ortaklardan birinin kardan alacağı pay maktu bir miktar olarak belirtilmişse, bu durum da şirket akdinin sakatlanmasına sebep olacaktır (Mecelle md 1411-1412). Bütün karın ortaklardan birine kalmasının kararlaştırılması durumunda da aynı sonuç ortaya çıkar⁴⁷. Eğer sermaye sahibinin şirketin kurul-

⁴³ Kallek, *a.g.m.*, s. 361; Klarmann, *a.g.e.*, s. 193; Sermaye sahibinin sermayenin kontrolünün kendi elinde kalmasını ileri sürmesinin, mudaribin mal satın alacağı zaman paranın ödenmesi şartıyla mudarebe akdini sakatlamayacağı yönündeki Hanbeli ve İmamiyye görüşü için bkz. Şekerci, *a.g.e.*, s. 272.

⁴⁴ Şekerci, *a.g.e.*, s. 273; Bilmen, *a.g.e.*, s. 504; Kallek, *a.g.m.*, s. 360.

⁴⁵ Şekerci, *a.g.e.*, s. 154; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 82; Bilmen, *a.g.e.*, s. 504.

⁴⁶ Şekerci, *a.g.e.*, s. 282.

⁴⁷ Şekerci, *a.g.e.*, s. 154; Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 82-83; Bilmen, *a.g.e.*, s. 481-482 ve 504; İsmail Özsoy, *Özel Finans Kurumları*, İstanbul, Asya Finans Kültür Yayınları, 1997, s. 65; Milliot, *a.g.e.*, s. 665; Laoust, *a.g.e.*, s. 109; Klarmann, *a.g.e.*, s. 194; Çizakça, *a.g.e.*, s. 4; Kallek, *a.g.m.*, s. 361.

ması anındaki ifadelerinden, onun mudarebe yapmak konusundaki arzusu tam olarak anlaşılamiyorsa, bu durumda ortada bir karz akdi vardır ve elde edilen karın tamamı mudaribe kalacaktır. Yine karz akdi olmanın sonucu olarak, verilen paranın yok olması ya da zarara uğraması halinde, mudarip bundan sorumlu tutulabilecektir. Elde edilecek karın tamamen sermaye sahibine bırakılacak olması durumunda ise "bidâa" söz konusu olur. Bu durumda mudaribe kardan herhangi bir pay verilmeyecektir. Sadece emeğinin karşılığı olarak belli bir miktar ücret takdir edilebilir⁴⁸.

Genel olarak kabul edilen fikre göre, ortaklardan birinin kendisine ayrılmış ve oran olarak tespit edilmiş kar payının yanında ve haricinde, kardan maktu olarak tespit edilmiş bir miktarı talep edememelidir. Örneğin, tarafların, mudaribin kar payına ek olarak 1000 YTL daha alacağı şeklindeki anlaşmaları batıldır⁴⁹.

Sermayenin mudarip tarafından işletilmesi sonucu elde edilecek kardan şirket sözleşmesinin kurulması esnasında belirtilen oranını talep hakkı, sermaye sahibinin sahip olduğu haklardan biridir. Bununla birlikte eğer şirket faaliyeti sonucunda herhangi bir kar elde edilememişse, sermaye sahibinin talep hakkı ortadan kalkar. Bu durumda mudarip de herhangi bir talepte bulunamayacaktır⁵⁰. Böylesi bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde sermaye sahibinin zararı, sermayesini kar sağlamayacak bir işte uzun süre bağlamak ya da sermayesinin belli bir miktarda azalmasına katlanmak⁵¹, mudaribin zararı ise, sermayenin işletilmesi için harcamış olduğu zaman ve emek olacaktır. Eğer umulan karın elde edilememesinde mudaribin bir kusuru yoksa, bu nedenle kendisinden bir tazminat da talep edilemeyecektir⁵². Yani mudaribin, şirketin maruz kaldığı zarardan şahsen sorumlu tutulabilmesi,

48 Şekerci, *a.g.e.*, s. 283-284; Milliot, *a.g.e.*, s. 665.

49 Şekerci, *a.g.e.*, s. 286.

50 Mecelle md. 1428'e göre, "Zarar ve ziyan her halde rabb-ül-male aid olur. Mudârib ile beyinlerinde müşterek olması şart edilirse o şarta i'tibar olunmaz."

51 Günümüzde de ÖFK bünyesinde açılan katılma hesaplarında, katılma hesabının sahibine faiz veya sabit bir gelir ödenmediği gibi, anaparanın aynen geri ödeneceği garantisini de verilmez. Özsoy, *a.g.e.*, s. 160 ve 163.

52 Şekerci, *a.g.e.*, s. 292; Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 41; Schacht, *a.g.e.*, s. 157; Klarmann, *a.g.e.*, s. 192, 195; Çizakça, *a.g.e.*, s. 4; Kallek, *a.g.m.*, s. 362.

onun bu zararın ortaya çıkmasında kusurunun bulunmasına bağlıdır. Örneğin, malların taşınması sırasında, ticari örfeye aykırı olarak sigorta ettirilmemiş olması ve bu nedenle bir zararın ortaya çıkması halinde, mudaribin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

3- Sermaye Sahibinin Kar Dağıtımını Öncesi Avans Hakkı

Şirketin faaliyetlerini devam ettirdiği süreçte, ortakların avans talep edip edemeyecekleri sorusuna farklı mezheplerin hukukçuları farklı farklı cevap vermektedirler.

Hanbeliler tarafından savunulan fikre göre, her iki tarafın da razı olması şartıyla, ortaklar, faaliyet halindeki şirketin elde etmiş olduğu kardan ihtiyaçları oranında alabileceklerdir. Şirket karının bir kısmının tasfiye öncesi bu şekilde avans olarak dağıtılmış olması, mudarebenin niteliğine zarar vermez. Ancak bunun için iki tarafın da buna rıza göstermesi gerekir. Çünkü aksi takdirde, sermaye sahibinin bunu tek taraflı alabilmesi durumunda mudarip, herhangi bir borcunu zamanında ödeyebileceğinden emin olmaz, mudaribin bu şekildeki bir hareketi ise işletmenin zarar etmesine sebep olabilecektir⁵³.

Fakat Maliki ve Hanefi hukukçular bu görüşe karşı çıkmıştır. Onlara göre, eğer karın tasfiye öncesi avans olarak dağıtılabileceği kabul edilirse, bu durumda karın sermayeden paylaştırılması ortaya çıkmış olur ki, bu da caiz değildir⁵⁴.

B- Sermaye İşleticisinin (Mudarip) Hakları ve Borçları

1- Mudaribin Kardan Payına Düşeni Talep Hakkı

Tarafların şirketi kurmaktaki ortak amacı, şirkete koyulan sermayeyi işleterek kar elde etmek ve elde edilen bu karı aralarında bölüşmektir. Bu amaçla sermaye sahibi sermayesini, mudarip ise karşılıksız kalma ihtimali olan emeğini riske atmaktadır. Bunun sonucu olarak, sermayenin işletilmesi yoluyla bir kar elde edilebilirse, mudaribin bu kardan kendi payına düşeni talep etme hakkı vardır.

Bununla birlikte, şirketin kurulması aşamasında mudaribin kardan ne oranda bir pay alacağını belirlenmemiş olması ya da maktu

⁵³ Şekerci, *a.g.e.*, s. 292-293; Kallek, *a.g.m.*, s. 362.

⁵⁴ Şekerci, *a.g.e.*, s. 293; Kallek, *a.g.m.*, s. 362.

bir miktar olarak belirlenmiş olması halinde, elde edilen bütün kar sermaye sahibine kalacak, mudarip ise harcamış olduğu emeği karşılığında bir miktar ecr-ı misile hak kazanacaktır⁵⁵.

Gerçekleştirilen ticari faaliyet sonucunda bir kar elde edilememişse, yani işletme zarar etmişse, mudaribin bu zarara katılımı boşa giden zaman ve emeği şeklinde ortaya çıkacaktır. Zararın ortaya çıkmasında kendisine atfedilecek bir kusur olmadığı sürece, bu nedenle kendisinden bir tazminat da talep edilemeyecektir⁵⁶.

2- Sermayeyi İşletme Borcu

Mudaribin temel borcu, kendisine teslim edilen sermayeyi işleterek şirketin kuruluş amacını gerçekleştirmek, yani kar elde etmektir. Bununla birlikte mudarip, sermayenin işletilmesi sırasında tamamen özgür değildir. Sermayeyi işletirken, tüccarlar arasındaki geçerli ticari örf ve adetlere uygun davranması kendisinden beklenir. Çünkü mudarip, gerçekleştireceği tüm ticari faaliyetlerinde tıpkı sermaye sahibinin vekili gibi sermayeyi idare etmelidir⁵⁷. Bu sorumluluk çerçevesinde mudarip, olağan bir tüccarın yapacağı her şeyi kesin anlaşma ile şirket adına yapma hakkına sahiptir⁵⁸. Eğer ticari faaliyeti bunu gerektiriyorsa, işçi ve depo tutabilir. Şirketin alım satımını yaptığı malların sevk ve nakliyesi için gerekli araçları kiralayabilir. Bununla birlikte, eğer ticari örf bir işi mudaribin kendisinin yapmasını gerektiriyorsa ama o, buna rağmen o iş için işçi tutup çalıştırmışsa, işçiye ödenecek paranın, ilerde kendisine düşecek kar payından mahsup edilmesi gerekir⁵⁹.

Mudarebe anlaşmasına göre mudaribin, şirket sermayesini prensip olarak her türlü ticari faaliyetle işletmesi ve kar elde etme-

55 Şekerci, *a.g.e.*, s. 282.

56 Şekerci, *a.g.e.*, s. 292; Armağan, *İslam Ekonomisi*, s. 41; Schacht, *a.g.e.*, s. 157; Klarmann, *a.g.e.*, s. 192, 195.

57 Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 82; Bilmen, *a.g.e.*, s. 481; Milliot, *a.g.e.*, s. 664; Kallek, *a.g.m.*, s. 361-362.

58 Bu bağlamda olmak üzere, Özel Finans Kuruluşlarının halktan topladıkları sermayelerle işçi istihdam etmelerinin, fon kullandığı müşterisiyle ortaklık ilişkilerine girmelerinin, şirket adına alım satımda bulunmalarının, kira akdi yapmalarının, havale ve transfer işlemleri yapmalarının, fizibilite etüdüleri hazırlamalarının ve işletmeler kurmalarının mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. Özsoy, *a.g.e.*, s. 159.

59 Şekerci, *a.g.e.*, s. 274.

si gerekir. Bu faaliyetlerin içine her türlü malın alım satımını yapmak girer. Bununla birlikte mudaribin kendisine teslim edilen sermaye ile toprak kiralayıp tarım yaparak kar elde etmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Malikilere göre, eğer sermaye sahibi şirket sözleşmesinin kurulması anında aksini şart koşmamışsa, bu tür faaliyetler de mudarebe içinde kabul edilebilir. Fakat sermaye sahibi tarafından bunun aksi şart koşulmuş “olmasına rağmen” mudarip bu şarta uymayarak tarımsal faaliyetlere girişmişse, bu durumda mudarebe geçersiz olacak, bütün kar sermaye sahibine kalacak, mudaribe ise emeği karşılığı belli bir ecr-ı misil verilecektir. İlk dönem Hanefi hukukçularına göre ise, mudaribin kendisine verilen sermaye ile arazi kiralayıp oraya ağaç dikmesi ya da tohum ekmesi mümkün olmakla birlikte, mevcut bir bahçeyi kiralayıp mudarebe sermayesini de bunun bakımına harcaması mümkün değildir. Daha sonraki dönem Hanefi hukukçuları ise, mudarebe sermayesinin bu şekilde tarım amaçlı kullanılmasını tamamen yasaklamış, bu durumu müzaraa şirketi içinde telakki etmişlerdir⁶⁰.

Belli zanaat dallarında faaliyet gösteren kimselere, gerçekleştirdikleri bu faaliyetin türüne uygun nitelikte bir hammaddenin sermaye olarak verilmesi ve bu yolla mudarebe sözleşmesi yapılması genel olarak geçersiz kabul edilmiştir. Malikilere ve Şafilere göre bu durumda mudarip, ortaya koyduğu emeği karşılığı belli bir ücret alır, kar ya da zarar ise sermaye sahibine kalır. Hanbelilere göre ise bu şekilde kurulmuş ortaklıklar geçerli olacaktır⁶¹.

Alet ve araçlar üzerinde yapılan mudarebe de genellikle geçersiz kabul edilmektedir. Bu görüşe göre mudarebe, ticari faaliyet amacıyla malların alım satımı için kurulur, alet ve araçların işletilmesi yoluyla kar elde etmek amacıyla mudarebe kurulamaz. Bu şekilde bir mudarebe yapılmış olması durumunda, elde edilen kar alet ve araç sahibine ait olmalı, işletici ise ücretini almalıdır. Fakat bunu kabul etmeyen ikinci görüşe göre ise, alet ve araçlar iş hayatının kaçınılmazlarıdır ve herkes bunları edinme gücüne sahip olmayabilir. Bu nitelikte mudarebe yapılabilmesi kabul edilirse, ekonomik olanakları yerinde olan kimselerin bu aletleri sağlayarak zanaat sahibine yardımcı olması ve ticaret hayatına hareketlilik gelmesi sağlanabilir⁶².

⁶⁰ Şekerci, *a.g.e.*, s. 275-276.

⁶¹ Şekerci, *a.g.e.*, s. 277; Klarmann, *a.g.e.*, s. 189.

⁶² Şekerci, *a.g.e.*, s. 277-278.

3- Mudarebenin Sınırlandırılması Durumunda Buna Uyuma Borcu

Sermaye sahibin mudarebenin kurulması aşamasında mudaribe “ancak şu şehirde ticaret yapabilirsin”, “ancak şu sahada şu ticareti yapabilirsin” gibi kayıtlar koyması olasıdır. Eğer böyle bir sınırlandırma getirilmişse buna “mudarebe mukayyede”, eğer böyle bir sınırlama getirilmemişse buna “mudarebe mutlaka” ismi verilir^{63, 64}.

a) Mudaribin, Alım Satımı Belli Bir Şahısla Yapması Yönünden Sınırlandırılması

Sermaye sahibinin mudarebe sözleşmesini yaparken mudaribi, ileride gerçekleştireceği ticari faaliyette mal alım satımını belli bir şahısla ya da şahıslarla yapmak konusunda sınırlandırıp sınırlandıramayacağı konusunda İslam hukukçuları farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefilere göre, böyle bir sınırlandırmaya gidilmesinin sebebi, alım satım yapılacak kişinin ahlaki seviyesinin gözetilmesidir. Bu nedenle sermaye sahibinin bu sınırlandırmasına mudaribin uyması gerekir. Hanbeliler ise, prensip olarak böyle bir sınırlamayı geçerli kabul etmekle beraber, malın alındığı kimseye tekrar satılması şeklindeki bir şartın ileri sürülemeyeceğini belirtmişlerdir⁶⁵.

Malikilere göre ise, sermaye sahibinin böyle bir sınırlama getirmesi durumunda mudarebe sözleşmesi geçersiz olacaktır. Çünkü böyle bir kayıt, mudaribin iş hayatını kısıtlayarak onu gereksiz yere sıkıştıracaktır. Şafilere de bir görüşe göre, bu tür kayıtlar geçersiz olmakla beraber, diğer görüşe göre, sınırlandırma sonucu alım satım yapılmak zorunda kalınan şahıs müsamahası ile tanınmış ve kar sağladığı herkesçe bilinen bir şahıs ise, sermaye sahibinin şirketin menfaatini gözeterek böyle bir sınırlama getirmesi mümkündür⁶⁶.

⁶³ Armağan, *İslâm Hukuku*, s. 82; Bilmen, *a.g.e.*, s. 502; Klarmann, *a.g.e.*, s. 193; Çizakça, *a.g.e.*, s. 5; Kallek, *a.g.m.*, s. 361.

⁶⁴ Buna ilişkin düzenleme Mecelle md. 1407'dedir. Buna göre “Mudârabe-i mutlaka, zeman ve mekân ve bir nev-i ticaret ile ve bâyi' ve müşteriye ta'yinle mukayyed olmayan mudârebedir. Ve bunlardan biriyle takyid olunursa mudârebe-i mukayyede olur.”. Mecelle md. 1420'ye göre de, mudarip, bu tür kayıt ve şartlara riayetle mükelleftir.

⁶⁵ Şekerci, *a.g.e.*, s. 278.

⁶⁶ Şekerci, *a.g.e.*, s. 279; Klarmann, *a.g.e.*, s. 194.

b) Mudarebenin Belli Bir Ticaret Alanıyla Sınırlandırılması

Ticaret hayatında alım satımı çok yapılan, bulunması oldukça kolay malların ticaretinin yapılması yönünde bir sınırlamanın sermaye sahibi tarafından getirilmesi, İslam hukukçuları tarafından genellikle geçerli kabul edilmiştir. Böyle bir sınırlamanın bulunması durumunda mudarip, ticari faaliyetini münhasıran bu alanda yürütmek zorunda kalacaktır. Bununla birlikte, bu nitelikteki bir sınırlamanın, sadece belli bir şeyin ya da bulunması çok zor olan bir eşyanın, yani nadir bulunan eşyanın veya antika niteliğinde eşyanın vb, alınıp satılması şeklinde getirilmesi durumunda, aksi görüş de savunulmaktadır. Buna göre, bu nitelikte bir sınırlama olması halinde mudaribin kar elde etmesi çok zor olacaktır. Bu durum ise mudarebenin yapılış amacı olan kar elde etme gayesini zora sokar. Bu nedenle, kar elde etmeyi güçleştirecek bu gibi sınırlamalara uyulması zorunluluğu yoktur⁶⁷.

c) Ticari Faaliyet Gösterilecek Coğrafyanın Sınırlandırılması

Sermaye sahibinin şirketin kurulması aşamasında mudaribe, ticari faaliyetini belli bir şehirde ya da bölgede sürdürmesi yönünde bir sınırlama getirmesi de olasıdır⁶⁸. Hanefi hukukçular, bölgeler arası fiyat hareketlerini iyi bir şekilde takip edebilen sermaye sahibinin, şirketin menfaatini düşünerek böyle bir sınırlama getirebileceğini kabul etmektedirler. Bununla birlikte Hanefi hukukçular bu şekilde coğrafi bir kısıtlamayı aslında, sınırlandırılan coğrafyada satın alınan malın cari fiyatı olarak anlama eğilimindedirler. Belirli bir mağazadan alışveriş yapılması şartını "nadir eşya alım satımı" şartı benzeri kabul eden Şafi hukukçuları ise bu şekilde bir kısıtlamayı yasaklarken, belirli bir çarşıdan alışveriş yapılması şartını "umumi ticaret konularının kısıtlanması" benzeri saymış ve böyle bir kısıtlamanın geçerli olabileceğini kabul etmişlerdir. Maliki hukukçular ise, mudaribin belirli bir şehirde ticari faaliyet göstermesi şartını geçerli kabul etmekle beraber, belirli bir çarşı ya da mağazadan alışveriş yapılması şartını geçersiz kabul etmişlerdir⁶⁹.

⁶⁷ Şekerci, *a.g.e.*, s. 280.

⁶⁸ Mecelle md. 1422'ye göre, sermaye sahibinin mudaribi belli yerlerde ticaret yapmama konusunda sınırlaması fakat mudaribin buna uymaması durumunda, bu nedenle ortaya çıkacak zararlardan mudarip sorumludur.

⁶⁹ Şekerci, *a.g.e.*, s. 280.

4- Masrafları Talep Hakkı

Mudaribin, şirketin kuruluş amacını gerçekleştirmek, yani kendisine verilen sermayeyi işletip kar elde etmek amacını güderken sürdürdüğü faaliyetlerde bazı masrafların altına girmesi kaçınılmazdır. Bu masraflardan bazıları doğrudan yürütülen ticari faaliyetin sonucu olabileceği gibi, örneğin; işçi tutulması, depo kiralanması vb., dolaylı olarak ortaya çıkmış masraflar da, örneğin; ticari faaliyet sırasında geçirilen hastalığın tedavisi, konaklama ve yiyecek masrafları vb., olabilir. Bunlardan hangilerinin şirkete koyulan sermayeden karşılanması gereken işletme masrafları, hangilerinin mudaribin kendi hesabından karşılanması gereken şahsi masraflar olduğunun belirlenmesi önemlidir. Çünkü yapılacak olan bu tespite göre, ticari faaliyetin tasfiyesi aşamasında tarafların hak edeceği kar miktarı değişiklik gösterecektir.

Eğer mudarip, mudarebe anlaşmasının yapıldığı şehirde ticari faaliyetini sürdürüyorsa, şahsi masraflarının şirket sermayesinden karşılanmaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, taraflar arasında daha akdin kuruluşu aşamasında aksinin kararlaştırılmış olması halinde, bu tür masraflar da şirket sermayesinden karşılanabilecektir.

Mudaribin, yürütmekte olduğu ticari faaliyetin gayesine uygun olarak iş seyahatlerine çıkması durumunda, bu nitelikteki seyahat giderlerinin şirket sermayesi üzerinden karşılanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁷⁰. Eğer bu esas kabul edilmezse, mudaribin işletmekte olduğu sermayeyi elinden geldiğince nemalandırmasının önüne geçilmiş olacak, ticari faaliyet gerçekleştirilen alanın sınırlanması benzeri fiili bir durum ortaya çıkacaktır⁷¹. Bununla birlikte aksi görüşe göre, bu tür masrafların şirket sermayesinden karşılanabilmesi için, tarafların şirketin kuruluş aşamasında bunu kararlaştırmış olmaları gerekir. Bu görüşe göre, işleticinin kardan pay almak dışında bir talep hakkı yoktur ve bu masrafları da bu kar üzerinden karşılaması beklenir⁷². Bize göre bu konudaki ilk fikir daha isabetli gözükmektedir. Ta-

⁷⁰ Mecelle md 1414'e göre de, mudarip, alış-veriş etmek üzere ikamet ettiği belde dışında beldelere gidebilecek ve Mecelle md. 1419'a göre, işle ilgili olan bu seyahatlerdeki olağan harcamalar, mudarebe sermayesinden karşılanacaktır.

⁷¹ Bilmen, *a.g.e.*, s. 506.

⁷² Şekerci, *a.g.e.*, s. 308-309.

rafların yaptığı mudarebe anlaşması ile mudaribin, ticari faaliyette gerektirdiği olağan işleri yapmaya tek başına yetkili olduğu kabul edildiğine göre, ticari faaliyeti ile ilgili olarak gerçekleştireceği olağan iş yolculukları da bu kapsamda mütalaa edilmeli ve bunların şirket sermayesinden karşılanması gerektiği kabul edilmelidir. Ama mudarip de bu masrafları yaparken aşırıya kaçmamalı, somut olayın gereklerine göre israfa yönelmeden, tarafların ortak menfaatlerini gözetererek bu harcamayı gerçekleştirmelidir. Bununla birlikte elbette, mudarebe konusu ile ilgili olmayan her türlü seyahat harcaması ise, mudaribin kendi malvarlığından karşılanacaktır.

Tedavi giderleri için genel olarak kabul edilen fikir ise, mudaribin ikamet ettiği yerde gerçekleştirdiği tedavi masraflarından kendisinin sorumlu olduğu, ancak ticari ilişkilerini gerçekleştirmek için gittiği başka şehirlerde ortaya çıkan tedavi giderlerinin ise, şirket sermayesinden karşılanması gerektiğidir. Elbise konusunda da genel olarak, tedavi masrafları için kabul edilen çözüm benzeri bir çözüm benimsenmekte, seyahatin doğuracağı ihtiyaç ve mesafeye göre bu tür giderlerin de şirket sermayesinden karşılanabileceği kabul edilmektedir⁷³. Bize göre hem tedavi hem de giyim masrafları için şöyle bir ayrıma gitmekte fayda vardır: Eğer bu masraflar görülmekte olan işin gerekleri sonucu doğmuş ise, ister ikamet edilen şehirde ister ticari faaliyet amacıyla bulunulan başka bir şehirde ortaya çıkmış olsunlar, bunların şirket sermayesinden karşılanması gerekir. Bununla birlikte, sermayenin işletilmesi ile ilgili olmayan her türlü masrafın, ister ikamet edilen şehirde, ister iş seyahati için bulunulan şehirde ortaya çıkmış olsun, mudaribin şahsi malvarlığından karşılanması gerekir. Örnek olarak, eğer kişi işletilen sermaye ile satın alınan malların depoya taşınması sırasında üstüne düşen koliler nedeniyle bir tedavi gideri ödemek zorunda kalmışsa, bu ister ikamet edilen şehirde, ister başka şehirde gerçekleşsin, şirket sermayesinden karşılanmalıdır⁷⁴. Bununla birlikte, iş seyahati için gidilen bir şehirde, işle ilgili olmayacak şekilde bir akrabanın ziyareti sırasında yenen yemeklerden gerçekleşen gıda zehirlenmesinin tedavi masraflarının bizzat mudarip tarafından karşılanması gerekir.

73 Şekerci, *a.g.e.*, s. 310.

74 Bu ihtimal, günümüz hukukundaki iş kazası benzeri bir durum olarak kabul edilebilir.

Aynı mudaribin farklı kişilere ait sermayeleri işletmesi anında, yani mudaribin iki sermaye ile aynı zamanda mudarebe yapması halinde ortaya çıkmış bu tür masrafların ise, eğer mudaribin şahsi malvarlığından karşılanması gerektiği kabul edilemiyorsa, bu masrafların her iki sermayeye de yükletilmesi gerekir. Örneğin mudaribin iki farklı kişiden, birbirinden bağımsız olarak topladığı sermayeyi işletmek amacıyla başka bir şehre gitmesi halinde, bu seyahatin masraflarına her iki sermayenin birlikte katılması gerekir. Bununla birlikte, Hac, Umre ya da kişisel bir seyahate çıkmayı planlayan kişinin, bu gezisinden önce, çıkacağı bu seyahati fırsat bilerek mudarebe yapması halinde ise, öncelikli amacı farklı olduğu için, ortaya çıkacak bu gibi masrafları bizzat karşılaması beklenir⁷⁵.

75 Şekerci, *a.g.e.*, s. 311.

KAYNAKÇA

- Armağan, Servet; **Ana Hatlarıyla İslam Ekonomisi (İslam Ekonomisi)**, İstanbul, Timaş Yayınları, 1991.
- Armağan, Servet; **İslâm Hukuku (Ders Notları)**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2003.
- Bilmen, Ömer Nasuhi; **Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, Nazir Akbasan Matbaası, 1952.
- Çizakça, Murat; **İslam Dünyasında ve Batı'da İş Ortaklıkları Tarihi**, Çev. Şehnaz Layikel, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları 75, 1999.
- Ez-Zerka, Mustafa Ahmet; **Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku**, Çev. Servet Armağan, İstanbul, Timaş Yayınları, 1993.
- Kallek, Cengiz; "Mudarebe", **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 30**, İstanbul, 2005.
- Klarmann, Reinhard Leopold; **Islamic Project Finance**, Lausanne, 2003.
- Laoust, Henri; **Le Précis de Droit d'Ibn Qud_ma**, Beyrouth, Institut Français de Damas, 1950.
- Milliot, Louis; **Introduction a l'Étude du Droit Musulman**, Paris, Recueil Sirey, t.y.
- Özsoy, İsmail; **Özel Finans Kurumları**, İstanbul, Asya Finans Kültür Yayınları, 1997.
- Schacht, Joseph; **An Introduction to Islamic Law**, London, Oxford University Press, 1966.
- Şekerci, Osman; **İslam Şirketler Hukuku, Emek Sermaye Şirketi**, İstanbul, Marifet Yayınları, 1981.