

TKBB

Katılım Finansı Standartları No: 5

MUDÂREBE STANDARDI

İÇİNDEKİLER

1. Mudârebenin Tanımı ve Çeşitleri	5
1.1. Mudârebenin Tanımı	5
1.2. Mudârebenin Çeşitleri	5
1.2.1. Mutlak Mudârebe	5
1.2.2. Mukayyet Mudârebe	5
2. Mudârebe ile İlgili Hükümler.....	5
2.1. Mudârebede Süre Tayin Edilmesi ile İlgili Hükümler.....	5
2.2. Sermaye ile İlgili Hükümler	6
2.3. Sermayenin İşletilmesi ile İlgili Hükümler.....	6
2.4. Kâr-Zarar ile İlgili Hükümler	8
2.5. Teminatlar ile İlgili Hükümler	9
2.6. Mudârebenin Sona Ermesi ile İlgili Hükümler	9
Mudârebe Standardının Gerekçeleri	10
1. Mudârebenin Çeşitleri ile İlgili Gerekçeler	10
2. Mudârebe ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri	11
2.1. Mudârebede Süre Tayin Edilmesi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri	11
2.2. Sermaye ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri	12
2.3. Sermayenin İşletilmesiyle İlgili Hükümlerin Gerekçeleri	14
2.4. Kâr-Zarar ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri.....	19
2.5. Teminatlar ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri.....	24
2.6. Mudârebenin Sona Ermesi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri.....	24

MUDÂREBE STANDARDI

Standardın Muhtevası

Bu standart, katılım bankacılığında uygulanmakta olan mudârebe işleminin mahiyetini, işlem esnasında gözetilmesi gereken fikhî hükümleri ve bu hükümlerin gerekçelerini ele almaktadır. Temelini mudârebe işleminin teşkil ettiği kâr ve zarara katılma hesabı, mudârebenin genel hükümleri yanında birtakım özel hükümlere de sahip olduğundan katılma hesapları için ayrı bir standart düzenlenecektir.

1. Mudârebenin Tanımı ve Çeşitleri

1.1. Mudârebenin Tanımı

Mudârebe (emek-sermaye ortaklığı), bir tarafın sermaye diğer tarafın emeğini ortaya koyarak bu sermayeyi işletmeyi üstlenmesiyle kurulan ve elde edilen kârın paylaşımı esasına dayanan bir tür ortaklık sözleşmesidir. Bu sözleşmenin tarafları gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Sermaye ortaya koyan tarafa sermaye sahibi (sermayedar), emeği ile bu sermayeyi işleten tarafa ise işletmeci (emek sahibi) denir.

1.2. Mudârebenin Çeşitleri

Mudârebe; mutlak (kayıtsız) ve mukayyet (kayıtlı) olarak iki şekilde kurulabilir.

1.2.1. Mutlak Mudârebe

Mutlak mudârebe, sermaye sahibinin işletmeciye ticari faaliyetiyle ilgili herhangi bir sınırlandırıcı şart koşmayarak onu serbest bıraktığı mudârebe türüdür. Bu tür bir mudârebe sözleşmesinde sadece kâr paylaşım oranları belirlenir. İşletmeci, ticari teamüller kapsamında basiretli bir tâcir gibi davranarak katılım finansı ilke ve standartlarına uygun her türlü ticari işlemi yapma yetkisine sahiptir.

1.2.2. Mukayyet Mudârebe

Mukayyet mudârebe, sermaye sahibinin, işletmecinin faaliyetlerine zaman, mekân, sektör, ticaret çeşidi, kişiler vb. açılardan sınırlandırma getirdiği mudârebe türüdür. İşletmeci, ticari faaliyetini sözleşmede belirtilen sınırlandırmalar kapsamında yürütmekle yükümlüdür.

2. Mudârebe ile İlgili Hükümler

2.1. Mudârebede Süre Tayin Edilmesi ile İlgili Hükümler

2.1.1. Mudârebe sözleşmesi belirli bir süreyle sınırlı olarak kurulabileceği gibi yapılacak işin tamamlanmasıyla sonuçlanacak şekilde de kurulabilir.

2.1.2. Mudârebe sözleşmesi, ilerideki bir tarihten itibaren geçerli olmak üzere kurulabilir.

2.2. Sermaye ile İlgili Hükümler

- 2.2.1.** Mudârebe sermayesinin miktar ve cins yönünden belirlenmiş para olması esastır. Para dışındaki bir değer işletmeci tarafından piyasa fiyatı üzerinden paraya çevrilmesinden ya da sermayedarın üçüncü bir taraftaki alacağına işletmeci tarafından tahsil edilmesinden sonra sermaye olması da taraflarca kararlaştırılabilir.
- 2.2.2.** Mudârebenin geçerlilik ve yürürlüğü için, sözleşmede belirlenen sermayenin tamamının veya iş yapabilmeye yeterli bir kısmının işletmeciye teslimi şarttır. İşletmeciye sermaye üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin tanınması da teslim sayılır.
- 2.2.3.** Sözleşmenin kurulmasından sonra sermayenin işletmeciye sözleşmede kararlaştırılan sürede, şayet kararlaştırılmamışsa teamüllere uygun bir sürede teslim edilmemesi, işletmeciye sözleşmeyi feshetme ve uğramış olduğu fiili zararları talep etme hakkı verir.
- 2.2.4.** İşletmeci, kusuru veya sözleşmeye aykırı davranışı olmadıkça sermaye üzerinde meydana gelebilecek zararlardan sorumlu değildir.
- 2.2.5.** İşletmeci, sermayedarın vekili sıfatı ile sermayeyi işletir, kâr elde edilmesi halinde ise ortak sıfatıyla kâr üzerinde hak sahibi olur.
- 2.2.6.** Sermaye sahibi, işletmecinin rızası olması şartıyla, sermayenin bir kısmını geri alabilir. Bu durumda mudârebe kalan sermaye üzerinden devam eder. Ancak sermayenin bir kısmının istenildiği zaman geri alınabileceği hususu sözleşmenin bir şartı olarak ileri sürülemez. İşletmecinin rızası olmadan sermayenin bir kısmının geri alınması ise ortaklığın bütünüyle sona ermesine sebep olur. Bu durumda tasfiyeye ilişkin hükümler uygulanır.

2.3. Sermayenin İşletilmesi ile İlgili Hükümler

- 2.3.1.** Sermayenin, ortaklığın hedeflerine yönelik olarak katılım finansı ilkeleri yanında ticari örf ve âdet kurallarına uygun olarak işletilmesi esastır. İşletmeci, bu faaliyetleri yürütürken basiretli bir tâcir gibi davranmalı, piyasa şartlarını gözeterek sermayeyi zarara uğratacak işlem ve eylemlerden kaçınmalıdır.

- 2.3.2.** Mutlak mudârebede işletmeci, katılım finansı ilkelerine uygun olmak şartıyla dilediği ticareti, üretimi veya yatırımı yapma yetkisine sahiptir.
- 2.3.3.** Mukayyet mudârebede işletmeci, katılım finansı ilkeleri yanında ayrıca sözleşmedeki şartlara da riayet etmekle yükümlüdür. İşletmecinin sözleşmedeki şartlara aykırı davranması durumunda sermayedar buna onay verebileceği gibi sözleşmeyi sonlandırıp sermayeyi geri de alabilir. Sözleşmeyi sonlandırmayı tercih etmesi durumunda şayet sermayede bir kayıp meydana gelmişse işletmeci bu kaybı tazmin etmekle yükümlüdür. Kâr elde edilmiş ise bu kâr sözleşmedeki oranlar üzerinden paylaşılır.
- 2.3.4.** Sermayedar ve işletmeci, kâr paylaşım oranlarını serbestçe belirleyerek kendi aralarında birbirinden farklı mudârebe ortaklıkları kurabilirler.
- 2.3.5.** İşletmecinin sermayeyi bizzat kendisinin işletmesi gerekir. Ancak sermayedarın açık izin vermesi durumunda işletmeci, sorumluluk kendisinde olmak kaydıyla bu sermayenin bir kısmını veya tamamını işletmek üzere başka kişileri yetkilendirebileceği gibi alt mudârebe sözleşmesi de yapabilir.
- 2.3.6.** İşletmeci, sözleşme veya işin niteliği gereği bizzat kendisinin yapması gereken işlerde sermayedarın muvafakati olmadan başka birisini ücretle istihdam ederse bu ücreti mudârebe sermayesinden değil kendi hesabından karşılar.
- 2.3.7.** İşletmeci, yapılan işin bir gereği olmakla birlikte bizzat kendisinin yapması gerekmeyen iş ve işlemleri, hizmet alımı veya vekalet verme gibi yollarla yerine getirebilir. Bu tür işlemlerin ücret ve masrafları mudârebe sermayesinden karşılanır.
- 2.3.8.** İşletmeci, mudârebe işlemleri kapsamında dışarıdan alacağı mal ve hizmetleri, piyasa fiyatları çerçevesinde sermaye sahibinden de alabilir. Aynı şekilde söz konusu mal ve hizmetleri, piyasa fiyatları çerçevesinde kalmak ve sermayedarın açık iznini almak kaydıyla işletmeci kendisinden de temin edebilir.
- 2.3.9.** İşletmeci, işletmecilik vasfıyla ilgili olan ve bizzat kendisinin yapması gereken işlerdeki emeğine karşılık kârdaki hissesinin dışında bir ücret talep edemez.

2.3.10. Sermayedar, işletmecinin rızası olmadan mudârebe yönetimine karışamaz. Bununla birlikte işleyiş ile ilgili bilgi alma hakkına sahiptir. Ayrıca sermayenin korunması amacıyla işletmecinin denetleneceği de kararlaştırılabilir.

2.3.11. İşletmeci, sermaye sahibinin izni olmadan sermaye veya kârdan karşılıksız kazandırmada bulunamaz, karz veremez.

2.4. Kâr-Zarar ile İlgili Hükümler

2.4.1. Taraflar arasındaki kâr paylaşımı, oluşacak kârın yüzdelik bir oranı olarak sözleşme kurulurken belirlenmelidir. Kâr, maktu ya da sermayenin belirli bir oranı olarak belirlenemez.

2.4.2. Sözleşmede belirlenen kâr paylaşım oranları tarafların karşılıklı rızasıyla her zaman değiştirilebileceği gibi dönemsel olarak da yeniden düzenlenebilir.

2.4.3. Kâr paylaşım oranları belirlenmeden yapılan mudârebede, oranlar katılım finansındaki teamüllere göre belirlenmiş sayılır. Taraflar, teamüllere göre belirlenmiş olan bu oranları daha sonra anlaşarak değiştirebilirler. Kâr paylaşım oranlarına dair bir teamülün bulunmaması halinde ise mudârebe geçersiz olur.

2.4.4. Mudârebede, belirli bir kâr miktarına ulaşılması durumunda bu miktarın üzerindeki kârın taraflardan birisine ait olacağı kararlaştırılabilir.

2.4.5. Nihaî kâr-zarar tespiti yapılmadan önce sözleşmenin uzun süreli olması durumunda ya da başka bir sebeple taraflara, avans niteliğinde ve nihaî hesaplama sonucunda mahsuplaşmak üzere ön ödemeler yapılabilir.

2.4.6. Mudârebe sonucunda zarar oluşursa bu zarara sermaye sahibi katlanır. Sözleşmeye aykırı fiili veya kusuru olmayan işletmeci zarardan sorumlu tutulamaz ve bunun aksi kararlaştırılmaz. Sözleşmeye aykırı fiili veya kusuru olan işletmeci, zararı tazmin eder ve emeği karşılığında herhangi bir ücret hak etmez.

2.4.7. İşletmeci veya sermayedar baştan şart koşmamak, vaat etmemek ve teamül haline getirilmemek kaydıyla, kendi hesabına düşen kârdan feragat edebilir. İşletmeci aynı kayıtlarla tek taraflı olarak zararın tamamını veya bir kısmını üstlenebilir.

2.5. Teminatlar ile İlgili Hükümler

- 2.5.1.** Sermaye sahibi, işletmecinin kusurundan veya sözleşmeye aykırı davranışından kaynaklanacak muhtemel zararların tazmini için mudârebe sözleşmesi kurulurken işletmeciden ya da üçüncü bir kişiden teminat alabilir.
- 2.5.2.** Ortaklığın tasfiyesi esnasında mevcut olan sermaye ve varsa kâr, işletmeci tarafından sermayedara ödenmezse sermayedar teminatlara başvurabilir.

2.6. Mudârebenin Sona Ermesi ile İlgili Hükümler

- 2.6.1.** Mudârebe, sermayenin tümüyle kaybedilmesi veya yok olması, taraflardan birinin ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi ya da tüzel kişiliğinin sona ermesi, sözleşmede bulunan bozucu şartın gerçekleşmesi ve sözleşmede belirli bir süre kaydı varsa bu sürenin dolmasıyla sona erer.
- 2.6.2.** Mudârebe sözleşmesinin taraflarından her biri sözleşmeyi dilediği zaman feshedebilir. Fesih beyanı, fesheden bakımından fesih anı itibariyle, diğer taraf açısından ise bu beyan kendisine ulaştıktan sonra hüküm ifade eder.
- 2.6.3.** Sözleşmeyi fesheden taraf diğer tarafın fesih sebebiyle uğradığı fiilî zararları karşılamakla yükümlüdür. Taraflardan birinin suistimal veya ihmalinin bulunması ya da sözleşmeye açıkça aykırı davranması durumunda, bu gerekçelerle sözleşmeyi fesheden taraf açısından zararı tazmin borcu yoktur.
- 2.6.4.** Nihâî kâr-zarar hesaplaması paraya çevirme veya değerlendirme yoluyla yapılacak tasfiye sonucunda ortaya çıkar.

Mudârebe Standardının Gerekçeleri

Ortaklık esası üzerine kurulu olan mudârebe sözleşmesinin meşruiyeti, konuyla ilgili bazı hadislere, sahabe uygulamasına ve fakihlerin ittifakına dayanır. İslam hukukunda benimsenen akit serbestisi ilkesi de bir başka meşruiyet kaynağıdır. Nitekim İslam hukukuna göre kişiler bu ilke çerçevesinde, temel kurallara aykırı olmayan sözleşmeler kurabilir, bu sözleşmelerin içeriğini de yine bu kurallara uygun olmak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler.

Mudârebe sözleşmesinin taraflarından birini teşkil eden sermayedar için fıkıh literatüründe genellikle “rabbü'l-mâl”, emek sahibi içinse “mudârib” ve “âmil” terimleri kullanılır.

Katılım bankası, fon toplama amacıyla mudârebeye dayalı katılma hesapları açabilir. Bu durumda bu hesapların sahipleri sermayedar, katılım bankası ise işletmeci konumunda olur. Mudârebeye dayalı olarak açılan katılma hesaplarında biriken fonun işletilmesiyle elde edilen kâr, sözleşmede belirlenen oranlara göre paylaşılır. Zarar oluşması durumunda ise bunu sermaye sahibi üstlenir. Mudârebe esaslı katılma hesabı uygulamasında işletmeci konumundaki katılım bankası ile birden çok sermayedar arasında emek-sermaye ortaklığı gerçekleşmiş olur.

Bunun yanında katılım bankası, mudârebe ortaklığına dayalı olarak fon kullandırabilir. Fon kullandırım işleminde katılım bankası sermayedar, fona ihtiyacı olan müşteri ise işletmeci konumunda olur. Taraflar arasındaki anlaşma süreli ya da süresiz olabilir. Sözleşmede mudârebenin türü, kârın hangi oranlarda paylaşılacağı, emek sahibinin sözleşmenin şartlarını ihlal etmesi durumunda doğabilecek zararların tazmini için göstereceği teminatlara yer verilmesi, taraflar arasında anlaşmazlık çıkmasını önleyici bir özellik arz eder. Bu sözleşme, bir ön mutabakat ya da çerçeve anlaşması şeklinde kurularak daha sonra yapılacak projeler çerçevesinde tesis edilecek ortaklık sözleşmelerinin bir parçası olarak da kullanılabilir.

Bu Standart mudârebenin genel hükümlerine tahsis edildiği için katılma hesapları ile ilgili özel hükümler başka bir standartta düzenlenecektir.

1. Mudârebenin Çeşitleri ile İlgili Gerekçeler

Mudârebe sözleşmesinde işletmeci, sermayedardan teslim aldığı sermayeyi onun vekili sıfatıyla işletir, kâr oluştuğunda ise ortak vasfına sahip olur (*Zeylaî, Tebyînü'l-hakâik*, Kâhire, 1314/1895, V, 53). Sermayedar müvekkil konumunda olduğu için

vekil vasfını taşıyan mudâribin yapacağı faaliyetleri belirleme ve sınırlandırma yetkisine sahiptir (Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, Kâhire, 1411/1991, III, 427).

Sermayedar tarafından işletmecinin tasarruflarına yönelik bir sınırlandırmanın getirilmediği ve ticari işlemler konusunda serbest bırakıldığı mudârebe, “mutlak mudârebe” olarak anılır (Mecelle, md. 1407). İşletmeci, mutlak mudârebede ortaklık sermayesiyle meşru sınırlar çerçevesinde kalmak ve basiretli bir tâcir gibi davranmak şartıyla mudârebe kapsamında dilediği işlemleri gerçekleştirebilir (Mecelle, md. 1414). Sermayenin işletilmek üzere alt mudârebe yoluyla bir başka emek sahibine verilmesi ise Standardın 2.3.5. maddesinde belirtildiği üzere sermayedarın izin veya onayına tabidir (Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V, 59).

Mutlak mudârebede kâr paylaşım oranlarının belirlenmesinin gerekli olması, tarafların anlaşmazlığa düşmesini önlemeye yönelik alınmış bir tedbirdir. Kâr paylaşım oranlarının belirsizliği prensip olarak akdin sahih olarak kurulmasına engel olur (Merğînânî, *el-Hidâye*, Beyrut, ty. III, 200; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, by. ty. II, 311). Genel ilke böyle olmakla birlikte kâr paylaşım oranları belirlenmeden yapılmış olan bir mudârebe akdi şayet ilgili iş sahasında kâr oranlarına ilişkin bir teamül varsa paylaşım bu teamüle göre belirlenmiş ve buna bağlı olarak da mudârebe akdi sahih olarak kurulmuş sayılır. Nitekim Standardın 2.4.3. maddesi bunu hükme bağlamaktadır.

İşletmecinin yetkisinin sermayedarca sınırlandırıldığı mudârebe, “mukayyet mudârebe” şeklinde anılır. Sermayedar tarafından işletmecinin tasarruflarına getirilen sınırlandırmalar bazen onun gerçekleştireceği işlemlere yönelik olabildiği gibi bazı durumlarda da işlem yapacağı kişilerle ilgili olabilir. İşletmecinin ilke olarak “emîn” sıfatını taşıdığı yani sermayedarın aleyhine sonuçlar doğurucu işlemleri kusurlu olarak yani kasıt ya da ihmâl ile gerçekleştirmeyeceği düşünülür. Bu nedenle işletmeci kusurlu davranışlarından dolayı sorumlu olur (Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V, 53).

2. Mudârebe ile İlgili Hükümlerin Gereçekleri

2.1. Mudârebede Süre Tayin Edilmesi ile İlgili Hükümlerin Gereçekleri

Mudârebe, sermaye sahibinin, sermayesini çalıştırıp işletmesi için işletmeciyi yetkilendirmesi ve dolayısıyla onu vekil tayin etmesi esası üzerine kurulu bir akittir. Bu sebeple işletmeci sermayeyi, sermaye sahibinin vekili sıfatıyla işletir ve sermaye

üzerinde tasarrufta bulunur. İşletmeciye sermaye üzerinde tasarruf yetkisini veren sermaye sahibi, bu yetkiyi belirli bir bölgede ticaret yapma veya belirli ticaret kollarında faaliyet yürütme gibi birtakım kayıtlarla sınırlandırabileceği gibi sözleşmenin süresini de belirli bir zamanla sınırlandırabilir (Mecelle, md. 1407). Bu durumda işletmecinin yetkisi belirlenen süreyle sınırlı olacağı için süre bittiğinde işletmecinin yetkisi ve dolayısıyla mudârebe de sona ermiş olur.

Mudârebenin ileri bir tarihten itibaren geçerli olmak üzere kurulabilmesi de onun aynı zamanda vekalet mahiyeti taşıyan bir akit olmasıyla ilişkilidir. Çünkü mudârebede sermaye işletmeciye temlik edilmemekte, işletmeci sermayeyi çalıştırması için yetkilendirilmektedir. Sermayedarın, vermiş olduğu yetkiyi belirli bir süreyle sınırlandırması akdin yapısına aykırı olmadığı gibi mudârebeyi ileri bir tarihten itibaren başlatması da aykırı değildir. Böyle bir durumda akit her ne kadar daha önce kurulmuş olsa da işletmecinin sermayeyi işletme yetkisi, belirlenen tarihten itibaren başlar (İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, Kâhire, 1970, VIII, 447).

2.2. Sermaye ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

Mudârebe sözleşmesinde sermaye, gelir getirici faaliyetlerde değerlendirilmek amacıyla işletmeciye verilmektedir. Sermayenin para olması durumunda, işletmecinin bunu doğrudan ticari bir faaliyette değerlendirip getiriye dönüştürme imkânı vardır. Sermayenin nakit olması, ana para ve kârın tespitinde herhangi bir belirsizliğe yol açmamaktadır. Ancak menkul olsun gayrimenkul olsun para dışındaki varlıkların bizzat kendisinin ortaklıkta sermaye olması böyle değildir. Para dışındaki varlıklar, sermaye olması durumunda fiziki varlığıyla (ayn) değil, kıymetiyle sermaye olmaktadır. Kıymet ise değişken bir şeydir. Bu da ortaklığın tasfiyesi aşamasında kârda belirsizliğe yol açmaktadır. Mudârebe ortaklığında kârdaki belirsizlik, akdi ifsat eden bir husustur. Ancak tarafların konu ile ilgili açık bir uzlaşısı olması durumunda, para dışındaki varlıkların satışından elde edilen nakdin de sermaye olması mümkündür. Zira bu halde mudârebe akdini ifsat edecek şekilde kârda bir belirsizlik kalmamaktadır. Bu durumda işletmeci, sermayedarın kendisine teslim ettiği menkul ya da gayrimenkul malı onun vekili olarak satın nakde dönüştürmekte ve bu nakit de ortaklık sermayesi olmaktadır. Benzer bir durum alacağın tahsil edilip sermaye yapılmasında da söz konusudur. İşletmeci sermayedarın vekili olarak ona ait bir alacağı tahsil etmekte, tahsil ettiği alacağı mudârebe sermayesi olarak çalıştırmaktadır (Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, Beyrut, 1986,

VI, 59, 82; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, Kâhire, 1425/2004, IV, 21; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, Beyrut, 1415/1994, III, 398; Mecelle, md. 1338, 1409).

Mudârebe, emek-sermaye ortaklığına dayanan bir sözleşme olduğundan bu tür bir ortaklıkta emeğini ortaya koyan işletmecinin ticari faaliyetlerde bulunabilmesi ve dilediği ya da gerektiği zaman kullanabilmesi için sermayenin kendisine teslim edilmiş olması gerekir (Mecelle, md. 1410).

Sermayenin işletmeciye teslim edilmemesi durumunda taraflar arasındaki emanete dayalı ilişki de kurulmamış olacaktır (Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VI, 84). Bu nedenlerle sermayenin işletmeciye teslim edilmemesi sözleşmenin yürürlük kazanmasına engel olur. Fiilen teslim edilmese de işletmeciye sermaye üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin verilmesi, kendisine ticari faaliyetlerini yürütme imkânı tanıdığı için hükmen teslim sayılır.

Sözleşmenin kurulmasından sonra sermayenin işletmeciye kararlaştırılan sürede teslim edilmemesi, işletmeciye sözleşmeyi feshetme hakkı verir. Aynı hak sermayenin teslim süresinin kararlaştırılmamış olması halinde teamüllere uygun bir sürede tesliminin gerçekleşmemesi durumunda da söz konusudur. Bu durumlar da işletmeci sözleşmeyi feshedip uğramış olduğu fiilî zararları talep edebilir.

Sermaye sahibinin, sermayenin kullanımının kendisinin kontrolünde kalmasını ya da sermayenin işletmeciye teslim edilmemesini şart koşması ise akdin yapısına aykırı bir durum olduğu için sözleşmeyi fasit kılar.

Mudârebe akdinde işletmeci, sermayeyi çalıştırma noktasında sermayedarın vekilidir. Çünkü sermayesini onun verdiği izinle çalıştırır. Vekilin sorumluluğu, elinde fıkıh terminolojisine göre emanet olarak bulunan sermayenin korunması ve çalıştırılması hususunda gerekli özeni göstermektir. Mudârebeye sermayenin işletmecinin elinde fikhî açıdan emanet sayılmasının anlamı işletmecinin, kusuru olmaksızın sermaye veya kârda meydana gelen zararlardan sorumlu olmamasıdır. Buna karşın işletmeci, sermayeyi koruma ve işletme noktasında gerekli özeni göstermeme veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeme durumunda kusurlu sayılacağından meydana gelen zarardan sorumlu olur.

Mudârebe ortaklığında işletmeci, sermaye değil sadece kâr üzerinde hakkı olması sebebiyle kâr ortaya çıkıncaya kadar vekil, kâr oluşuktan sonra hem vekil hem ortak niteliğini haiz olur (Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VI, 83; Mecelle, md. 1413).

Mudârebe, sermayeyi çalıştırmaya dayalı bir akit olduğu için sermayenin kısmen veya tamamen geri alınması akdi bozucu bir durumdur. Dolayısıyla bunun şart olarak ileri sürülmesi akdin yapısına aykırıdır (Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 108; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, III, 434). Sermaye sahibinin, işletmecinin rızasını alarak sermayenin bir kısmını geri alması, kalan sermaye miktarı üzerinden akdin devam ettiği anlamına gelir. Bu durumda sermayenin geri alınan kısmında tasfiyeye ilişkin hükümler uygulanır.

Sermayenin işletmecinin rızası olmadan kısmen veya tamamen geri alınması, sermayeyi güvene dayalı olarak çalıştırma esaslı bir akit olduğu için mudârebeyi sonlandırır. Akdin bu şekilde sonlanması halinde tasfiyeye ilişkin hükümler uygulanır.

2.3. Sermayenin İşletilmesiyle İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

İşletmeci, sermayedarın vekili sıfatıyla kâr getirici iş ve işlemlerde bulunmak üzere sermayeyi teslim aldığı için tasarruflarında bu amaçla uyumlu olacak şekilde özenli davranma yükümlülüğü vardır. Bu nedenle mudârebe ortaklığı adına yapacağı bütün tasarrufların, vekâletin ve mudârebenin amaçlarıyla uyuşacak şekilde ticari gayelerle izah edilebilir olması gerekir. İşletmecinin, faaliyetlerini yürüttüğü piyasa şartlarını dikkate alması onun bu kapsamda çalıştığını gösteren temel bir unsurdur. İşletmeci, mudârebe sözleşmesinin söz konusu gayeleriyle uyuşmayan; bağış yapmak veya ticaretin gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde bir malı gerçek değerinin üstünde satın almak gibi piyasa şartlarını dikkate almadığını gösteren iş ve işlemlerde bulunursa özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olur. Bu durumda söz konusu işlemler mudârebe sözleşmesi kapsamında geçerli olmayıp işletmeci namına gerçekleşir, masrafları da ortaklık sermayesinden değil işletmecinin şahsi hesabından karşılanır. Mudârebe malının ticaretin gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde piyasa fiyatının altında satılması durumunda ise işletmeci, satımdan elde ettiği bedel ile malın piyasa fiyatı arasındaki farkı tazminle yükümlü olur.

Fıkıh kitaplarında mudâribin (işletmecinin) tasarrufları, her biri özel hükümlere sahip olmak üzere üç ayrı kısımda incelenmektedir:

- a) İşletmecinin, sermaye sahibi tarafından verilen genel bir yetki veya açık bir izin olmasa da yapabileceği tasarruflar. Mudârebe sözleşmesi kâr amaçlı kurulduğu

için işletmeci meşru dairede bu amaca hizmet edecek satın alma, satma, kiralama, rehin alma, vekâlet verme gibi tasarrufları yapmakta serbesttir.

- b) İşletmecinin, açık izne gerek olmadan genel yetkilendirme ile yapabileceği tasarruflar. İşletmeci, kanaati doğrultusunda ticari faaliyetlerini yürütmek üzere yetkilendirildiğinde sermayenin bir kısmı ya da tamamı üzerinden başka bir kişi ile sermaye ortaklığı yapabilir.
- c) İşletmeciye genel yetki verilse de sermaye sahibinin açık izni olmadan yapamayacağı tasarruflar. Mudârebe ortaklığı adına ödünç para (karz) almak, mudârebe malından karz vermek, hibede bulunmak, mudarebe malını mudarebeden kaynaklanmayan borçlar için rehin vermek gibi tasarruflar sermayedardan alınmış açık bir izin olmadığı sürece mudârebe ortaklığı adına değil işletmeci adına geçerli olur (Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 88; Mecelle, md. 1414, 1416).

İşletmeci ticari faaliyetlere konu edilmesi meşru olmayan alkol, domuz vb. ürünler üzerinde üretim veya yatırım yapamaz. Bu türden iş ve işlemler katılım finansı ilkelerine uygun olmadığı için işletmecinin bu kapsamda gerçekleştireceği işlemler mudârebe ortaklığı kapsamında değerlendirilmez. Bu işlemlerin sonuçları işletmeciye ait olur.

İşletmecinin sözleşme şartlarına riayet etme yükümlülüğü, “*Ey iman edenler akitlerinizin gereğini yerine getirin.*” (Mâide 5/1) âyeti ve “*Bir helali haram kılan veya bir haramı helal kılan şart dışında Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar*” (Tirmizî, “*Ahkâm*”, 17) hadisi gibi naslara dayanmaktadır. İşletmecinin sözleşmeye aykırı hareket etmesi caiz olmadığı için böyle hareket etmesi onu, bu sebeple oluşacak zararları tazmin etmekle yükümlü kılar. Bu, mezhepler arasında ittifakla kabul edilen bir hükümdür. İşletmecinin sözleşmeye aykırı davrandığı bir mudârebede kâr oluşursa bu kârın tamamı Hanefilere göre “*Nimet, külfet mukabilindedir*” ilkesi gereği, işletmeciye ait olur (Mecelle, md. 85, 1421). Ancak bu görüş, kârın tamamına sahip olma düşüncesiyle işletmeci tarafından istismara açıktır. Bu konuda Şâfîiler ve Hanbelîlerde öne çıkan görüş kârın tümüyle sermayedara ait olacaktır. Standardın 2.3.3. maddesinde ise böyle bir haksız eylemi, kârın ortaklar arasında sözleşmede belirtilen oranlar çerçevesinde dağıtılmasına engel görmeyen Mâlikî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir (Hattab, *Mevâhibu'l-Celîl fi şerhi Muhtasari Halîl*, Beyrut, 1412/1992, V, 365-366; İbn Kudâme, *el-*

Muğnî, Kâhire, 1388/1968, V, 20). Bu tercih, işletmecinin herhangi bir suistimali durumunda sorumluluğunu genişletirken diğer yandan kâr elde edilmesi durumunda sermaye sahibinin elde edeceği kâr oranını da koruduğundan tarafların yetki ve sorumluluklarını daha dengeli bir şekilde dağıtmaktadır. Ayrıca bu görüş hakkaniyet ilkesine uygun olmasının yanında İslam hukukunda hüküm çıkarma yöntemleri arasında yer alan “sedd-i zerîa” (dinen sakıncalı sonuçlar ortaya çıkaran şeyleri engelleme) anlayışıyla da uyumludur.

İki taraf arasında var olan mudârebe sözleşmesi, aynı taraflar arasında başka mudârebe sözleşmeleri yapmaya engel teşkil etmez. Her bir mudârebe sözleşmesi diğerinden ayrı ve müstakil bir akit olduğundan taraflar her birinde mudârebenin şartlarını, niteliğini ve kâr paylaşım oranlarını diğer mudârebeden bağımsız olarak belirleyebilirler.

İşletmeci, sermayedar tarafından vekil sıfatıyla ticari faaliyetlerde bulunmakla yetkilendirildiği için ilke olarak vekalet görevini bizzat kendisi yerine getirerek sermayeyi de bizzat kendisi işletmelidir. Bu nedenle işletmecinin, sermayeyi işletmesi için bir başkasına teslim etmesi sözleşmenin doğasına ve gereklerine aykırıdır. Böyle bir davranış işletmecinin oluşan zararı tazminle yükümlü olmasını gerektirir. Ancak sermayedar bu konuda işletmeciye açık izin verirse artık başka bir işletmeciyle alt mudârebe sözleşmesi yapması caiz olur (Mecelle, md. 1415, 1416).

Sermaye sahibi esasen işletmecinin söz konusu ortaklığı işletebilme vasfına sahip olması yanında bu işin gerçekleştirilmesindeki özel bilgi, beceri ve yeteneklerine güvenerek sermayesini ona teslim etmiştir. Bu nedenle işletmecinin sözleşme ya da işin niteliği gereği bizzat kendisinin yapması gereken işlerde başka birisini, mudârebe sermayesinden ödenecek bir ücretle istihdam etmesi, sözleşmenin doğasına aykırı olduğu gibi sermayenin eksilmesi sebebiyle sermaye sahibine yönelik haksız bir durum da meydana getirecektir. İşte bu tür ihlal ve haksızlıkları önlemek bakımından işletmeci bizzat yapması gereken işlerde şayet başka birini istihdam etmek isterse bunun için ya sermayedarın onayını almalı ya da istihdam için verilen ücreti kendi hesabından karşılamalıdır. İşletmeci, bizzat kendisinin yapması gereken iş ve işlemlerde sermayedarın izni olmadan başka birini istihdam eder ve bunun sonucunda bir zarar meydana gelirse bundan işletmeci sorumludur.

İşletmeci, sermayeyi işletirken mal ve hizmet alımı başta olmak üzere birtakım faaliyetlerde bulunma hak ve yetkisine sahiptir. İşletmeci, mudârebe kapsamındaki

bir malı tamir etmek, depolamak, nakletmek gibi sözleşme gereği bizzat yapmak zorunda olmadığı işleri, giderleri sermayeden karşılanmak üzere hizmet alımı ya da vekalet verme yoluyla yerine getirebilir.

İşletmeci, ortaklık sermayesini işletirken bizzat yapması gereken işlemler hariç olmak üzere, yapılan işin bir gereği olarak dışarıdan mal ve hizmet satın alabilir. Söz konusu mal ve hizmetin, sermayedardan yahut işletmecinin kendisinden temin edilmesi mudârebe kurallarına aykırı değildir. Zira sermayedardan alınması durumunda sermayedar mudârebenin tarafı değil, mudârebe sermayesini işletenin iş yaptığı üçüncü kişi konumundadır. Dolayısıyla onun, işletmeciye sattığı mal veya sunduğu hizmet karşılığında aldığı bedel de üçüncü kişi sıfatıyla yaptığı işlemlerin karşılığı olup mudârebe sözleşmesi ile doğrudan ilgili değildir (Kâsânî, *Bedai‘u’s-sanâi‘*, VI, 101).

İşletmecinin ihtiyaç duyulan mal ve hizmeti kendisinden temin etmesi de bu kapsamdadır. Zira bu durumda işletmeci kendisine ait mal ve hizmeti mudârebe için temin ederken işletmeci vasfıyla bizzat yapmak zorunda olmadığı bir işi yapmakta ya da hizmeti vermektedir ki, bu durumda sözleşmedeki “işletmeci” sıfatıyla değil üçüncü bir kişi sıfatıyla iş görmektedir. Bu sebeple mudârebe ortaklığı için kendisinden temin ettiği mallar ve kendisinin sunmuş olduğu hizmet karşılığında bir bedel alması kurallara aykırı düşmeyecektir. Diğer taraftan işletmecinin mudârebe sermayesini, sermayedarın vekili sıfatıyla işlettiği kabul edilmektedir. Hanefî mezhebinde bir kişinin vekil olarak akdin iki tarafını temsil edememesi veya müvekkili adına kendisi ile akit yapamaması fikhî bir kural olduğundan vekilin kendisiyle işlem yapması ilke olarak uygun görülmesi de mudârebe işleyişinin kolaylaştırılması adına bunu caiz gören mezheplerin görüşleri ile amel edilerek vekil konumundaki işletmecinin sermayedarın izni dahilinde satın alma işlemini kendisinden yapması caiz görülebilir (İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 86; Buhûtî, *Keşşâfü’l-kınâ‘ ‘an metni’l-İknâ‘*, Riyad, ty. III, 473). Ancak muhtemel istismarları ve bu sebeple ortaya çıkabilecek töhmet ve ihtilafları önlemek amacıyla söz konusu mal ve hizmetlerin bir bedel karşılığında işletmeci tarafından kendisinden temin edilebileceği konusu, sözleşmede açıkça belirtilmeli veya sermaye sahibinin süreç içinde vereceği onaya bağlanmalıdır. Ayrıca işletmecinin kendisinden temin edeceği mal ve hizmetlerin fiyatlarının piyasadaki rayiç fiyatların üzerinde olmaması gerekir.

Mudârebenin doğası gereği sermayedar sermayesinin, işletmeci ise emeğinin karşılığı olarak kârda hisse sahibi olur. Kâr elde edilmişse işletmeciye düşen pay, kendisinin işletmeci vasfıyla ortaya koyduğu emeğin karşılığıdır. Mudârebe sözleşmesinin mahiyeti gereği ve kârdaki payının meşruiyeti için zaten sarfetmek zorunda olduğu bu emek karşılığında alacağı kâr payı yanında ayrıca ücret alması, onun “işletmeci” sıfatı yanında bir de “işçi” sıfatı taşıdığını gösterir ki bu durum, sözleşmenin mahiyetiyle bağdaşmaz. Diğer taraftan işletmecinin kârdaki payına ek olarak ayrıca belli bir ücret alması, işletmeden hiç kâr elde edilememesi ya da işletmeci için belirlenen ücretten daha az elde edilmesi gibi durumlarda, sermaye sahibinin aleyhine haksız bir sonuç meydana getirecektir.

Mudârebe sözleşmesinin geçerlilik ve yürürlük kazanması, Standardın 2.2.2. maddesinde belirtildiği üzere, sermayenin işletmeciye teslimine ya da ona sermaye üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisinin tanınmasına bağlıdır. Bundan sonraki işletme sorumluluğu münhasıran işletmeciye aittir. Esasen tarafların bu sözleşmeyi yapmalarındaki en temel hedef, birisinin sermaye değerinin ise emeği ile kâr elde etme amacıdır. Kâr paylaşımının meşruiyeti de tarafların taşıdıkları mevcut vasıfları korumalarına bağlıdır. Dolayısıyla sermayedarın mudârebe yönetimine karışması hem sözleşmedeki “sermayedar” vasfıyla çelişecek hem de işletmecinin yetki ve sorumluluklarını tam bir serbestlik içinde yerine getirmesine engel olacaktır. Diğer taraftan sermaye sahibinin müdahalesi sonucunda bir zarar meydana gelmesi durumunda işletmeci, kendi girişiminin sonucu olmayan bir zarara da katlanmış olacaktır. Bu gerekçeyle sermayedar, sözleşme süresince emek sahibine teslim etmiş olduğu sermayenin işletilmesine ve yönetilmesine karışamaz.

Sermayedarın ortaklık yönetimine müdahalesi, mudârebenin esas konusu ve amacıyla bağdaşmayacağından sermaye sahibinin, sermayenin işletilmesine karışacağına dair bir şart koşulması da sözleşmeyi geçersiz kılar (Kâsânî, *Bedâi ‘u’s-sanâi’*, VI, 84-85).

Sermayedarın, işletme hakkında bilgi alma isteği ile işletmecinin yapacağı harcamaların veya işlemlerin sözleşmeye aykırı olup olmadığını denetlemesi hususu ise bundan farklı bir durumdur. Zira bilgi almak ve denetlemek, işletmeye fiilen müdahale değil, işletmenin sözleşme şartlarına ve benimsenmiş ticaret kurallarına uygun olarak yürüyüp yürümediğini murakabe etmek demektir. Sermayenin korunması bağlamında sonradan telafisi güç durumlarla karşılaşmamak ve

sözleşmenin her iki taraf açısından güvenli bir biçimde sürdürülebilmesini temin etmek açısından denetimin yapılması önemli görülebilir. Mukayyet mudârebede bu önem daha da belirgindir. Dolayısıyla taraflar işletmenin denetlenebileceğini ve bunun süreç ve yöntemlerini sözleşmenin bir şartı olarak belirleyebilirler. Böyle bir belirleme, mudârebe akdinin yapısıyla çelişmez. Açıkça yasaklanmamış hususların şarta bağlanabileceğini ve bu şartların da muteber olacağını belirten hadisler (Buhârî, “İcâre”, 14; Ebû Dâvûd, “Akdıye”, 12; Tirmizî, “Ahkâm”, 17) bu hükmü teyit etmektedir. Bununla birlikte söz konusu denetim, işletmecinin sermayeyi belirlenen sözleşme çerçevesinde özgür bir şekilde yönetmesine engel olacak bir boyuta ulaşmamalıdır.

Standardın 2.3.1. maddesinde düzenlendiği üzere işletmeci, mudârebe kapsamındaki işleri yürütürken basiretli bir tâcir gibi davranmalı, piyasa şartlarını gözeterek sermayeyi zarara uğratan işlem ve eylemlerden kaçınmalıdır. Elinde emanet olarak bulunan sermayeyi mudârebenin kapsamı ve sözleşmede belirlenen sınırlar dışında harcaması sözleşmenin ihlali anlamına gelir. Bu tasarrufların hayır amaçlı ya da karz veya hediye niteliğinde olması bu hükmü değiştirmez. Zira amaç ne olursa olsun böyle tasarruflar, mudârebenin tabiatıyla bağdaşmadığı ve işletmeye herhangi bir yarar sağlamadığı gibi sermaye aleyhine de açık bir zarar doğuracaktır. Standardın 2.4.6. maddesi uyarınca işletmecinin sözleşmeye aykırı fiili veya kusurundan kaynaklanan zarar işletmeci tarafından karşılanacağından bağış, sadaka verme, alacaklardan feragat etme, ibra ve karz gibi karşılıksız kazandırma oluşturan ve sermayeyi riske atan işlemlerden kaynaklanan zararlardan doğrudan işletmeci sorumlu olacaktır. Ticari teamüllere göre işletmenin gereği olan küçük hediye veya promosyon harcamaları ise doğal olarak bu kuralın dışında değerlendirilmelidir.

2.4. Kâr-Zarar ile İlgili Hükümlerin Gereçekleri

Mudârebede kâr paylaşımı net bir tutar olarak değil, oransal olarak belirlenmelidir. Çünkü mudârebe akdinin konusu kârdır. Konunun malum olması ise akdin sıhhat şartlarından. Kâr paylaşım oranının meçhul olması sonucunu doğuran her şart ve durum mudârebeyi fasit kılar.

Mudârebe işlemi, gayesi itibarıyla de sermayenin işletilmesinden elde edilecek kârın paylaşılması esasına dayandığından ticaret düşüncesi üzerine kuruludur. Ticari işlemler ise kâr etme ihtimali barındırdığı gibi zarar etme olasılığı da taşır. Dolayısıyla sözleşmede taraflardan biri için maktu bir kârın şart koşulması

mudârebenin bu mahiyetiyle bağdaşmaz (Mecelle, md. 1412). Bu gerekçelerden dolayı maktu kâr payı, sözleşmenin muktezasına aykırı olduğu gibi, sözleşmenin doğal hukukî sonuçlarından olan kârda ortaklık ilkesine de aykırıdır. Aynı zamanda maktu kâr payı, faizli işleme de sebep olur. Zira sermayedarın, sözleşmenin sonunda anaparasına ilave olarak maktu bir kâr payı talep etmesi, mudârebeyi faizli bir işleme dönüştürür. Bunun yerine tarafların kârdaki payları, oransal olarak belirlenmeli ve kâr oluşursa bu oranlar dikkate alınarak taksim edilmelidir. Mudârebe akdinde kârın maktu olarak değil de oransal olarak belirlenmesinin gayesi, kârın ortaklık akdinin yapısına uygun olarak bölünebilmesini temin etmektir. Zira işletmede kârın sadece şart koşulan maktu miktar kadar olması durumunda bu kâr taraflardan yalnızca birine ait olacak diğer taraf ise mahrum kalacaktır. Bu durum kârda ortaklık esasına dayanan mudârebe akdinin yapısına ve gayesine uygun olmaz (Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 80-81, 85-86; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 311; Mecelle, md. 1411, 1412). Sermayenin belirli bir oranı kadar kâr almayı şart koşturmak da maktu bir miktar belirlemek anlamına geleceğinden Standart kapsamında tecviz edilmemiştir.

Mudârebe, bir sözleşme olması hasebiyle tarafların karşılıklı rızasıyla kurulur. Akit kapsamındaki kâr paylaşım oranlarını da yine taraflar kendi iradeleriyle belirlerler. Mudârebe akdi yapılırken taraflarca belirlenen kâr oranları, tarafların karşılıklı rızası ve anlaşmasına bağlı olmak üzere dönemsel olarak yeniden düzenlenip değiştirilebilir. Zira mudârebede kârın paylaşımı esas olduğundan dönemsel olarak kâr oranlarının şartlara göre değiştirilebilmesi, kârın âdil bölüşümüne katkı sağlar. Dolayısıyla sermayedar ve işletmecinin sözleşme sırasında anlaşarak kâr oranlarını yenilemelerinin önünde fikhî bir mâni bulunmamaktadır. Zira sermayedarın ileri sürdüğü şartlar, kârda ortaklığı bozmamakta ve tarafları çekişmeye götürmemektedir. Kârda ortaklık sağlandığı sürece taraflar ticari teamüller kapsamında bu tür şartları ileri sürebilmektedir. Bu yenileme işlemi bir tür sulh olarak da yorumlanabilir. Yahut taraflar en baştan sözleşmeyi kurarken belirli periyotlarla sonlandırılıp yeniden akdedilen mudârebe işlemleri yapmak üzere anlaşabilirler. Bu takdirde her döneme ait mudârebe sözleşmesi bağımsız bir akit niteliği taşıyacağından kâr payı oranı da bir önceki döneme göre farklılaşabilir.

Kâr paylaşım oranlarının belirlenmediği mudârebede söz konusu oranlar, katılım finans piyasasındaki teamüllere göre belirlenmiş sayılır. Zira mudârebe işlemlerinin yaygın olarak belirli kişi ve/veya kurumlar arasında yapıldığı piyasa şartlarında şayet

kâr paylaşım oranları belirlenmemişse bunun tayininin örfte bırakılması İslam hukuku prensiplerine de aykırılık teşkil etmez. Nitekim “*Örfen maruf olan şey, şart kılınmış gibidir*” (Mecelle, md. 43) şeklindeki fikhî kaide de bunu desteklemektedir. Söz gelimi katılım bankası ve müşterisi arasında kâr paylaşım oranları belirlenmemiş bir mudârebe sözleşmesi kurulduğunda bu oranların tespitinde ilgili bankanın veya diğer katılım bankalarının müşterileriyle yaptığı mudârebe işlemlerindeki kâr paylaşım oranlarının ortalaması dikkate alınabilir. Akit devam ederken taraflar, karşılıklı anlaşarak kâr oranları üzerinde değişiklik yapma hakkına da sahiptir. Nitekim sermayedar ya da işletmeci akit başlangıcında belirledikleri kâr paylaşım oranlarını düşürebilmektedir (Şeybânî, *el-Asl*, Beyrut, 1433/2012, IV, 248; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, by. 1416/1994, VII, 451). Tarafların, örfün gerektirdiği bu oranları anlaşarak değiştirmesi ise karşılıklı rızaya dayalı bir sulh işlemi şeklinde değerlendirilir. Bu konuda bir örf veya teamülün bulunmadığı durumlarda ise mudârebe geçersiz olur. Zira mudârebe akdinin konusu olan kârın malum olmaması akdi fasit kılar. Bununla birlikte şayet taraflar herhangi bir oran belirlemeyip “Kâr aramızda ortak olsun” diyerek mudârebe yapmışlarsa bu ifadelerine dayanarak kâr, eşit olarak bölüşülür (Mecelle, md. 1411).

Standardın 2.4.1. maddesinde ifade edildiği üzere ortaklardan herhangi birinin kârdan oransal olmayan yani maktu bir tutar almasını şart koşmak mudârebeyi fasit kılar. Ancak, madde metninde yer aldığı şekliyle, kârın belirli bir miktarın üzerine çıkması durumunda, tespit edilen miktar üzerindeki kârın ortaklardan birine ait olmasının kararlaştırılması, taraflardan birinin kârdan maktu bir tutar alması anlamına gelmez. Zira bu durumda baştan maktu bir kâr belirlenmiş olmamakta, tasarruf, sadece kârın belirli bir miktarı aşması durumunda sadece aşan bu kısım üzerinde gerçekleşmektedir. Bu işlem İslam hukukuna göre akitte şart koşma kurallarına aykırı değildir (Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, Kâhire, 1429/2008, 494; İsa Mansûr, *Nazariyyetü'l-erbâh fi'l-masârifî'l-İslâmiyye*, Amman, 2007, 184; İslam Fıkıh Akademisinin 123 (13/5) no.lu kararı). İşletmeci lehine koşulması durumunda bu tür bir şart, teşvik primi mahiyeti taşır.

Nihaî/kesin kâr-zarar hesaplaması, ortaklığın tasfiyesiyle yapılır. Ancak sözleşmenin uzun süreli kurulmuş olması durumunda tarafların ihtiyaçları göz önünde bulundurularak avans niteliğinde ödemeler yapılması mudârebe hükümleriyle çelişmez. Bu durumda alınan avans, ileride yapılacak nihaî tasfiye sonucunda kâr

elde edildiğinin anlaşılması halinde avans alan tarafın hissesine düşen paydan mahsup edilir. Zarar edildiğinin anlaşılması halinde ise işletmeciye ödenen miktar, karz hükümlerine tabidir. Burada sermayedara yapılan avans nitelikli ödeme, Standardın 2.2.5. maddesinde düzenlenen sermayenin bir kısmının geri alınması meselesi ile karıştırılmamalıdır. Zira sermaye sahibinin mudârebe için verdiği sermayenin bir kısmını daha sonra işletmecinin de rızasıyla geri alması, sözleşmenin iade alınan bu kısmında feshedilmiş olup kalan kısmında devam edeceği anlamına gelir. Sermaye sahibinin avans niteliğinde ön ödeme alması ise işletmede bir miktar kâr elde edildiği kabulünden hareketle bu kâr üzerinden yapılan bir ön ödeme niteliğindedir.

Mudârebe bir emek sermaye ortaklığı olduğu için işletmeci kâr elde edememe veya zarara uğrama ihtimaline karşı emeğini, sermayedar ise sermayesini risk altına sokmaktadır. İşletmecinin bir kusuru veya sözleşme şartlarına aykırı davranışı olmadığı sürece zarara katlanma yükümlülüğü yoktur. Nitekim zarar durumunda, işletmeci de emeğinin karşılığını alamayacaktır. Bu kurala aykırı olarak sözleşmeye, zararın kısmen veya tamamen işletmeciye yükleneceğine ilişkin bir hüküm konulamaz (İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 28; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 312).

Mudârebe, güven ve vekalet temeline dayandığından vekil konumundaki işletmeciye teslim edilen sermaye onun elinde emanet hükmündedir (Şeyhîzâde Abdurrahman, *Mecmau'l-enhur*, Beyrut, ty. II, 332). İşletmeci, sözleşme sınırlarına riayet etmemesi ve kendi yetki alanının dışına bilinçli olarak çıkması durumunda meydana gelecek zararı üstlenmiş olur. İşletmecinin sermaye üzerinde bu tür tasarruflarda bulunması halinde sermaye üzerindeki zilyetliği, haksız zilyetliğe dönüşür. Bu durumda elindeki sermaye de klasik fıkıh literatürüne göre haksız zilyetliği de kapsayan gasp hükümlerine tabi olacağından eğer malda tasarrufta bulunmadıysa malı iade borcu altına girmekte, malın telef olması veya tüketilmesi halinde ise tazmin sorumluluğunu üstlenmektedir (Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut, 1414/1993, XXII, 19; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 200). “Tazmin sorumluluğu kime aitse gelir de onundur” ilkesi tazmin sorumluluğunu yüklenen tarafın kârı almasını öngörmekte ise de 2.3.3. maddesinin gerekçesinde bu hususta Mâlikî mezhebinin görüşünün tercih edildiği ifade edilmişti.

İşletmecinin sözleşme şartlarına uyup uymadığı ve kusurunun bulunup bulunmadığı ile ilgili ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı sözleşmede taraflarca kararlaştırılabilir.

Ticaretin doğası gereği işletmecinin tüm sorumluluklarını yerine getirmesi ve sözleşme şartlarına uyması durumunda dahi herhangi bir kâr ortaya çıkmayabileceği gibi işletme zarar da edebilir. Bu durumda işletmeci de bu riski baştan göze almış olduğundan verdiği emek için bir ücret talebinde bulunamaz. İşletmecinin elde edebileceği tek gelir, kâr edilmesi durumunda sözleşmede kararlaştırılan oran üzerinden alacağı kârdan ibarettir (Serahsî, *el-Mebsût*, XXII, 27; Kâsânî, *Bedai' u's-sanâi'*, VI, 86).

Tam fiil ehliyetine sahip kişiler, istedikleri kişi ve kurumlara hibede bulunabilirler. Tarafların kârdan feragati ve işletmecinin zararı üstlenmesi de bu türden bir hibe olarak değerlendirilebilir. Ancak hibe niteliği olan bu feragatler ve zararı üstlenme, mudârebe sözleşmesinin bir şartı olarak yapılırsa özgür irade ile yapılan bir bağış olma niteliği ortadan kalkmış olacaktır. Hibe alan taraf ile hibe yapan taraf arasındaki hukukî ilişki göz önünde bulundurulduğunda bu kârdan feragatin ve zararı üstlenmenin katılım finansı ilke ve standartlarındaki birtakım yasakları aşmaya yönelik bir hile olarak değerlendirilmemesi için sözleşmede baştan şart koşulmaması, vaat edilmemesi ve hibe edenin bunu teamül haline getirmemesi gerekir.

Kârdan feragat, sözleşmede şart koşulduğunda veya vaat edildiğinde, bunun rızaya ve özgür iradeye dayanan bir feragat olması konusunda şüphe uyanmaktadır. Mudârebe, belirtildiği üzere işletmecinin emeğini ve zamanını, sermayedarın ise sermaye ve zamanını riske ettiği bir akittir. Nitekim farklı gerekçelerle sermaye sahibi taraf veya işletmeci taraf, belirli bir miktarda kâr beklentisiyle bu ortaklığa katılmış ancak taraflar yükümlülüklerini yerine getirmesine karşın kâr miktarı beklenenin altında kalmış olabilir. Bu durumda taraflar, elde ettikleri kazancı beklentilerindeki seviyeye yükseltebilmek için karşı tarafın kârından belirli bir oranı veya miktarı almaya yönelik bir şart koşamazlar, böyle bir vaatte bulunulmasını talep edemezler veya bu kârdan feragati teamül haline getirerek karşı tarafın böyle bir beklentiye girmesine sebep olamazlar (*Zeylaî, Tebyînü'l-hakâik*, V, 54). Buna aykırı bir tutum ve davranış, riske edilen sermaye ve emeğin garanti altına alınması anlamına gelecektir ki bu da faizsiz finans ilke ve standartlarına uygun değildir.

İşletmecinin kusur ve ihmali olmadığı durumlarda sermayede oluşan zararı tazmin sorumluluğu yoktur (Şeyhîzâde Abdurrahman, *Mecmau'l-enhur*, II, 324). Zararı üstlenmenin baştan şart koşulmaması, vaat edilmemesi ve işletmecinin bunu teamül haline getirmemesi kaydıyla, işletmeci teberru kabilinden zararın bir kısmını veya tamamını üstlenebilir.

Mudârebe, her iki tarafın da risk üstlenmesini gerektiren bir akit olduğu için işletmecinin zararı üstlenmesinin teamül haline gelmesi bu akdin ruhuna aykırıdır. Bu teamülleri bilerek mudârebe yapan sermaye sahibinin bunu göz ardı etmesi mümkün değildir ve kendisi açısından yeni kurulacak mudârebede, aynı şekilde işletmeci tarafından teberruda bulunulacağına ilişkin bir beklenti oluşması kaçınılmazdır.

Nitekim Mecelle'nin 44. maddesinde zikredildiği üzere “*Beyne't-tüccar maruf olan şey beynlerinde şart kılınmış gibidir*”. Dolayısıyla teamül haline gelen bir zararı üstlenme uygulaması, sözleşmenin şartlarından biri haline gelmiş olacaktır.

2.5. Teminatlar ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

Mudârebe ortaklığında işletmecinin sorumluluğu, sermayenin işletilmesinde gerekli özeni göstermektir (Mecelle, md. 1420). Bundan dolayı işletmeci prensip olarak sermayeyi işletmeden kaynaklı maddi zararlara iştirak etmez. Ancak işletmeci sözleşmeye aykırı davranır veya kusurlu olursa, bu durumda işletmeci kusurdan kaynaklı maddi zararları tazminle yükümlü olur. Tazmine konu şeyler için de teminat alınabilir.

Esas itibariyle kusura veya sözleşmeye aykırılığa bağlı zararı tazmin amacıyla alınan teminat, mudârebenin tasfiyesi sırasında işletmecinin elinde bulunan sermaye ve kârın, sözleşme şartları doğrultusunda sermaye sahibine ödenmemesi hâlinde de paraya çevrilebilir.

2.6. Mudârebenin Sona Ermesi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

Sermayenin yok olması durumunda mudârebeyi sürdürecektir bir işletme de ortada olmayacağından mudârebenin sona ereceği açıktır. Standardın 2.2.4. maddesinde de belirtildiği üzere mudârebe, vekalet ilişkisi üzerine kurulan bir akittir. Taraflardan birinin ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi veya taraflardan birinin tüzel kişi olması halinde tüzel kişiliğin ortadan kalkması gibi durumlarda taraflar arasındaki hukukî ilişki de sona erer (Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VI, 78; Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 206).

İşletmecinin ölümüyle mudârebeyi işletmeye devam eden bir şahıs kalmadığı, sermaye sahibinin ölümüyle ise vekalet ilişkisi sona ereceği için mudârebe ortadan kalkar. Ölümle beraber şahsiyet ortadan kalktığı için ölen sermayedar adına hukukî bir işlem gerçekleştirmek mümkün değildir. Dolayısıyla ölüm halinde mudârebe, mirasçılarla kendiliğinden devam etmez. Aynı şekilde fiil ehliyetinin kaybı da yeni hukukî işlemler yapmaya engel olduğu için hukukî ilişki de sona erer. Bununla birlikte ölen tarafının mirasçılarının hep birlikte onay vermesi halinde mevcut mudârebe sözleşmesi devam da edebilir.

Mudârebe, belirli bir süreyle kayıtlı olarak yapılabileceği için sözleşmede belirlenen süre dolduğunda mudârebe de sona ermiş olur. Benzer şekilde mudârebenin bozucu bir şarta bağlanması durumunda bu şartın gerçekleşmesine bağlı olarak sözleşme sona erer (Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, V, 60; Haskefi, *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, Beyrut, 1423/2022, 546; Ali Haydar, *Dürrü'l hükkâm*, III, 454).

Mudârebede taraflar arasındaki hukukî ilişkinin vekalet üzerine kurulu olması, her iki taraf açısından dilediklerinde tek taraflı bir beyanla sözleşmeyi sonlandırmalarına (fesih) imkân tanır. İslam hukukunda bu tür akitler, gayri lâzım akitler olarak isimlendirilir. Karşılıklı bir güven ilişkisi olduğu, başta konuşulan sözleşme şartları doğrultusunda işlemler yapılarak birtakım sorumluluklar üstlenildiği ve karşı tarafın hukukunu zedeleyecek sonuçlar doğabileceği için fesih durumunda fesheden tarafın bunu muhatabına bildirmesi gerekir (Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VI, 109). İşletmeci, sözleşmenin feshedildiğini öğreninceye kadar sermayeyi işletme görevlerine devam eder. Zira fesih, hukukî sonuçlarını muhataba ulaştığında doğurur (Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 206).

Mudârebe gayri lâzım bir akit olduğu için taraflara sözleşmeyi dilediği zaman sonlandırma hakkı verse de bu özellik, fesih hakkının diğer tarafa zarar verecek şekilde kullanılabileceği anlamına gelmemektedir. Sözleşmeyi, yapılan işin mahiyeti açısından uygun olmayan bir zamanda fesheden taraf, diğer tarafın fiilî zararlarını karşılamakla yükümlüdür. Fiilî zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan/güvenilen bir vaadin yerine getirilmemesi yüzünden uğranılan gerçek zararlar ile kamusal yükümlülükler, iletişim, yol, noter giderleri, satıcıya ödenen cezaî şart, tazminat, kapora, iadeden kaynaklanan masraflar, dava masrafları vb. kalemlerden oluşabilecek fer'î zararları ifade eder. Mecelle'nin 19. maddesi olan “*Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur*” kaidesi, sözleşmeye aykırılık ve haksız fiil

gibi yollarla zarar vermeyi yasaklamasının yanında, hukukun izin verdiği yetki ve hakların sınırsız bir şekilde kullanılmayacağını, bu yetki ve haklar kullanılırken diğer kişiler aleyhine olumsuz sonuçlar doğurmamasına özen gösterilmesi gerektiğini de ifade etmektedir. Bu bağlamda mudârebe akdinde de taraflar fesih haklarını, ortaklarını zarara uğratacak şekilde kullanamazlar. İşletme-sermaye ilişkisi kurulduktan sonra taraflardan birinin haklı bir gerekçeye dayanmaksızın sözleşmeyi feshetmesi, karşı taraf açısından kusuru olmadığı bir konuda zaman ve emeğinin ya da zaman ve sermayesinin zayi olması anlamına gelecektir. İslam hukuku, yukarıda belirtildiği gibi, yetki ve hakları kötüye kullanarak başkalarına zarar vermeyi yasaklamakta, böyle bir durum ortaya çıktığında da diğer kişilerin uğradığı zararları ve mağduriyetleri giderici önlemler ve tedbirler getirmektedir. Mecelle'nin 20. maddesi olan "*Zarar izale olunur*" prensibi de bu hukukî gayeye matuftur. Prensipite umumi bir şekilde zararın izale edileceği ifade edilmekte, kişilerin sadece haksız bir eylem sonucunda sebep oldukları zararı değil, aynı zamanda haklarını kullanırken de hukukî sınırlara riayet etmeme sebebiyle vermiş oldukları zararı tazmin etmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında fesih hakkını kullanan taraf, feshin sonucunda ortaya çıkan zarara katlanır.

Fesih, muhatabın rızası alınarak yapılırsa bir nevi ikâle olacağından, fesheden tarafın zararı tazmin borcu düşer. Eğer taraflardan biri karşı tarafın kusuru veya sözleşmeye aykırı bir davranışı sebebiyle sözleşmeyi feshediyorsa bu durumda fesheden taraf için bir tazmin yükümlülüğü söz konusu değildir. Karşı taraf, kusurunun bulunması sebebiyle akdin gerektirdiği şekilde davranmamış sayılacağından mağdur taraf açısından sözleşmeyi feshetme hakkının doğması tabii bir durumdur. Bu sebeple de meydana gelen zararı tazmin ile yükümlü olmayacaktır.

Tasfiye aşamasında ortaklığın kâr-zarar açısından durumunu tespit etmek için ilk olarak, varsa mudârebenin nakdî varlıklarının miktarı belirlenir, daha sonra ortaklık kapsamındaki aynî varlıkların nakit karşılıkları tespit edilir ve vadeli alacaklar ile tahsil edilmemiş alacaklar buna ilave edilir. Mudârebe kapsamındaki borç ve masraflar söz konusu toplam miktardan düşülür ve net kâr ortaya çıkar. Gelecekte herhangi bir vergi veya cezanın oluşması ya da yeni bir malvarlığının ortaya çıkması gibi durumlarda önceki tasfiye bu doğrultuda güncellenir. Literatürde mudârebe varlıklarının bilfiil satılarak nakde çevrilmesine paraya çevirme (hakikî

nakitleştirme), varlıkların bilfiil satılmaksızın kıymetlerinin takdir edilerek parasal karşılıklarının tespit edilmesine ise değerleme (hükmî nakitleştirme) denilmektedir.