
ÇAĞDAŞ İSLAMİ FİNANSAL BİR KAVRAM OLARAK “DAMÂN EL-CİDDİYE” ve ŞER’Î NİTELİĞİ

"DAMÂN AL-CİDDİYE" AS A CONTEMPORARY ISLAMIC FINANCIAL CONCEPT AND ITS EVALUATION FROM SHARIAH PERSPECTIVE

Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi

Dini İlimler Fakültesi

İslam Hukuku Anabilim Dalı

sahban.yildirimer@asbu.edu.com

Atıf Gösterme: YILDIRIMER, Sahban, (2019), Çağdaş İslami Finansal bir Kavram Olarak “Daman El-Ciddiye” ve Şer’î Niteliği, *Ağrı İslâmi İlimler Dergisi (AGİİD)*, 2019 (4), 35-44.

Geliş Tarihi:	Özet: İslam ekonomisi ve finansal sistemine ilişkin çağdaş ifade ve yaklaşımlarda mümkün oldukça klasik fıkıh literatüründe kullanılan teknik dil ve ifadelerin kullanılmasında belirgin bir hassasiyetin olduğu görülmektedir. Hatta içerik olarak da fikihi birikime sadık kalmaya özen gösterilmektedir. Buna rağmen klasik dönemde olmayan çeşitli yöntem ve teknikleri ifade için farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan “damân el-ciddiye” kavramı bunlardan biridir. Bu çalışmada klasik fıkıh literatüründe yer almayan bu kavramın hem içerik hem de şer’î niteliği incelenecektir.
1 Nisan 2019	
Kabul Tarihi:	Anahtar Kelimeler: <i>İslam hukuku, İslami finans, Fıkıh, Daman el-ciddiye</i>
24 Haziran 2019	

© 2019 AGİİD

Tüm Hakları Saklıdır.

Abstract: It appears that there is an obvious sensitivity towards contemporary expression and approach to Islamic economics and financial system regarding the use of the technical language and expressions used in the classical fiqh literature. In fact, care is taken to remain faithful to the fiqh literature. However, it is seen that different concepts are used to express various methods and techniques which are not in the classical period. The concept of "daman al-ciddiye", which constitutes the subject of our work, is one of them. In this study, this concept, which is not included in the classical period fiqh literature, both as content and as shariah perspective will be examined

Keywords: *Islamic law, Islamic finance, Fiqh, Daman al-ciddiye*

GİRİŞ

Sözlükte "artma, kar, ticari kazanç" anlamındaki *ribh* kökünden türeyen ve "kazandırma, kar hakkı tanıma" manasına gelen murabaha terim olarak, bir malın alış fiyatı veya maliyeti üzerine belirli bir kar konarak satılmasını ifade eder.¹ Özgün İslami finansman

¹ Burhanuddin Ebu'l-Hasen Ali b. Ebi Bekr el-Merginânî, el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, Elif Ofset, İstanbul 1991, c. III, s. 56. İbrahim Kâfi Dönmez, "Murâbaha" *DİA*, c. 31, s. 148.

biçimi olarak ön plana çıkan murabaha kısaca, peşin alım vadeli satım işlemi olarak tanımlanmıştır.² Murabaha sözleşmesine dayalı finansal işlemler katılım bankacılığı yapan kurumlar için en önemli finansal modellerden biridir. Bu model kimi İslami bankaların toplam işlem hacminin %80'lik kısmını oluşturmaktadır. Bu sözleşme sürecinde müşteri kaynaklı meydana gelebilecek muhtemel zararlar teoride ve pratikte bu kurumları bir arayışa yönlendirilmiştir. Bilindiği gibi murabaha sözleşmesi sürecinde iki aşama vardır. İlki bankanın müşterinin uygun gördüğü ürünü alması, diğeri de bankanın bu ürünü belli bir kârla müşteriye satmasıdır. Müşteri almak istediği ürünü bankaya sunar, ardından da banka bu ürün hakkında piyasa araştırması yapar ve tarafların anlaşması üzerine banka bu ürünü peşin alır ve belli bir kârla genellikle vadeli olarak müşteriye satar. Murabaha sözleşmesine dayalı ürünün alınması ve belli bir kâr eklemesi ve belli bir vade ile satılmasında banka açısından belki de en önemli sıkıntı müşteriye satmak üzere aldığı bir ürünün müşteri tarafından alınmamasının doğuracağı sıkıntıdır.

Banka açısından ön görüşme süreci olarak tanımlayabileceğimiz bu aşama banka için iki açıdan masraflıdır. İlki henüz akit yapılmamışken başka bir ifadeyle banka bir alan araştırması yaparken hem kaynak hem zaman harcamasının bir bedeli olacaktır. Kişinin bu aşamada malı almaktan vazgeçmesinin bankaya bir maliyeti olacaktır ki genellikle banka bunu ilk aşamada ücretlendirmemektedir. Ancak müşterinin talep ettiği bir malı alırken bunu müşteriye satmak için almaktadır. Oysa müşteri bu malı alıp almamakta muhayerdir. Bundan dolayı finans kurumları bu muhtemel zararı karşılayacak bir formül ihdas ederek bundan kurumsal olarak zarar etmemeyi hedeflemektedir. Çünkü bu süreç ahlaki ve dini anlamda müşterinin vaadine dayanır.³ Ancak bu süreç sona erdiğinde hukuki anlamda bağlayıcılığı olan bey' akdi gerçekleşecektir. İkinci kısım hukuki anlamda bir akit olduğu için güvencelerin yasal bir zeminde yapılmasında bir sıkıntı yoktur. Ancak ön görüşmeler vaade dayalı olduğu için bu süreçte güvence alınması sıkıntı olmaktadır. Finans kurumları müşterinin niyetinin ciddiyetini somut olarak görmek için bir yönden onu bağlayıcılık alanına taşımak istemektedir. Bu uygulama tamamen ahlaki süreç için konulmuş ya da teklif edilmiş bir öneridir. Buradaki temel

² Yusuf Dinç, "Karşılaştırmalı Katılım Bankacılığı ve Konvansiyonel Bankacılık", *İslam İktisadı ve Finansı*, (Ed: Hakan Sarıbaş), Ziraat Grup Matbaacılık, Zonguldak 2017, s. 98.

³ Faizsiz bankacılığının şer'î zemini teorik olarak, ahlaki bir normun hukuki bir norma dönüşüp dönüşmeyeceği ile ilgilidir. Bu konu üzerinde yapılan tartışmalarda temel soru şudur: Ahlaki/dini nitelikteki vaad bağlayıcı mıdır? Konu üzerinde gerek bireysel gerek kurumsal olarak görüş belirtenler farklı delillerden hareketle görüşlerini temellendirmeye çalışmışlardır. Vaadin bağlayıcılığı konusunda, lehte ve aleyhte tüm görüşleri müstakil bir eserde bir araya getiren Yusuf el- Kardâvî; vaadin bağlayıcı olmasının gereğini savunmuştur. Yusuf el Kardâvî, *Bey'u'l-Murâbaha li'l-Emr bi's-Şirâ*, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut 1998, s. 77

nokta dini ve ahlaki bir konunun hukuki bağlayıcılık düzeyine çıkarılmasının imkânı meselesidir.

İslam hukukçuları, vaadin bağlayıcılığı ya da vaadi ifa etmenin hükmünü; kazâen ve diyâneten şeklinde ikili bir tasnif çerçevesinde ele almışlar, temel yönelim olarak Maliki ekolünün görüşüne binaen vaadin ikinci ve üçüncü kişilerin zararına sebep olması durumunda hukukî açıdan bağlayıcı olacağı kanaatine varmışlardır.⁴

A. KAVRAMSAL ANALİZ

Damân el-ciddiyye كَضْمَانُ الْجِدِّيَّة kavramı terkip olarak “damân” ve “ciddiye” kelimelerinden oluşmaktadır: Damân kelimesi; “damine” fiilinin mastarı olup “*tazmin ve ödeme mükellefiyetini üstlenmek demektir.*” Ciddiyye kelimesi ise; “cedde” fiilinin masdarı olup dilimizde de kullanılan “*ciddiyet*” anlamına gelmektedir. Istilâhî olarak: “İslami finans kurumlarının, müşterilerinin bu kurumlar aracılığı ile herhangi bir malı satın alması yönündeki vaadinde ciddi olduğunun bir göstergesi olarak müşterilerinden aldığı güvence bedelidir. Başka bir tanımda ise; “müşterinin vadinin güvencesi olarak ödediği ve vadinde caydığında oluşacak zararın karşılanması için verilen meblağa denir.

AAOIFI standartlarında bu kavramın yerine “hâmiş el-ciddiyye” هَامِشُ الْجِدِّيَّة ifadesi kullanılmış (AAOIFI Shariah Standard SS No. 8) ve şu şekilde tanımlanmıştır: “İslami finans kurumlarının murabaha işlemlerinde müşterinin bir ürünü satın almak üzere bankaya talimat vermesi durumunda bağlayıcı nitelikteki bu vaadinde kararlı olduğunun güvencesi olarak verilen meblağa denir ki, kişinin bu vaadinden dönmesi durumunda oluşacak zarar bu meblağdan karşılanır.” (AAOIFI SS No.37)

B. GÜVENCE BEDELİ’NİN KAPORA İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Kaparo, günümüzdeki yaygın şekliyle; her hangi bir sözleşme yapılırken, taraflardan birinin diğerine işten caymayacağını belirtmek amacıyla önceden verdiği güvence parasıdır. İslam hukukçuları kaporayı ifade etmek için; ‘ayn’ harfinin fetha ve zamme harekelisi olarak iki şekilde okunabilen arbûn / عَرْبُون ve urbûn / عُرْبُون kavramlarının her ikisini de kullanmışlardır.⁵ Günlük kullanımda ise; müşterinin bayiye, ürünü aldığı zaman fiyattan düşeceği, vazgeçtiğinde ise bayiye kalacağı ön ödeme olarak tarif edilmiştir.

Kapora ile incelemekte olduğumuz güvence bedeli arasında kısmi bir benzerlik söz konusudur. Bundan dolayı olsa gerek kimi klasik İslam hukukçuları bu bedeli “kapora” olarak

⁴ Mustafa Demiray, “Vaad”, *DİA*, c. 42, s. 403-404.

⁵ Muhammed Ravvas Kal’acî - Hamid Sâdık Kuncybi, *Mu’cemu Luğati'l-Fukahâ*, Dâru’n-Nefâis, Beyrut 1985, s. 308.

nitelendirmişlerdir. Ancak bu bedelin kaporadan farklı olduğu hususunda konunun uzmanı muasır İslam ekonomist ve finansçıları arasında neredeyse bir konsensüs oluşmuştur. Öncelikle İslam hukukçularının kapora konusundaki yaklaşımlarını ortaya koyup, daha sonra aralarındaki farklılığa işaret etmemiz daha uygun olacaktır. İslam hukukçularının kaporanın hükmüne ilişkin yaklaşımlarını iki grupta toplayabiliriz.

- a. Alınması sahih olan kapora: Bu kapora bir nevi ücretin bir kısmını peşin vermek gibidir. Müşteri alacağı ürün konusunda kesin karar verdiğinde eldeki kapora toplam ücretten düşürülür. Müşterinin alışverişten vazgeçmesi halinde ise kaporanın tümü müşteriye geri ödenir.⁶
- b. Alınması batıl olan kapora: Bu kaporada müşteri alacağı ürün konusunda karar verdiğinde kapora miktarı toplam ücretten düşürülür. Müşteri ürünü almaktan vazgeçtiğinde ise kapora satıcıda kalır. Çünkü satıcı ürününü bir başkasına satmaktan alıkonulmuştur. Bir yönüyle muhtemel kardan zarar edilmiştir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki ilk maddedeki kapora konusunda bir tartışma söz konusu değildir. Burada ikinci madde üzerinden bir karşılaştırma yapmak gerekir. Çünkü güvence bedeli olarak nitelendirdiğimiz bedel ile kaporanın en temel farkı güvence bedelinden sadece zarar düşürülmektedir. Geri kalan kısım müşteriye iade edilmektedir. Oysa kaporada müşteri vazgeçtiği anda bayi ister zarar etsin ister etmesin kapora bedelinin tümü kendisinde kalmaktadır. Ayrıca güvence bedelinde finans kurumu fiili zarar olarak nitelendirdiği miktarı karşı tarafa tümüyle ödemektedir. Herhangi bir şekilde bu hususta kendisine ait bir pay takdir etmemektedir.

Günümüz uygulamalarına baktığımız zaman bu iş ve işlemlerde genellikle müşteri lehine olacak şekilde hukuki düzenlemeler yapılmakta; müşterinin dilediği zaman vazgeçebilme hakkı saklı kalmakta ve bu tür zararlarda satıcı kişi ve kurum sorumluluk taşımaktadır.

AAOIFI'nin şer'î standartlarında iki hususa sürekli vurgu yapılır. İlki “kaçırılan fırsat” gibi yoruma açık alanlar üzerinden müşterinin zarara uğratılmaması vurgusudur. Güvence bedelinde eldeki meblağa müdahale söz konusudur. Bu durum ikinci kısım ile ilgili bir alana girmiş oluyor. Ancak bundan farklılaşmak için kaporadan farklı olarak eldeki meblağın tümüne değil sadece fiili zarar oranında müdahale edileceğidir. Bu meblağ asla kuruma artı bir fark getirmeyecektir. Kurum bu meblağı karşı tarafa ödeyecektir. Oysa konu ile görüş belirten şer'îlik standardı ile

⁶ Abdurrezak Ahmed Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1954, c. II, s. 67.

ilgili görüş açıklayan tüm kuruluşlar şu konuda ittifak içindedir. Kapora herhangi bir şekilde tamamlanmış bir akitte söz konusudur. Oysa daman el ciddiye veya hamiş el ciddiye ismi altında alınan güvence bedelleri herhangi bir akdin gerçekleşme aşamasından önceki süreçte alınan bir bedeldir.

C. GÜVENCE BEDELİNİN ŞERÎ NİTELİĞİ

Güvence bedeli olarak nitelendirdiğimiz bu yeni uygulama için kimi çağdaş standart belirleyici kurumlar “damân el-ciddiye” kavramını kullanırken kimileri de “hamiş el-ciddiye” kavramını kullanmışlardır. Farklı şekilde tanımlansa da aynı uygulamayı tarif ettikleri görülmektedir. Ancak kimi standart belirleyici kurumların şer’îlik heyetleri bu uygulamayı caiz ve meşru görürken kimileri de batıl ya da caiz olmadığı yönünde kararlarını açıklamışlardır. Bu konuda yaygınlık açısından tanınan bir kurum olan AAOIFI’nin şer’îlik standartlarına baktığımız zaman bu uygulamanın meşru olduğunu ifade ettikleri görülmektedir. Gerekece olarak müşterinin cayması halinde İslami finans kurumun zararını karşılayacağı bir bedelin teminat olarak elde bulundurulması ifade edilmiştir. (AAOIFI SS No.37) Ancak Suudi Arabistan’ın ileri gelen bankalarından Bank al-Bilad’ın şer’î heyeti bu uygulamanın hiçbir surette caiz olmadığını, hangi isim altında olursa olsun finans kurumunun böyle bir bedeli müşteriden almasının meşru olmadığını ifade etmektedir. (Bank el-Bilâd, Kararı no:38) Bu kurulun bu fetvasında temel illet veya hikmetin finans kurumları karşısında müşteriyi koruma refleksi olduğunu iddia etmesi kanaatimce yadırganacak bir durumdur. Kanaatimizce bu refleksin temelindeki yanılğı konvansiyonel bankaların müdüleri ile olan ilişkilerinin “İslami finans” kurumlarının müşterileri olan ilişkilerinin birebir eşleştirilmesidir. İslami finans kurumları ile bu kurumlarla iş ve işlem yapan müşterilerin temel duyarlılıkları ve buldukları temel noktanın yaptıkları iş ve işlemlerin “İslami” olarak meşru olması olduğu unutulmaktadır. Bu nedenle tarafların birer paydaş olduğu ve birinin diğerine karşı korunması gibi bir refleks içinde olunmasının bir anlamı yoktur. Zira finans kurumu ile müşteri arasındaki duygusal bağ inanç temelli ve güven odaklı bir zeminde inşa edilmektedir.

D. GÜVENCE BEDELİNİN FİNANS KURUMU NEZDİNDE İKEN Kİ HUKUKİ NİTELİĞİ

İslami finans kurumu ile müşteri yazılı bir akit gerçekleştirinceye kadar geçen sürede güvence bedeli olarak banka nezdinde tutulan bu meblağın hukuki statüsü de tartışılmıştır. Bu bedelin pasif olarak tutulması ya da aktif olarak ticari alanda kullanılması arasındaki farklılığa işaret edilmiştir. Müşterinin ödediği bu bedel kurum nezdinde vedî’emanet olarak kalabileceği gibi yatırım ortaklığı ya da kâr-zarar ortaklığı şeklindeki bir akitle iki tarafın da

istifade edebileceği bir şekilde değerlendirilebilir. Eğer vedî'a/emanet olarak kalacaksa hukuken vedî'a/emanet hükümleri cari olacak ve kurum herhangi bir şekilde bundan yararlanamayacaktır. Eğer mudarebe akdine konu olacaksa bu akdin hükümleri cari olacaktır. Eğer müşteri bu meblağın getirisinden vaz geçmiş ise bu bedel cari bir hesapta vedî'a/emanet olarak bekletilebilir. Bu durumda bu bedele vedî'a/emanet hükümleri uygulanır. Bu iş ve işlemleri caiz gören şer'î heyetler şu hususa önemle işaret etmişlerdir: “Müşterinin herhangi bir şekilde vaz geçmesi durumunda, finans kurumu elinde güvence olarak bulundurduğu bu meblağın tümüne haciz koyamaz. Sadece o günkü fiili zararını bu meblağdan tahsil eder ve geri kalan kısmı sahibine iade eder. Finansal kurumun “*muhtemel fırsatların kaçırılması*” gibi tanım çerçevesi belirsiz ve sübjektif gerekçelerle fiili zararın ötesinde herhangi bir tahsilat yapamaz,

E. GÜVENCE BEDELİ OLARAK ALTININ VERİLMESİ

AAOIFI altın temelli ürünlerle ilgili standardında güvence bedeli olarak (hâmiş el-ciddiyye) bir miktar altın alınabileceğine işaret edilmiştir. Burada da güvence bedelinin kaporadan farkına özellikle dikkat çekilmiştir. Altının güvence bedeli olarak verilmesi durumunda altının kimin tarafından korunacağı ya da koruma sorumluluğunun kime ait olacağı hususu tartışılmıştır. AAOIFI şer'îlik komisyon bu konuda “maslahat” esas aldığını ifade etmiş ve altını takdim eden müşteri tarafından korunması gerektiği sonucuna varmıştır. Burada da güvence bedelinin kaporadan farklı olduğuna işaret edilmiştir. Zira kaporada, satıcının maslahatı nedeniyle bu bedelin satıcı nezdinde kalmasının uygun olacağı ifade edilmiştir. (AAOIFI SS, No. 57) Eğer güvence bedeli müşterinin uhdesinde kalacaksa bu durumda güvence bedeli istemenin mantığını anlamakta güçlük çekiyoruz.

F. AHLAK NORMUNUN HUKUK NORMUNA DÖNÜŞÜMÜNÜN FELSEFİ ZEMİNİ

Bu konu hukuk felsefesinde; ahlak normlarının hukuk normlarına dönüşmesinin imkânı bağlamında ele alınmaktadır. Hukuk felsefesinde ahlak normunun hukuk normuna dönüşümüne imkân veren temel kabul; hukuk normunun yaptırım ile donatık olmasının zorunlu olmadığı kabulüdür. Bundan dolayı hukukun ayırıcı karakterinin “maddesel yaptırımla donatık olma”sı tezi ret edilir. Bunun yerine yani hukukun ayırıcı özelliği (ayırıcı karakteri değil) “maddesel yaptırım ile donatık” değil ve fakat ‘maddesel yaptırım ile donatıma elverişli’ olduğu tezi” kabul edilir.⁷ Nitekim Wilhelm Leibniz (1646-1716)’in ifade ettiği gibi; “*hukuk ile ahlak arasında bir natür ayrılığı değil ve fakat bir derece ayrılığı söz konusudur.*”⁸

⁷ Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 28.

⁸ Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1971, c. I, s. 288-289.

İslam hukukunun sivil yapısı da göz önünde bulundurulduğunda; ne cebir unsuru ile donatık olmamak ne de herhangi bir kuvvete istinaden pozitif hukuk olarak meriyette olmamak bu hukuk için bir eksiklik değildir. Zaten hukukun kendi öz karakterini muhafaza edebilmesi için mutlaka harici cebirle bir arada bulunması şart da değildir. Harici cebirden mahrum olduğu için tatbik kabiliyeti bulamayan bir hukuk kaidesi “hukuki” vasfını yine muhafaza eder. Çünkü cebir unsuru hukukun mahiyetine dâhil değildir. Yalnız hukuk tahakkuk edebilmek için cebre istinat edebilir, daha doğrusu cebir vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Fakat bu keyfiyet cebrin hukukun mahiyetine dâhil olduğunu gerektirmez. Bundan dolayı da cebriden mahrum hukuk, yine mahiyetini muhafaza eder. Bu itibarla bir hukuk normu ihtiva eden herhangi bir kanunun tatbikini temin edecek bir kudrete, mesela devletin kudretine istinat edip etmemesi hukuk mefhumu için ehemmiyeti haiz değildir. Bundan dolayı hukuk kaidelerini kuvvete, cebre istinat eden sosyal kurallar olarak nitelendirmek doğru değildir.⁹

Netice olarak bu konumuz bağlamında; ahlak normunun hukuk normuna dönüşümü, hukuk felsefesi açısından da onaylanacak bir durumdur. Burada temel kabulümüz; “yaptırım”ın norma sonradan eklenildiği prensibinin onaylanmasıdır. Bu kapsamda ahlaki bir norm da bağlayıcılık ifade edecek şekilde hukuk normuna dönüşebileceğidir. İslam bankacılığı ya da ülkemizde tanımlandığı şekliyle “katılım bankacılığı”nın şer’î zemini araştırılırken temel konu; “vaadin bağlayıcılığı” meselesi idi. Burada ahlaki bir normun hukuki bir norma dönüşümünün en güzel örneği görülmektedir. Konunun şer’î zemini araştıran İslam hukukçuları bu teoriden hareketle hüküm inşa etmiş değildirler. Ancak teorik olarak “ahlaki bir norm”un hukuki bir norma dönüşümü tartışılmaktadır. Netice de farklı bir zeminden hareketle “cevaz”ına ilişkin bir onay çıktıysa da çıkan sonuç bu ilke; “ahlaki bir normun hukuki bir norma dönüşümünün mümkün oluşu ilkesi” ile uyumludur. Yine aynı alanda olmak üzere “hâmiş el-ciddiyye” olarak tanımlanan ve katılım bankalarının “teminat” kapsamında isteği “bedel” de aynı sistematik içinde değerlendirilmiş ve ahlaki bir norm hukuki bir norma dönüşmüştür.

SONUÇ

İncelediğimiz bu konudaki temel tartışma alanı, ahlaki ya da dini bir yükümlülüğün hukuki bir yükümlülüğe dönüşüp dönüşmeyeceği hususudur. Başka bir ifadeyle kişinin vaadine bağlı kalmamasının hukuki bir yaptırımı olup olmayacağı meselesidir. Konumuz açısından ise müşterinin vaadine bağlı kalmaması halinde meydana gelecek zararı tazmin etmekle yükümlü

⁹ Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, Kenan Matbaası, İstanbul 1949, s. 112.

tutulup tutulamayacağı meselesidir. Öncelikle İslami finans kurumlarındaki murabaha temelli işlemlerin İslam hukuku açısından uygun olmadığı yönünde kanaat belirtenler ilkesel olarak finans kurumunun görüşme sürecinde herhangi bir şekilde müşterinin bu ürünü alma konusunda baskı altında tutulmaması gerektiğine işaret etmişlerdir. (Bank el-Bilâd, Kararı no:8) Bu durum, temel ilke olan muhayyerlik hakkının kısıtlanması olacağı için İslam hukukçuları bu şartı özetle şu şekilde vurgulamışlardır: Müşteri vaad ettiği şeyi akit olarak sonlandırmak zorunda değildir. Böylece murabaha çerçevesinde alacağı bir malın sözleşme öncesi aşamada herhangi bir şekilde tazmininden sorumlu tutulamaz. Çünkü finans kurumu bu ürünü müşteri adına alıyorsa da gerçekte kendisi için almaktadır. Bu malı müşteriye teslim edinceye kadar bu malın hakiki sahibidir. Bu aşamada malın herhangi bir şekilde kusurlu duruma gelmesi halinde bundan ilgili finans kurumu sorumlu olacaktır. Dolayısıyla hukuki açıdan bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin hukuki sonuç doğuracak bir alana taşınmasının caiz olmadığını ifade etmişlerdir. Bu hukukçulara göre ahde vefa göstermemenin doğuracağı zararın tazmininin hukuken izahı zordur.

Klasik literatürdeki genel yaklaşıma rağmen konu ile ilgili meşruluk fetvası veren şer'î kurulların da İslam hukuk külliyatı içinde bu işlemin meşruluğu için hukuki bir zemin bulduklarını da ifade etmek gerekir. Murabaha işlemlerinde müşterinin vaadine bağlı kalmasının hukuki bir sonuç doğuracak şekilde sorumlu tutulabileceğini meşru gören bu hukukçular, mevcut sonuç üzerine yeni bir işlem bina etmektedirler. O da müşteriden bu aşamada güvence bedeli istemenin de meşru olabileceğidir. Bunu caiz görenler ahlaki de olsa vaadin bir bağlayıcılığının olabileceğini kabul eder ve muhtemel bir zarar tazminat bedeli olarak “daman el ciddiye”nin alınabileceği kanaatindedirler. İslami finans kurumlarının müşteriden güvence bedeli istemesine cevaz veren şer'î kurullar bu görüşlerini hukuki olarak temellendirdikleri gibi ahlaki olarak da temellendirmeye çalışmışlardır. Onlara göre Müslüman bir kimse sözüne sadık kalmalı ve vaad olarak verdiği söz başkaları için zarara sebebiyet vermemelidir. Ahlaki de olsa ticari hayatta bu bir güvencedir. Ticari hayatın istikrarı için bu tür güvencelere sadık kalmak gerekir.¹⁰

Bu tartışma zemini önemli bir konuyu da gündeme getirmektedir. Din olarak İslam'ın hayatın akışı için koyduğu kurallarda hukuk-ahlak ayrımına yer yoktur. Ağırlık merkezinin hukuki ilkeler lehine bozulduğu durumlarda ahlaki ilkeler aşınmakta hatta neredeyse uygulamadan kalkmaktadır. Bu durumda ahlaki ilkeler olmaksızın hukukun şekil şartları yerine

¹⁰ Kamil Yelek, “İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı: Murâbaha Örneği”, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 36 (2016), s. 180.

getirildiği takdirde meşruiyet için yeter şart oluşmuş olmaktadır. Bu da kimi durumlarda “hile-i şer’iyye” denilen kapıyı aralamaktadır. Taraflar ticari işlemlerinde dini ve ahlaki alandan uzaklaşarak minimum şekil şartlarını yerine getirmekle hukuki anlamda meşruiyeti sağlamış olmaktadır. Oysa etik ve estetik değerler bu iş ve işlemleri meşru görmeyecek kadar kuşatıcı ve meşruiyeti düşürücü bir etkiye sahiptir.

Kur’ân’da ahlaki ve hukuki hükümlerin iç içe zikredilmeleri İslam’da ahlak ve hukukun bir bütünlük içinde algılandığını göstermektedir. Bir şeyin “İslami”liğini iddia ederken bunun dini, hukuki ve ahlaki bütünlük içinde mütalaa edilmesi gerekir. Sadece fikhın şekil şartlarını karşılamak onun Şer’iliği için yeter şart olmamalıdır. Örneğin bir alış-veriş aktinde şekil şartları yerine getirildikten sonra onun etik ve ahlaki boyutu eksik kalmış ise bunun Şer’ilik tanımı eksik kalmıştır. Ya da bir şeyin maslahata uygunluğu şekil olarak sağlandıktan sonra onun ahlaki etkileri yok farz edilerek bir paradigma oluşturulması elbette önemli bir eksiklik olacaktır. Örneğin zengin bir Müslüman malının hukuken (dinen) zorunlu olan 1/40 nı zekât olarak verdikten sonra acaba görevi bitmekte midir? Kişinin verdiği bu zekât yaşadığı İslam toplumunda fakirlerin zorunlu ihtiyacını karşılamaya yetmiyorsa bu kişinin dini ve ahlaki herhangi bir sorumluluğu yok mudur? İslam toplumunda açlık sınırının altında yaşayanlar varken bu kişinin “ben malımın zorunlu olan zekâtımı verdim gerisi beni ilgilendirmez” diyebilir mi? Hukuken şekil şartını yerine getirmekle dini ve ahlaki açıdan bu kişinin sorumluluğu elbette bitmeyecektir.

KAYNAKÇA

Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, Kenan Matbaası, İstanbul 1949.

Demiray, Mustafa, “Vaad”, *DİA*.

Dinç, Yusuf, “Karşılaştırmalı Katılım Bankacılığı ve Konvansiyonel Bankacılık”, *İslam İktisadı ve Finansı*, (Ed: Hakan Sarıbaş), Ziraat Grup Matbaacılık, Zonguldak 2017.

Dönmez, İbrahim Kâfi, “Murâbaha” *DİA*.

Kal’acî Muhammed Ravvas-Kuneybî Hamid Sâdık, *Mu’cemu Luğati’l-Fukahâ*, Dâru’n-Nefâis, Beyrut 1985.

Kardâvî, Yusuf, *Bey’u’l-Murâbaha li’l-Emr bi’ş-Şirâ*, Müessesetu’r-Risâle, Beyrut 1998.

Merğînânî, Burhanuddin Ebu’l-Hasen Ali b. Ebî Bekr el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî, Elif Ofset, İstanbul 1991.

Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

Özbilgen, Tarık, *Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1971.

Senhûrî, Abdurezzak Ahmed, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1954.

Yelek, Kamil, “İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı: Murâbaha Örneği”, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 36 (2016).