

XII – ŞİRKET KAVRAMI

1. LUGAT VE ISTILAH TANIMI

Şirket kelimesi sözlükte *ortaklık, karışıp bir arada olmak, katılmak, iki malın birbirine karışması* anlamına gelen Arapça “ش - ر - ك” fiilinden türetilmiş bir isimdir. **Şerik, müşarîk** lafızlarıyla aynı anlama gelmek üzere, **genel anlamda bir şeye katılmak, karışıp bir arada olmak, bir şeye ortak olmak, birden fazla kimsenin bir şeyde ortak olmaları** anlamına gelir.

İslam hukukunda çok geniş bir çerçeveye oturan şirket kelimesi için bir fıkıh ıstılahı olarak her mezhebin, birbirine yakın olsa bile, çok çeşitli ve farklı tanımlar vermiş oldukları görülür. Bu cümleden olarak her tür ticarî, ziraî, sınaî ve diğer sebeplerle meydana getirilen ortaklıklar, İslâm hukukunda şirket kavramı altında değerlendirilir. Şimdi her mezhebin şirket kavramı hakkında yapmış oldukları tanımını verelim

Hanefîlere göre şirket: Sermaye ve karda ortaklar arasındaki akitten ibarettir.

Malikîlere göre şirket: Tasarruf hususunda birlikte ve ayrı ayrı her iki ortağa da izin verilmesidir. Yani iki ortaktan her birisinin diğerine, her birinin tasarruf hakkı kendisinde baki kalmakla beraber, her ikisine ait olan malda tasarruf iznini vermesidir.

Şâfiîlere göre şirket: Bir şeyde ortaklık şeklinde iki ve daha fazla kişinin hakkının sabit olması demektir.

Hanbelîlere göre şirket: Hak edilen bir şeyde yahut tasarrufta bir araya gelmek.

Hanefîlerin tanımı, akit olmak bakımından şirketin hakikatini ifade eden bir tanımken, diğer mezheplerin tanımları şirketi hedef yönünden ya da şirkete bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar yönünden ele almaktadır. (İslam Fıkıhı Ansiklopedisi, VI.73).

Mecmau'l-Enhur adlı eserde şirket ıstılahi olarak “sermaye (asl) ve kar (rıbh) hususlarında en az iki kişinin yaptıkları bir akit anlaşma” diye tarif edilmektedir (Şehzade Damat Mecmau'l-Enhur 1/6 151) (AtarÂp.Ć

Osmanlı dönemi hukuk kodifikasyonunu en önemli öreği olan Mecelle’de şirket: **“Fî'l-asl birden ziyade kimselere bir şeyin ihtisası ve anların ol şey ile imtiyazıdır”** (Madde: 1045) şeklinde tanımlanır.

Bilmen şirketin tanımıyla ilgili olarak şunları söyler: “Genel manada şirket, lugatte en az iki pay sahibi kimsenin, iki hissesinin birbirinden ayrılamayacak derecede karışması veya karıştırılmasıdır. Hukuk bakımından ise, bir malda, bir işde, bir kârda veya bir mal ile iş görmekte ya da bir maldan kar elde etmekte en az iki kimsenin kendi irade ve istekleriyle ya da kendi irade ve istekleri olmaksızın ortak olmalarıdır”. (İstılahat,VII.63)

Çağdaş araştırmacılarından Osman Şekerci, Bilmen’in bu tanımından hareketle şu tanıma ulaşır: “Bir mal (sermaye)da, bir işte, bir kârda veya sermaye ile işte ve kârda en az iki kişinin ihtiyârî veya gayri ihtiyârî bir şekilde ortak olmalarıdır” (İslam Şirketler Hukuku, 81).

Şirket hakkında yapılmış daha pek çok tanım zikredilebilir. Ancak aşağı yukarı hepsi aynı minvalde olacağından onları zikretmekten kaçınarak, şimdiye kadar vermiş olduğumuz şirket tanımlarından eklektik bir tanım elde ederek, bir fıkıh terimi olarak şirket’i: **“iki ve daha fazla kimsenin ortak beden gücü veya sermaye yoluyla ticaret yaparak elde edecekleri karı paylaşmaları ve ortaya çıkabilecek zarara da katlanmaları şartıyla kurdukları ortaklık”** tanımlıyoruz. Değışik bir anlatımla iki ya da daha fazla gerçek kişinin / şahsın, beden ve kol kuvvetiyle çalışarak veya ticari faaliyetlerde bulunarak, kâr elde etmek amacıyla oluşturdukları yapıya şirket denilmektedir. Bu tanımda şirketin kişi unsuru, gaye unsuru, sermaye unsuru ve sözleşme unsuru şeklinde dört unsurdan meydana geldiği görölmektedir. İslam ticaret teorisinde şirketin unsurlarını incelemeye geçmeden önce, şirket türü bir yapının İslâm’ın ana kaynakları tarafından meşru kabul edilip edilmediğini inceleyelim.

2. İSLAM HUKUKUNDA ŞİRKET’İN DELİLLERİ

Esasen, insan dini olan İslam’ın ana kaynaklarında, insanın ihtiyaçları çerçevesinde yer alması mümkün olan bu yapıya olumsuz tavır alınması

düşünülemez. Nitekim aslî ibaha ve eşyada asıl olanın mübahlık olması prensipleri de tüm evrenin yaratılışının insana hizmet olduğunu ortaya koymaktadır.

İslam alimleri, insanların birbirleriyle birlikte ve ortak olarak iş görmelerini şeriatın mübah gördüğü hususunu kitap, sünnet ve icma'dan temellendirmektedirler.

2.1. Kuran'dan Deliller

İslam alimlerinin Kur'an'da şirket / ortaklıkla ilgili olarak kabul edip, hüccet olarak değerlendirdikleri ayetlerden bazıları şunlardır:

1. Şemsü'l-Eimme el-Halvânî (456/1064) *el-Mebsut* adlı fıkıh kitabının *Kitabü's-Şirke* başlığı altında “وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ” “...Bir de sana yetimleri soruyorlar. De ki: "Onların durumlarını düzeltmek hayırlıdır. Eğer onlara karışıp (birlikte yaşar)sanız (sakıncası yok). (Onlar da) sizin kardeşlerinizdir...” (Bakara, 2/220) ayetini yazarak, bu ayette geçen “وَأَنْ تُخَالِطُوهُمْ” “Eğer onlarla karışırırsanız” kısmındaki “خَلَطَ” fiilinin: “مَا ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ تَخَافُونَهُمْ كَخِيفَتِكُمْ أَنْفُسَكُمْ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ” “Allah, size kendinizden şöyle bir örnek getirdi: Kölelerinizden, verdiğimiz rızıklarda sizinle eşit haklara sahip olan ve birbirinizden çekindiğiniz gibi kendilerinden çekindiğiniz **ortaklarınız** var mı? Düşünen bir topluluk için âyetleri böyle ayrı ayrı açıklıyoruz” (Rum, 30/28) ayetinde geçen şirket manasında olduğunu söyler. Devamında da Allah Teala zahir bir şeyi mesel/örnek veriyor, buna göre şirketin o dönem toplumunda zahir bir şey olarak sabit olduğu ortaya çıkmaktadır değerlendirmesini yapmaktadır (Halvani, el-Mebsut, 347). Bakara suresi 220. ayetin tefsirinde İmam Matürîdî, “âyet-i kerimede yolculuk ve diğer zamanlarda ortaklaşa yemek hazırlıkları yapıp beraberce yemenin meşruiyetine dair delil vardır. Çünkü Cenab-ı Hak yetimlere bakma durumunda bulunan kimselere onların mallarını kendilerinininkine katmalarına izin vermiştir.” (Te’vilat, II.26)

2. Şirketin meşruiyeti konusunda delil getirilen ayetlerden biri de: “وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ” “Eğer kendisine varis olunan bir erkek veya bir kadının evladı ve babası olmaz ve bir erkek veya bir kız kardeşi bulunursa, ona altıda bir düşer. Eğer (kardeşler) birden fazla olurlarsa, **üçte birde ortaklırlar**. (Bu paylaşırma varislere) zarar vermeksizin yapılan vasiyetin yerine getirilmesinden, yahut borcun ödenmesinden sonra yapılır”. (Nisa, 4/12) ayetidir. Mirasla ilgili olan bu ayette, miras bırakanın kelale olması yani usuldan ve furudan mirasçısı olmayıp tek bir erkek ya da

tek bir kız kardeşi bulunması halinde 1/6 altı alacağı, eğer kardeşleri birden fazla ise onların 1/3'e ortak olacakları ifade olunmaktadır. Bu ortaklık bir şirkettir, İslam hukukunda bu tür şirketlere, ilerde de geleceği üzere, şirket-i mülk denir.

3. Şirkete yani ortaklığa delalet eden bir diğer ayet de: “وَأَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ” *“Esasen ortakların pek çoğu birbirine haksızlık eder. Ancak iman edip salih ameller işleyenler başka. Onlar da pek azdır”*. (Sad, 38/24). Bu ayet Hz. Davud (AS)’un Kur’an’da yer alan bir sözüdür. Ayetin siyak ve sibakına bakıldığında bu açıkça görülür. Ayetin ibaresi bir yana, işaretine bakıldığında doğrudan şirkete, yani ortaklığa delalet ettiği anlaşılmaktadır. Zira Hz. Davud bu sözünü, ortaklık biçiminde iş yapanların, iman edip Salih ameller işleyenlerin dışında, genelde birbirlerini aldattıklarını dile getirmekte ve Kur’an bu sözü bize nakletmektedir. Ayetin işaretinden ortaklık üzere iş görmenin tarihsel bakımdan eskilere dayandığı ve insanlık için bu şekilde iş görmenin bir ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır. Yine ayetin işaretinden, iman edip Salih amel işleyenlerin ortaklarını aldatmaktan uzak olacaklarına delalet vardır. Buna göre ayet, zımnen Müslümanların da ortaklık kurarak iş yapabileceklerine delalet etmektedir.

2.2. Sünnetten Deliller

1. Bir hadiste Resulullah (SAS): “يَدُ اللَّهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِذَا خَانَ” *“Birbirlerine hainlik etmedikçe Allah’ın eli iki ortağın üzerindedir”* (İbnü’l-Mulakkin, Bedrü’l-Münir, 6/722) buyurmuştur. Bu hadisin Ebu Hureyre’den kutsi hadis olarak nakledilen bir diğer varyantı daha vardır. Hadisten de anlaşıldığı üzere, şirket / ortaklık şeklinde muamelelere Hz. Peygamber cevaz verdiği gibi, hile ve aldatma olmadığı sürece Allah Teala da bu tür şirketi kabul edip onaylamaktadır. Hadisin işaretinden, şirketin şariat nazarında kendisine değer verilen bir kurum olduğu da anlaşılmaktadır. Zira, kendisine değer verilmeseydi, Allah’ın elinin ortakların üzerinde olması anlam ifade etmezdi. Yine bu hadisin işaretinde Hz. Peygamber döneminde şirket şeklinde ortaklıkların yapıldığı, Peygamberin de bu ortaklıklara, hile ve aldatma karıştırılmadığı sürece müsaade ettiği anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi şariatla ilgili hususlarda yegane Şari Allah’tır, ancak hüküm koymak bakımından Peygamber de mecazen Şari kabul edilir. Şu kadarı var ki, Peygamberin hüküm koyduğu ve düzenlemede bulunduğu hususlarda, Şari’in maksadına aykırı durumlar söz konusu olursa, Şari Teala buna müdahale ederek, düzeltir. Eğer Peygamberin bir hususta koymuş olduğu bir hüküm Şari tarafından düzeltilmemişse,

zımmi olarak bu hükmün Şari'in maksadına uygun olduğu, yani Şari'in o hükmü onayladığı anlaşılır.

2. İslam'da şirketin cevazına delalet eden hadislerden biri de şöyledir: Resulullah Mekke'yi fethettiğinde Saib b. Şureyk adında biri gelerek: “Ya Resulallah beni tanıdınız mı;?” diye sormuş. Resulullah da: “Seni nasıl tanımam. Sen benim ortağım idin, sen ne hayırlı bir ortak idin, ne müdara eder, ne de mücadele de bulunurduk” buyurmuştur. Bir başka rivayette: “Merhaba kardeşime, ortağıma. Ne müdara eder, ne de mücadelede bulunurdu / kavga ederdi. Ey Saib! Sen cahiliyet devrinde bir takım işler yapar idin ki, senden kabul edilmezdi, bugün ise o işler senden kabul edilir” buyurmuştur. Hadisin bu rivayeti Şemsü'l-Eimme es-Serahsî'nin Mebsut'unda naklettiği biçimdir (Serahsi, Mebsut, XI.151). Hocası Şemsü'l-Eimme el-Halvanî'nin aktardığı Kays b. es-Saib'den naklolan rivayete göre o (Kays b. Es-Saib), “Resulullah Sallahu Aleyhi ve Sellem cahiliye döneminde ortağımdı. O, çok hayırlı bir ortaktı ne müdara / muhalafet eder, ne de mücadele ederdi” demiştir (Havani, el-Mebsut, 348).

(AtarÂp.âBu hadisten anlaşıldığı üzere Resulullah, nübüvvet gelmezden evvel Mekke hayatında ticaret işlerinde çeşitli kimselerle ortaklıklarda bulunmuştur. Hadisin diğer varyantındaki ekten anlaşıldığına göre ise, Saib'in Resulullah ile cahiliye döneminde ortaklık ederken yaptığı kimi muameleler cahiliye toplumu tarafından onay görmezken, onların ticaret hukukuna uygunluğu sebebiyle İslami dönemde onay gören muameleler olduğu anlaşılmaktadır. Serahsî bu hadisi naklettikten sonra yorumunda, Resulullah'ın gönderildiği dönemde insanların ortaklıklar kurarak ticaret yapmayı adet edindiklerini, Resulullah'ın nübüvveti esnasında da ve hatta Serahsî'nin yaşadığı döneme kadar, şirket muamelelerinin insanlar arasında işletilmeye devam ettiğini söyleyerek, buna karşı çıkan herhangi bir kişi ya da otoritenin olmadığına işaret etmektedir. Hadisin işareti, ortaklıkların ve ortakların yaptığı işlerin şariat çerçevesinde olduğu müddetçe onaylandığı şeklindedir.

Halvânî'nin naklettiği bir başka haber de şöyledir: Rivayet olunduğuna göre iki adam Resulullah döneminde ortaklık kurdular, onlardan biri ticaret işiyle uğraşırken, diğeri mescide devam etti. Ticaretle uğraşan ortak bir süre sonra Resulullah'a geldi ve ortağının mescidde uzun müddetler kalmasından şikayette bulundu. Resulullah da ona “Belki de bereket, onun sebebiyle senin ticaretindedir” dedi. Halvanî bu haberi naklettikten sonra bu hadisin şirketin cevazına delalet ettiğini söylemektedir (Havani, el-Mebsut, 348).

2.3. İstışhab Delili

Bilindiği üzere İslam hukuk metodolojisinde bir şeyin yasaklanmadığı sürece ondan yararlanmanın mübah olduğunu ifade eden ıstışhab ilkesi vardır. Buna ibaha-i asliye prensibi denir. İnsanların ticari muamelelerinde ortaklıklar kurması öteden beri süregelen adetlerdendir ve kitap ve sünnette bunun yasaklandığına dair veriler bulunmamaktadır. Bu sebeple ıstışhab prensibi gereğince şirketin İslam hukukunda kendisine cevaz verilen bir kurum olduğu anlaşılmış olur.

2.4. Şer'u Men Kablena Delili

İslam hukukçularının şirketin delili olarak ileri sürdükleri Sad suresi 24. ayetin, Hz. Davud'un bir konuşmasında geçen bir sözü olmasından hareketle bazı alimler bunun şirkete delil olmayacağını iddia etmişlerdir. Bu alimlere cevap olmak üzere, Kitap ve Sünnet'te geçen ve geçmiş milletlerin durumlarından haber veren bazı hüküm ayetlerinin, aksine bir delil olmadığı sürece İslam toplumu için de geçerli olduğu demek olan bizden önceki milletlerin şeriatı (şer'u men kablena) delili ileri sürülerek, bu ayette geçen hükmün Müslümanlar için de geçerli olacağı söylenmiştir.

2.5. Akıl ve İcma Delili

Şirket muamelesinin aklın da meşru olduğu görülür. Zira, genel manada şirketleri oluşturmaktan amaç kar elde etmek, kazanç sağlamaktır. Bu ise meşru bir sebeptir.

Şirketin cevazı hususunda bir diğer delil de ümmetin icma'dır. Zira şirket şeklinde ticari muameleler Hz. Peygamberden önceki dönemde de, Hz. Peygamber döneminde de, sahabe döneminde de uygulanmış ve ne Hz. Peygamber ne de sahabe döneminde buna karşı çıkan olmamıştır. Eğer şirket kurarak ticari muamelelerde bulunmak gayri meşru olsaydı bu dönemlerde mutlaka bu uygulamaya karşı çıkılırdı. Karşı çıkan olmadığına göre, ümmet şirket muamelesi yoluyla ticaret yapmanın meşruluğu üzerinde icma etmiş demektir.

3. ŞİRKETİN HİKMET-İ TEŞRİİYYESİ

Şirketin hikmet-i teşriiyyesi, yani İslam'ın şirketle ilgili hususlarda onay vermesinin nedeni esasen açıktır. Zaten mirasçılık gibi sebeplerle meydana gelen bazı şirketlerin olması kaçınılmazdır. Nitekim yukarıda geçen miras ayetinde (Nisa, 4/12) bu tür ortaklıkların zorunluluğu anlaşılmaktadır. Diğer şirket türleri ise, insanların

medeni, sosyal, zorunlu ihtiyaçları vs. gibi sebeplerle bilinçli olarak teekköl eden şirketlerdir.

Ayrıca şirketlerin ekonomik hayatın gelişip ilerlemesinde de katkıları inkar olunamaz. Çünkü pek çok işler vardır ki, tek bir insanın bunları yapmaya bazen ekonomik gücü, bazen beden gücü yeterli olmayabilir. Bu durumda ise kaçınılmaz olarak bir çok insanın kuvvetlerini bir araya getirmeleri ya da sermayelerini bir araya getirmeleri sayesinde o işler görölabilir hale gelir.

Öte yandan bazı insanlar da vardır ki, belli bir ekonomik güce sahip oldukları halde, iş bilmezlikleri, beceriksizlikleri sebebiyle, ellerindeki sermayeyi çarçur edebilirler. Sermaye sahibi bu kişilere, iş melekesi olan, akli ve bedeni gücü yerinde olup sermayesi olmayan insanlarla ortaklıklar kurarak, her iki tarafında menfaat ve maslahatını temin etmenin faydalı olacağı aşıkardır.

Ayrıca toplumun ve insanların birbirlerine olan ihtiyaçları da şirketleri gerekli kılar. Çünkü insanlar hayatlarını sürdürebilmek için diğer insanlara muhtaçtır. Herkes her ihtiyaını kendisi üretemez. Dolayısıyla her bir fert diğerinin üretimine, yeteneğine muhtaçtır. Söz gelimi, akşam eve giderken fırıncıdan ekmek alırız, manava uğrar meyve alırız. O ekmeğin, manavdaki meyvenin vitrine ya da tezgaha nasıl geldiğini düşünmeyiz. Halbuki ekmek de meyveler de vitrine, tezgaha gelebilmek için pek çok ortaklıklara uğramıştır. Çiftçi buğdayı ekmiş, ekebilmek için traktör, mazot gibi şeyleri kullanmış dolaylı olarak bunları üretenlerle ortaklık kurmuştur. Ürünü hasat etmiş, değirmene götürmüş, fırıncıya gelmiş, fırıncı onu hamur yapmış vs. vs. bütün bunlarda insanlar bilinçli ya da bilinşsiz pek çok ortaklıklar kurmuşlardır. Bir ürünün masaya gelebilmesinde bu kadar ortaklıklar söz konusu olunca, bu ortaklıkların yani şirketlerin ekonomik açıdan ayrıca değer taşıdığı derhal görölmektedir.

Ali Haydar Efendi Mecelle şerhi Dürerü'l-Hükkam'da şirketin faydalarını şöyle zikreder: “şirketin faydaları pek çoktur. şirket ile meydana gelen eserler sebebiyle ortaklar yararlanacakları gibi, bazen de genel olarak insanlar faydalanabilirler. Bir iki kişinin sermayesiyle 200 kilometrelik tren yolu inşa etmek, yahut 2 vapur işletmek mümkün değilken; 2 milyon adamın sermayesi ile 2000 kilometrelik tren yolu inşa edilmesi, 40-50 vapur işletilmesi mümkündür. Bu vapur ve trenler insanların yolculuklarını kolaylaştırır. Dünyada yardımlaşmayla ağır işler ve faydalı şeyler yapılabilir. 500 kiloluk bir yükü iki hamal kaldıramaz ama, 8-10 hamal bir araya geldiklerinde kolaylıkla kaldırabilirler. 5-10 asker bir kaleyi fethedemezler,

ama bir fırka asker bu işi görebilir. Bazı insanlar sermayesi varken onunla faydalanmak, ondan yararlanmak, ticaret yapmak yolunu bilemezler, aksine bazı kişiler alıp satmak gibi karlı ve yararlı şeylerin yollarını bilebilirler, ama sermayeleri olmayabilir. Şimdi bu iki kişinin bir araya gelip de birinin sermaye vermesi diğerinin de amelinin ortaya koyması, ikisi de bundan yararlanırlar ki biri sermayesi ile diğeri de ameliyle fayda görmüş olur. Özetle şirket milletini zenginleşmesine ve devletin gelişmişliğine katkı sağlar”. (Ali Haydar Efendi 1330, III.615-616)

Görüldüğü üzere şirketlerin bireysel ve toplumsal pek çok faydaları vardır. İnsanların maslahatını hedef alan, yani onlara faydalıyı getirmeyi ve zararlıyı def etmeyi hedef alan İslam dininin, böyle faydaları olan bir sistem hususunda düzenlemeler yapması garipsenecek bir durum değildir.

4. ŞİRKETİN UNSURLARI

İslam hukukunda şirket kavramının tanımını incelediğimizde, şirketin bazı unsurlardan teşekkül ettiği ve bu unsurların günümüz pozitif hukuk sisteminde yer alan şirketin unsurlarıyla aynı olduğu görülür. Şirket için Mecma’u’l-Enhur’da geçen “sermaye (asl) ve kar (rıbh) hususlarında en az iki kişinin yaptıkları bir akit anlaşma” tanımı esas alındığında şirketin dört unsurdan müteşekkil olduğu açıkça görülecektir. Şirketin tanımında yer alan “iki kişinin” ibaresi şirketin şahıs unsuruna delalet ederken; “akit” ifadesi akit unsuruna, “sermaye” ifadesi sermaye unsuruna ve ribh / kar ifadesi de gaye unsuruna delalet etmektedir. Buna göre şirketten bahsedilebilmesi için: 1) Şahıs unsuru; 2) Sermaye unsuru; 3) Akit unsuru; 4) Gaye unsuru olmalıdır.

Tanımında da görüldüğü gibi, bir şirketten söz edebilmek için onu meydana getirecek olan en az iki ya da daha fazla şahsın bulunması gerekir. Şirketi kuracak şahısların taşınması gerekli özellikler ise, bu şahısların kuracakları şirketin türüne göre değişmektedir.

İslam hukukunda şirket için önde gelen bir diğer unsur da sermayedir. Buna fıkıhçılar “asl” demişlerdir, buna “re’sü’l-mal” da denir. Sermaye altın, gümüş para, ticari itibar ya da emek olabilir. Sermaye unsuru da, şahıs unsuru gibi şirket türlerine göre değişik mahiyette özellikler gösterir. Bunu, şirket türlerini incelediğimiz bölümde teferruatıyla ele alacağımız için burada üzerinde durmaya gerek görmüyoruz.

Üçüncü unsur akittir. İslam hukukunda şirketler akitli şirketler ve akitsiz şirketler olarak ikiye ayrılabilir. Mülk ve ibaha şirketlerinin dışında kalan şirketler akitli şirketlerdir ve her akitli şirketin akdinin gerçekleşebilmesi için belli lafızların kullanılması gerekir. Fıkıh kitapları incelendiğinde kurulacak şirketin türüne göre akit lafızları belirlenmiş olmasına karşın, bu akdin yazılı mı sözlü mü olacağı hususunda net bir açıklamaya rastlamak mümkün olmamaktadır. Fakat müdayene ayeti (Bakara, 2/282) düşünüldüğünde, akitlerin yazılı yapılmasının mendup olacağı söylenebilir.

İslam hukukunda şirketin bir diğer önemli unsuru da gaye unsurudur. Şirketlerin en genel manada kâr elde etmek amacıyla kurulduğu söylenebilir.

XIII - İSLAM HUKUKU'NDA ŞİRKET TÜRLERİ

Yukarıda da geçtiği üzere İslam hukukçuları her tür ticarî, sınaî ve ziraî ortaklıkları şirket mefhumu altında ele almışlardır. Onların şirket mefhumunun anlam alanını bu kadar geniş ele almaları, doğal olarak İslam hukukunda çok geniş bir yelpazeye yayılan şirket türlerini doğurmuştur. Bu da şirketlerin sınıflandırmasında bir probleme yol açmaktadır. (TürkHukukKurumuÇ(TürkHukukKurumuÇp.κBütün ortaklık ilişkileri şirket mefhumu altına girdiğinden dolayı en genel çerçevede şirketlerin şirket-i ibaha, şirket-i mülk ve şirket-i akit şeklinde tasnif edildiği görülmektedir. (AnsayÃp.³Şimdi bu genel şirket türlerini izah edelim:

1. İBAHA ORTAKLIĞI (ŞİRKET-İ İBAHA)

İbaha şirketi Türk Hukuk Kurumu Lugatinde şöyle tanımlanmaktadır: “Şirket-i İbaha: Mübah olan, yani su gibi fil asl kimsenin milki olmayan şeyleri ahz ve ibraz ile temellüke salahiyyette ammenin müteşarik olmasıdır” (Türk Hukuk Kurumu 1991, p. 312). Günümüz Türkçesiyle ifade etmek gerekirse: İbaha ortaklığı aslında kimsenin mülkiyetinde olmayan şeyleri almak ve ele geçirerek sahip olmakta toplumun tamamının ortak olmasıdır.

Mecelle şerhi Dürer’de de Ali Haydar Efendi ibaha şirketi konusunda şunları söyler (günümüz diline sadeleştirilerek aktarılmıştır): “bir de ibaha şirketi vardır ki mübah olan yani su, ot, doğada kendiliğinden biten bitki, ağaç gibi aslında kimsenin mülkü olmayan şeyleri elde etmekle, üzerinde hak sahibi olmak hususunda toplumun müşterek olmasıdır. Mesela nehirdeki suda toplum yani bütün insanlar ortak olup herkes testi gibi kaplarla buradan alıp ondan yararlanabilirler” (Ali Haydar Efendi 1330, III.223).

Görüldüğü üzere ibaha ortaklığı, kamuya açık alanlarda, ammenin kullanımına sunulmuş ağaç, otlak, orman, deniz, göl, nehir, av, ot, yer altı suları gibi herkesin istifadesi mubah görülen şeyler hakkında söz konusudur. Bu durumdaki eşyayı

temellük etmek, mülkiyetine geçirmek değil, sadece ondan yararlanmak hususunda serbestlik vardır.

Kamu mülkiyeti olarak kabul edilen bu ortaklık türü, esasen “eşyada asıl olanın ibaha” olması prensibinden çıkarılan, bir tür kamuya açık alanlardan ve eşyalardan yararlanmak hususunda bütün insanların müşterek hakkı olduğu beyanıdır. Yoksa burada hukuki manada bir ortaklık söz konusu değildir.

2. MÜLK ORTAKLIĞI (ŞİRKET-İ MÜLK)

Mülk kelimesi sözlükte sahip olunan şey, bir nesne üzerinde tek başına ve doğrudan hakimiyet kurmak; güç, iktidar anlamında mastardır. Master manasında ise niyabet olmaksızın caiz olan bir şey üzerinde fiilen ya da hükmen tasarrufa hak kazanmak anlamına gelir.

Ünlü Malikî alimi Karâfî mülkü: “Mülk, bir eşya veya menfaat üzerinde şer’i bir izindir ki, eşyanın kendisine ya da menfaatine sahip olan kişiye ondan yararlanmayı mümkün kılmayı veya öyle olması açısından eşya ya da menfaat karşısında bedel almayı gerektirir” şeklinde tanımlar (Karafî, Furuk, III.367). Kendisinden yararlanma imkanı açısından mülk çeşitli gruplara ayrılır:

1. Ayn / Eşya mülkiyeti (Mülk-i Ayn): Eşya ile ya da ondan bedel alarak veya başkasına ödünç vererek intifa’ı / yararlanmayı mümkün kılan şeydir.

2. Menfaat mülkü (Mülk-i Menfaa): Menfaatle ya da menfaat karşılığında bedel alarak veya ödünç vererek yararlanmayı mümkün kılan şeydir.

3. Yararlanma Mülkü (Mülk-i İntifa): Özellikle bir şeyin bizzat kendisiyle, herhangi bir bedel alma ya da başkasına ödünç verme imkanı olmaksızın ve sahip olmakla yararlanmada mahallini ihlal etmeksizin, yararlanmayı mümkün kılan şeydir.

Kadri Paşa da mülkiyeti: “Tam mülkiyet, Malike/Sahibi olan kişiye ayn, menfaat ya da gelir olsun, malik olduğu şey üzerinde mutlak tasarruf imkanı veren şeydir. Aynadan / Eşyadan gelir veya ürününden yararlanır / intifa eder ve aynından caiz olan tüm tasarrufları yapabilir” şeklinde tanımlayarak, mülk (eşya/şey) ile mülkiyet arasındaki bağa işaret eder (Kadri Paşa, 1891:4).

Mülk ortaklığı Mecelle’de şöyle belirlenmiştir. Madde: 1060 (Maddeyi sadeleştirerek alıyoruz): “Mülk ortaklığı; sahip olma sebeblerinden olan satın alma, bağış veya vasiyeti kabul etme ve mirasçı olma gibi bir sebeple yahut karıştırma veya malların karışması ile malları birbiriyle ayırmak mümkün olmayacak şekilde

karıştırmak veyahut mallar bu şekilde birbirine karışmak suretiyle bir şeyin birden çok kimseler arasında ortak yani o şeyin onlara ait olmasıdır”.

Mülk şirketi birden fazla kimselerin satın almak ve hibe gibi ve ele geçirmek yani mübah olan bir malı elde etmek ve sadakayı kabul etmek ve onu kabzetmek varisler arasında vasiyet ve malların karışması yani ayırt edilemeyecek derecede sıkıntılı olacak bir biçimde iki malın kimsenin müdahalesi olmaksızın karışması ve malların karıştırılması gibi zorunlu veya ihtiyârî ve genellikle mülkiyet sebeplerinden biri ile gerçekleşir.

Buna mülk şirketi denilmesi, bu ortaklığın gerçekleşmesinin çoğunlukla mülkiyet sebeplerinden biri ile meydana gelmesinden dolayıdır. Ama bazen mülkiyet sebeplerinden biri olmayan bir şeyle de gerçekleşen ortaklıklara da mülk şirketi denildiği olur. Malın karışması ya da karıştırılması durumunda olduğu gibi (Ali Haydar Efendi 1330, III.221).

İslam hukukçuları iştirak halindeki mülkiyet (şirketü'l-miras) ile müşterek mülkiyeti (şirketü'l-mülk) şirket olarak değerlendirmişlerdir. Esasen mülk şirketin **ihtiyârî** ve **gayri ihtiyârî** ya da **cebrî** şeklinde ikiye ayrılmasının nedeni de budur. Alım-satım, hibe, vasiyet gibi ortakların kendi irade ve istekleriyle kurulan şirket, ihtiyârî bir ortaklıktır. Meselâ; iki kişi bir şeyi birlikte satın alır veya ikisine birlikte bir şey hibe edilir veya bir vasiyet edilir, onlar da bunu kabul ederlerse, birlikte satın aldıkları veya kendilerine hibe edilen ya da vasiyet olunan, bu ikisi arasında ihtiyârî mülk şirketi olarak ortak olur. O maldan istifade de her ikisi de müşterektir. Öte yandan mirasçılık veya malların birbirinden kolaylıkla ayrılamayacak bir şekilde karışması gibi sebeplerle meydana gelen, yani ortakların irade ve istekleriyle gerçekleşmeyen şirket de bir gayri ihtiyârî / cebrî ortaklıktır. Meselâ; iki kişi bir mala mirasçı olurlarsa, miras malı ikisi arasında miras payları oranında gayri ihtiyârî mülk ortaklığı ile müşterek olur.

Ayrıca mülk şirketi **şirket-i ayn** ve **şirket-i deyn** olmak üzere de tasnif edilir. Şirket-i ayn Mecelle Madde 1067’de şöyle tanımlanır: “**Şirket-i ayn muayyen ve mevcut olan malda iştiraktır**”.

Şirket-i deyn ise Mecelle 1068’de: “**Şirkt-i deyn, alacakta iştiraktır**” şeklinde tanımlanmaktadır. Birden fazla kişinin aynı kişi ya da kişilerden alacaklı olmaları, onları deyn / alacakta ortak kılar. Deyin şirketin iki kişinin alacakları bir şey hususunda ortak olmalarıdır Bu ortaklık ihtiyârî olabileceği gibi cebrî de olabilir. Mesela iki kişi ortak olarak sahip oldukları bir atı 10 altına başkasına sattıkları zaman

bu iki kişi arasında ihtiyarî ortaklıkla ortak olur. Aynı şekilde vefat eden bir kimseden alacağı olan kimseler onun mirasçılarından borcunu alabilmek hususunda cebrî ortak olurlar. Deyn şirketinde ortaklığın faydası ya da anlamı nedir diye sorulacak olursa; alacak da ortaklığın anlamı şudur: alacaklılardan biri alacağından ne kadarını el ele geçirirse bu elde edilen mal veya para diğer alacaklıların da üzerinde hakkı olduğu bir mal veya para olur. Hatta alacağını kabzedenden alacakların “bu benim borçludan kendime has alacağım sizin alacağınız onun zimmetinde kaldı” gibi bir iddiada da bulunamaz. (Ali Haydar Efendi 1330, III.235)

Mülk ortaklığının hükmü: Ortaklardan her biri diğer ortağın payında yabancı hükmündedir. Bu yüzden onun payında ortağının izni olmadıkça tasarrufta bulunması caiz olmaz. Çünkü burada bir ortağın, diğerinin payında tasarruf velayeti bulunmamaktadır (Serahsi, Mebsut, XI.151; Mecelle, Madde: 1073; Ali Haydar Efendi 1330, III.223).

(AliHaydarEfendi...III.223)Bir kimse, müstakillen malik olduğu bir malda dilediği gibi tasarruf edebileceği gibi birden fazla kimseler de müştereken sahip oldukları bir malda ortaklaşa karar aldıkları zaman diledikleri şekilde tasarruf edebilirler. Meselâ: ortaklaşa malik oldukları bir evi satabilirler, başkasına hibe veya vakf edebilirler. Ancak ortaklardan hiç biri diğerine zarar verecek tasarrufta bulunma hakkına sahip değildir.

Hissedarlardan biri, diğerini hissesini satmak ya da tasarruf hakkını diğer ortağına bırakmak hususunda zorlama yetkisine sahip değildir. Her iki ortak da müştereken sahip oldukları ve mülk şirketine konu olan mal üzerinde birbirlerinin izniyle tasarruf yetkisine sahip olabilir. Fakat biri diğerini zorlayamaz. Çünkü bu gibi muamelelerde asıl olan rızadır.

Mecelle Madde 1073 mülk şirketinde ortakların paylarının taksimini şöyle ifade eder:

۱۰۷۳ ماده

شرکت ملاک ایله مشترک اولان اموالک حاصلاتی صاحبلری بینده
حصه لرینه کوره تقسیم اولور
بناء علیه بر مشترک حیوانک سودندن یاخود باوریلرندن مشارک
برینه حصه سندن فضله برشی شرط ایلمسه صحیح اولماز

“Şirketi mülk ile müşterek olan emvalinin hasılatı sahipleri beyinde hisselerine göre taksim olunur. Binaenaleyh bir müşterek hayvanın sütünden yahut yavrularından müşariklerden birine hissesinden fazla bir şey şart edilse sahih olmaz”.

(MecelleKomisyonu(AhmetCevdetPaşa)□p.şBunu bir örnekle izah etmek gerekirse: Bir evin üçte biri bir şahsın, üçte ikisi de diğer bir şahsın olsa, bu ev kiraya verildiği taktirde eve müşterek olarak sahip olan şahıslar, hisseleri oranında kira gelirinden istifade edebilirler. Yani evin üçte birine sahip olan ortak kira gelirinin üçte brinini, evin üçte ikisine sahip olan ortak kira gelirinin üçte ikisini alır. Eğer hisseleri dikkate alınmaksızın yarı yarıya paylaşmak şart koşulmuş olsa, bu şart geçersizdir.

Şirkete ait malların gelirini hususunda ayrıca Mecelle’nin 1075. Maddesinde şu hüküm yer alır:

ماده ١٠٧٥

شرکت ملکہ مشارکارذن هر بری دیگرک حصہ سندہ اجنبیدر
بر یسی دیگرک وکیلی دکلدر
بناء علیہ برینک اذنی اولد قجہ دیگرکی آنک حصہ سندہ تصرف ابدہ من
فقط مشترک خانہ سکنادہ ودخول وخروج کی توابع سکنادن
اولان احوالہ صاحبہندن هر برینک علی وجه الکمال ملک مخصوصی
اولی اوزرہ اعتبار اولور

“Şirket-i mülkde müteşariklerden her biri diğerin hissesinde ecnebidir. Birisi diğerinin vekili değildir. Binaenaleyh birinin izni olmadıkca diğerinin hissesinde tassarruf edemez. Fakat müşterek hane süknada ve duhul ve huruc gibi tevabi-i süknadan olan ahvalde sahiblerinden her birinin ala vech i kemal mulk i mahsusu olmak uzre itibar olunur” (MecelleKomisyonu(AhmetCevdetPaşa)□p.ş

Mülk şirketin ortaklaşa sahip olunan mal üzerinde tasarruf yetkisi, sahiplerin hisseleri oranındadır ve her bir ortağın diğer ortağın hissesi üzerinde, onun izni olmaksızın tasarruf hakkı yoktur. Mesela müşterek bir hayvanı sahiplerinden biri, diğerinin izni olmaksızın kiraya veremez. Eğer böyle bir hayvan diğer ortağın izni olmaksızın kiraya verilir ve hayvan, müstecirin (kiracının) elinde telef olursa diğer onna hissesini tazmin ettirebilir. Örneği güncelleştirecek olursak, iki kişi ortaklaşa bir otomobil alsalar, her iki ortağın o otomobili kullanma şartları da şirket aktinde belirlense, ortaklardan biri diğerinin haberi olmaksızın o otomobili bir başkasına

kiraya veremez; eğer verir ve kiralayan kişi o otomobille kaza yaparsa, kazadan meydana gelecek zarardan otomobilin kiraya verilmesinden haberi olmayan ortak sorumlu tutulamaz. Kendisinin bilgisi dışında ortaklaşa sahip oldukları otomobili bir başkasın ödünç veren ortaktan zararını tazmin etmesini isteyebilir.

Ortakların hisselerinin birbirlerine karşı durumu emanet / vedia hükmündedir. Bu husus Mecelle'nin 1087. Maddesinde şöyle izah edilir:

۱۰۸۷ ماده

**مشارڪلردن برينك حصه سى ديكري نك بدنده وديده حكمنده در
بناء عليه بريسى خود بخود مال مشتركى آخره ايداع ايدوبده اول مال
تلف اولسه مشاركتك حصه سنى ضامن اولور (۷۹۰) ماده يه باق**

“Müşariklerden birinin hissesi diğerinin yedinde vedia hükmündedir. binaenaleyh birisi hodbehod malı Müştereki ahara ida edip de ol mal telef olsa müşarikinın hissesini zamin olur”. Bu madde de yukarıdakine bağlı olarak ortakların birbirlerinin hissesi üzerinde tasarruf yetkisi olmadığını tekrarladığı gibi, ortaklardan birinin haberi olmaksızın diğerinin ortak malı başkasına ödünç / iare vermesi halinde, malın başına gelebilecek zarardan, ödünç veren ortağın sorumlu olduğu ve ortağının hissesini tazmine yükümlü olduğu beyan edilmektedir.

3. AKİT ORTAKLIĞI (AKİT ŞİRKETİ)

Türkçe sözlükte sözleşme manasında kullanılan akit kelimesi Arapça serbest bırakmanın zıttı, ip, satış, ipe bağlamak anlamındaki “ع - ق - د” türetilmiş bir isim olup ahit, söz, güvenceye alma, sağlama alma, bir şeyin uçlarını birbirine bağlama gibi anlamlara gelir. Nitekim kelime Kur'an-ı Kerim'de “يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْمَعْقُودِ” *“Ey iman edenler! Akitlerinize / ahitlerinize riayet edin”* (Maide, 5/1) şeklinde ahit / söz manasında kullanılmıştır.

Günümüz hukukunda tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla husule gelen ve onlara karşılıklı vecibeler yükleyen anlaşma şeklinde tanımlanan akit kelimesi bir İslâm hukuku terimi olarak birkaç farklı manada kullanılır. Mesela toplumu oluşturan fertlerin birbirleriyle ve toplumla dayanışması anlamında kullanıldığı gibi, İslâm toplumunun idfaresi altında yaşayan gayri Müslimlerle yapılan anlaşmaya da akit denilir. Bunun yanında fukaha da akdi, hukuki muamle anlamında

kullanır. Cumhura göre akit, bir kişinin yapmaya azm ettiği her şeydir. Bu geniş anlamın yanında bir de iltizam / gereklilik manasında da kullanan fakihler vardır. Bu sebeple akit taraflardan birinin sözünün diğeriyle, şer'an eseri mahalde zahir olacak şekilde bağlanmasıdır şeklinde tanımlanmıştır.

Mecelle'nin 103. Maddesinde akit şöyle tanımlanmıştır: "Akid, tarafeynin bir hususu iltizam ve teahhüd etmeleridir ki icab ve kabul irtibatından ibarettir". Yani tarafların yapılacak iş konusunda birbirlerini bağlayıcı tarzda konuşmalarıdır ki, icap ve kabulle gerçekleşir. Ali Haydar Efendi Mecelle Şerhi Dürerü'l-Hükkam'da bu maddeyi izah ederken bey / alış-veriş akdi çerçevesinde konuyu işlemiş ve "Bey akdi tarafeynin yani satıcı ile müşterinin bir hususu yani alış-verişi iltizam ve teahhüd etmeleridir ki bu akid icab ve kabulün birbirine bağlanması ve irtibatlandırılmasından ibarettir" açıklamasını yapmıştır. Ömer Nasuhi Bilmen de akdi: "Nikah, hibe, vasiyet, bey ve şira gibi bir muamele-i şer'iyyeyi iki tarafın iltizam ve teahhüt etmeleridir ki, icab ve kabulün irtibatından ibarettir" şeklinde Mecelle'deki tanımına bağlı olarak izah eder (Bilmen, 1985: 1.84).

Kadri Paşa da akit için: "Taraflardan birinden sadır olan icabın, eseri makud aleyhde (akit yapılan malda/eşyada) görülecek bir biçimde diğerrinin kabulüyle irtibatlandırılmasından ibarettir" tanımını vermekte devamında da akit yapan taraflardan her biri hakkında diğeri için üzerine vacip olan şeyi yapma yükümlülüğü doğurduğunu belirtir. (Kadri Paşa, 1891: 27).

Akit hakkında verilen tanımlar üzerine genel bir değerlendirme yapılacak olursa, Ali el-Hafif'in tespitlerine göre, İslam hukukçularının akti üç anlamda kullandıklarını söyleyebiliriz. Birincisi "iki şahıstan hukuki neticesini doğuracak şekilde sadır olan iki ifadeyi veya bunların yerini tutacak şeyi birbirine bağlamak"; ikincisi "iki taraf arasında tesis edilen iltizam veya bu iltizamı meydana getiren şey" ve üçüncüsü ki bu kullanım Hanefilerin dışındaki mezheplerin kitaplarında görülmektedir, "iki taraf arasındaki bir anlaşma sonucu meydana gelmesi veya kendini, bağlayıcı özel bir yükümlülük altına koymak isteyen bir kişinin iradesi sonucu meydana gelmesi arasında ayırım yapmaksızın her türlü hukuki iltizam" (el-HafifÉp.ç (el-Hafif, 2018: p. 230-231, 439). Şu durumda "Hukuki sonuç doğurmak üzere belirtilen ve birbirine uygun olan her karşılıklı irade (iki irade) akiddir" (Karaman 1989: II.251) tanımı verilebilir.

Akdi tanımları borç doğurucu iki iradenin birbirine bağlanması olunca; akit şirketi, iki ya da daha fazla sayıda şahsın, borç doğurucu bir biçimde, akit yapılması

mümkün olan bir şey üzerinde, gelir elde etmek amacıyla yapmış oldukları sözleşme olarak belirginlik kazanmaktadır. Nitekim Mecelle'nin 1329. Maddesinde akit şirketi:

۱۳۲۹ ماده

شرکت عقد ایکی یا زیاده کیمه در بندہ سرمایہ وفائدہ سی مشترک
اولی اوزره عقد شرکتدن عبارتدر

“Şirket-i akd, iki ya ziyade kimseler beyninde sermaye ve faydası müşterek olmak üzere akd-i şirketten ibaretdir”. Şeklinde tanımlar. Yani akit şirketi, *iki ve daha çok kişinin bir malda ve kârında ortak olmak üzere yaptıkları sözleşmedir*. Değişik bir anlatımla iki veya daha fazla kişi arasında sermaye (asl) ile kar (ribh) ortaklığı şeklinde yapılan bir sözleşmeye *şirket-i akd* denir.

Akit şirketinin kurulabilmesi için temel kural tarafların rızalarıdır. Bu da taraflardan birinin ortaklık iradesini ortaya koyması (icab) ve diğerinin de bunu onaylaması (kabul) şeklinde görünür. Yani akit şirketinin rüknü icap ve kabuldür. Hanefilerin dışındaki çoğunluğa göre ise akit şirketinin rüknü taraflar, üzerinde akit yapılacak konu (sermaye/mal) ve akitte kullanılan sigadır.

Akit şirketinin emval, a'mal ve vücuha olmak üzere üç türü vardır. Her bir türün kurulabilmesi için çeşitli şartlar mevcuttur. Bu şartların her biri ilgili konu açıklanırken zikredilecektir. Ancak akit şirketinin kurulabilmesi için bir takım genel şartlar mevcuttur. Bunlar:

1. İcap ve kabul Meclisi'nin aynı olması (ittihad-ı meclis) şirket maliyetlerden olduğu için bu şarttır.

2. Taraflardan her birinin vekil olma ve vekalet verme ehliyetine sahip olmaları. Her bir ortak alışveriş veya emeği kabul etmek gibi durumlarda diğer ortağın vekilidir. Çünkü her bir ortak diğer ortağına alışveriş emeği kabul gibi akit şirketinin muktezasından olan durumlarda izin vermiştir. Vekil ise izinle iş gören kimsedir ve vekalette ehliyet şarttır.

3. Şirket akdine konu olan şey vekaletle elverişli olmalıdır. Ortaklardan her birinin yaptığı işlemin diğerleri adına da olması için bu şarttır. Bu takdirde onun yaptığı iş asaleten kendi adına ve vekaletin gereği olarak da diğerlerinin adına olur.

4. Kâr (ribh), miktarı malum olmalıdır. Şayet akit şirketinde kârın miktarı belirlenmezse akit fasit olur. Çünkü aslında akit şirketinde, üzerinde akit yapılan şey (makudun aleyh) kârdır ve kârın bilinmemesi, bey ve icare akitlerinde olduğu gibi,

akdin fesadını doğurur. Zira, Hanefilere göre, akitlerde cehalet, niza'a (anlaşmazlığa) yol açabileceğinden fesat sebebidir.

5. Kârın muayyen olmayıp tamamında ortak bir parça (şayi) olması gerekir. Eğer onlardan herhangi birisine 10 yahut 100 gibi muayyen miktarda bir kâr tayin edilecek olursa şirket fasit olur. Çünkü akit kârda ortaklığın tahakkukunu gerektirmektedir. İki ortaktan birisine tayin edilen miktardan fazla kârın tahakkuk etmesi de mümkündür. Dolayısıyla kar miktarının tayini şirket akdinin cezasına aykırı düşmektedir.

Akit şirketinde sermaye para cinsinden olabileceği gibi emek (amel) ve itibar da olabilir. Akit şirketlerinin kurulabilmesi için akde taraf olanlarının her birinin sermayeye katkı yapmaları zorunludur. Söz gelimi bir kimse diğerine “bana bin lira ver, onunla iş yapayım, elde edeceğim kar aramızda müşterek olsun” dese ve diğeri de ona bu şartla istediği parayı verse, bu bir akit şirketi oluşturmaz, bu sadece bir karz / borç aktir. Dolayısıyla borcu alan kimsenin elde edeceği kârdan, borcu verenin hiçbir şey almaya hakkı yoktur.

3.1. Akit Ortaklığının Sermaye ve Kâr Bakımından Kısımları

Akit ortaklığı sermaye unsuru bakımından eşit sermayeli ve eşit kâr dağılımlı ortaklık (mufavada) ve farklı sermayeli ve farklı kâr dağılımlı ortaklık (inan) olmak üzere iki kısma ayrılır.

Akit ortaklığının kısımları Mecellenin 1331. Maddesinden düzenlenmiştir:

۱۳۳۱ ماده

شرکت عقد ایکی قسمه تقسیم اوامور
شویله که شریکلا کرینلرنده مساوات تامه اولق شرطیله عقد شرکت
ایدرک سرمایه شرکت اوله ییله جک ماللرینی شرکتنه ادخال ایتدکاری
حالدہ مقدار سرمایہ لری وربجدن حصہ لری متساوی اولور سه
شرکت مفاوضہ اولور

نتہ کیم برکیمسه وفات ایدوبده اوغلاری پدرلندن قالان مجموع اموالی
سرمایہ انخاذ ایدرک هر درلو مال الوب صائق وربحی بیتلرنده
مساوات اوزره تقسیم ایتک اوزره عقد شرکت مفاوضہ ایدہ بیلورل
فقط بویله مساوات تامه اوزره شرکتک وقوعی نادر اولور
واکر مسادات تامه شرطہ ایدلمکسزین عقد شرکت ایدرلر ایسه
شرکت عنان اولور

Madde 1331- Şirket-i akd iki kısma taksim olunur. Şöyle ki şerikler eğer beynlerinde müsavat-ı tamme olmak şartı ile akd-i şirket ederek sermaye-i şirket olabilecek mallarını şirkete idhal ettikleri halde mikdar-ı sermayeleri ve rıbhdan hisseleri mütesavi olursa şirket-i mufavada olur. Fakat böyle tam bir eşitlik üzere şirketin devam etmesi enderdir ve eğer tam bir eşitlik şart kılınmaksızın şirket akdi yapılırsa, bu da inan şirketi olur.

Bu maddenin açıklamasında Ali Haydar Efendi şunları söyler (sadeleştirilmiş olarak): Akit şirketi iki kısma ayrılır. Birinci. kısım mufavada, ikinci kısım inandır. Ortaklar eğer aralarında sermayede (malda), mal üzerine tasarrufta ve maldan elde edilecek kârda hem başlangıç itibarıyla hem de akit süresi boyunca tam bir eşitlik üzere şirket kurarak, şirket sermayesi olabilecek bütün mallarını ve nakitlerini şirkete koyarak sermayeleri kadar ve sermaye değeri kadar, kârdan hisseleri eşit olur ise mufavada şirketi olur... Eğer böyle tam bir eşitlik şart alınmaksızın şirket aktif kurulursa Bu şirket İnan olur.

Şimdi akit şirketinin bu iki kısmını teker teker izah edelim.

3.1.1. Mufavada Ortaklığı

3.1.1.1. Tanımı

Sözlükte, işi birine havale etmek, ortaklık kurmak, mallar birbirine karışmak, eşit olmak gibi anlamlara gelen “ف - و - ض” kökünden ya da dolup taşmak, yayılmak manasında “ف - ي - ض” kökünden türetilen mufavada kavramı, bir fıkıh terimi olarak ortaklık, sermaye ve tasarruf ehliyeti yönünden eşitliğin korunması şartıyla ortakların birbiriyle hem vekalet, hem kefalet ilişkisi içinde bulunduğu şirket türünü ifade eder. Ortaklar arasında hem sermayenin miktarı ve hem de elde edilecek kârdan hisseleri eşit olduğu şirket türüne **mufavada şirketi** denir. İslam hukukçuları mufavada kelimesiyle tasarruf yetkisinde, şirkete sermaye olabilecek mal varlığında, borçta ve kârda eşit olan iki veya daha çok ortak arasında kurulan şirketi kastederekler.

Mesela Hanefî fakihlerinden Tahavî müfavadayı “iki müslüman balığ erkeğin dirhemlerini eşit olarak koymaları ve kâr aralarında ortak olmak üzere şirket akti yapmalarındır” şeklinde tanımla (Tahavi 1986, pp. 106–107). Kudurî de “Mufavada ortaklığına gelince borçlar, tasarruflar ve mallarında eşit olan iki kişinin ortak olmasıdır” tanımını verir (Kuduri, 1997, p. 110). Benzer şekilde Merginî de “iki kişinin malda yetkide, tasarrufta ve borçlanmada eşit olmak üzere ortaklık kurmalarındır” tanımını verir (el-Merginani, III.5).

Mufavada şirketini şöyle tanımlayabiliriz: **“Ortaklar arasında, tasarrufta, malda, kârda, hem şirketin başlangıcını ve hem de devamı esnasında, tam bir eşitliğin olması şartıyla, ortaklık kurarak, şirket sermayesi olabilecek paralarını şirkete kattıkları halde sermaye miktarlarını, miktar ve kıymetçe, ve kârdaki paylarının eşit olmasıyla kurulan bir şirkettir”**.

Mufavada, ortaklar arasında hem sermayenin miktarı, hem de kârdan elde edilecek payları eşit bir şekilde olup hiçbirinin fazla ticarete eş elverişli malının bulunmaması üzere yapılan bir ortaklıktır. İmamı Azam ve İmam Muhammed'e göre mufavada ortaklığında ortakların tasarrufları da eşitlik üzere gerçekleştirmeleri şarttır. Ebu Yusuf'a göre ise tasarruf eşitliği şart değildir.

Mufavada hem mal, hem iş, hem de kredi şirketlerinde cereyan eder.

İmam Şâfiî mufavada türü şirketin batıl olduğu fikrindedir. Çünkü ona göre mufavada şirketi kuran ortaklar her şeyde daimi olarak eşitliği sürdüremezler. Çünkü normal hayatta insanlar ister istemez ortakların ayrı ve bağımsız bir hayat yaşarlar ve hayatlarında mufavadaya dahil olmayan hediyeleşme gibi durumlar ortaya çıkabilir.

Bu ise mufavadanın esaslarına aykırı olur. (el-Ümm, III.265). İmam Malik'in de mufavada hakkında: "Muvafadayı bilmiyorum" dediği nakledilmektedir (Serahsi, Mebsut, XI.152).

Mufavadayı caiz gören Hanefiler'den el-Kasânî mufavada ile ilgili olarak şunları söyler: "Mufavada şirketi sermayenin büyümesi ve kâr temini için başvurulmuş bir yoldur. İnsanların bu gini kazanç sağlayan şirketlere her zaman ihtiyaçları bulunmaktadır. Yine insanlar arasındaki ticari muameleler, özellikle zamanımızda, bu ihtiyaçtan uzak değildir" (Kasani, Bedai, VII.3536)

3.1.1.2. Şartları

Bu şirket türünde ortaklar arasında din birliği, ortaya konulacak sermaye, elde edilecek kârın taksimi gibi her yönden eşitlik bulunması şarttır. Buna göre Müslüman olan bir kimse ile gayri Müslim bir kimsenin mufavada ortaklığı kurmasına imkan yoktur. Zira ortaya konulacak sermaye ve elde edilecek kar eşit olarak paylaşılacağından ve gayri Müslim bir şahsın, İslam'a göre alınıp satılmasına izin verilemeyen domuz eti, şarap gibi şeylerle de ticaret yapabilme ihtimalinden dolayı, gayri müslimin İslam'ın onaylamadığı türden yapacağı ticaretle elde edeceği kâra da Müslüman ortak olacak demektir ki, şer'an bu caiz değildir.

Mufavada ortaklığının şartları şunlardır:

1) Her ortağın vekâlet ve kefâlet ehliyetine sahip olması gerekir. Bu da onların hür, akıllı, ergin ve reşid olmalarını gerektirir. Çünkü burada her ortağın yapacağı tasarruf diğerlerini bağlar.

2) Başta ve sonda miktar ve değer olarak sermayelerin eşit olması gerekir. Bu eşitlik bozulursa ortaklık şekil değiştirir ve inana dönüşür.

3) Ortaklardan her birinin sahip olduğu ve şirket malı olmaya elverişli bulunan mallarının ortaklığa dahil edilmesi gerekir. Altın, gümüş, nakit para gibi. Ancak ticaret malı (urûz), gayri menkul, alacak ve kayıp mal gibi mufavada sermayesi olmağa elverişli bulunmayan şeylerde ortaklık bağlayıcı olmaz.

4) Mufavada kârda eşitlik prensibi gözetilmelidir. Eğer bir ortak için eşitliği bozan kâr konuşulmuşsa mufavada bozulur.

5) Mufavada bütün ticaret işlerinde eşitliği gerektirir. Bu yüzden bir ortak diğerlerinden ayrı olarak kendisine ait bir ticaret yapamaz. Buna göre Ebu Hanife ve İmam Muhammed böyle bir ortaklıkta bütün ortakların müslüman olmasını şart koşar. Onlara göre bir müslümanla gayri müslim arasında mufavada geçerli olmaz. Çünkü

meselâ; zımmî olan bir gayri müslimin, müslümana caiz olmayan şarap ve domuz ticareti gibi bir ticareti yapması caizdir. Ebu Yusuf'a göre ise müslümanla gayri müslim arasında mufavada ortaklığı caizdir. Çünkü ehliyet, vekalet ve kefalet bakımından aralarında eşitlik vardır.

Mufavada aktini, günümüz hukukundaki kollektif şirkete benzeten Sabri Şakir Ansay, bunun gerekçesini, tarafların birbirinin hem vekili hem de kefil olması ve eşit hisse sahibi bulunmaları şartına bağlamaktadır (Ansay 1954, p. 179)

3.1.2. İnan Ortaklığı (Şirket-i İnan)

3.1.2.1. Tanımı

Sözlükte gem, dizgin, yular, ortaya çıkmak, belirlemek, kendini göstermek, görünmek gibi anlamlara gelen inan kelimesinin bir şeyin ortaya çıkması görünmesi anlamında“ع - ن - ن” kökünden türediğini iddia edenlere göre manası sanki ortaklardan her birinin diğerine kendini gösterdiği akit olmaktadır. Bazıları da kelimenin dizgin anlamına gelen “ع - نا - ن” köklerinden türediğini iddia etmişlerdir. Bu durumda manası tıpkı atın dizginlerinin iki tarafında eşit olarak durmasında olduğu gibi ortakların amel ve mal açısından ortak olmalarıyla şirketin dizginlerini ellerinde tutmalarını ifade etmektedir. Kelimenin “المعانة” kökünden geldiğini söyleyenlere göre manası muaraza, zıtlık karşıtlık olur ki, bu durumda inan şirketinde her ortak ameliyle malıyla diğer ortağının karşısında yer almaktadır. Kelimenin kökünün dayandırıldığı bu farklı me hazlar doğal olarak şer’i ıstılahta fukahanın kavrama farklı manalar yüklemesine yol açmaktadır.

Söz gelimi, her ne kadar el-Müdevvene’de ibnü’l-Kasım İmam Malik’ten nakledilmiş bir inan tanımı olmadığı bildirse de sonraki dönem Malikîler inan’ı “iki ortaktan her birinin diğerinin izin ve onayı olmaksızın ortaklık malı üzerinde tasarruf yetkisinin olmadığı şirket olarak tanımlamakta ittifak etmişlerdir. Malikîler bu noktada inan kelimesinin atın dizgini manasında “ع - نا - ن” kökünden geldiğini kabul ederek, inan özel bir ortaklıktır derler (Tavîl, 2009: 383-384).

DİA’da inan için “İslam hukuku terimi olarak ortakların diledikleri miktarda sermaye ile katılabildikleri. kar payına ve zarara katılımda eşit, tasarruf ehliyetinde denk olmadıkları ve birbirleriyle sadece vekalet münasebeti içinde bulundukları şirket nevini ifade eder” açıklaması verilmiştir (Gözübenli 2000, p. 260).

Sermaye şirketlerinin akdedilme şekillerinden biri de inan ortaklığıdır. Şirket-i inan, şirket-i muvafada’da olduğu gibi ortakların eşit sermaye ortaya koyması esasına

dayanmayan, bilakis sermayenin ve elde edilecek kârın eşit olarak paylaşılması şart görülmeyen ortaklık türüdür. İnan şirketin iki ortağın birbirinden farklı oranda kardan pay almaları ve her birinin sahip oldukları dinar ve dirhem cinsinden şeyleri farklı oranda ortaklar koruyabilmeleri kaydıyla da caizdir (Tahavi 1986, p. 107)

İslam Hukukçuları inan şirketini genel olarak şöyle tanımlarlar: “***İnan şirketi, belli bir nevi ticarete veya umumi ticarete bulunmak için iki veya daha fazla şahsın muayyen bir sermaye koyup, kârı aralarında anlaştıkları oranda paylaşmak şartıyla kurdukları bir şirkettir***”.

3.1.2.2. Şartları ve Özellikleri

İslam hukuk tarihinde uygulamada en fazla rastlanan ortaklık türü inan şirkettir. (Hanefî ve Zeydî fakihlerine göre mufavada şirketi için geçerli olan, ortaklardan her birinin sermayesinin veya mesai yahut ticari itibarının, kar ve zarara katılım oranlarının eşitliği, tasarruf ehliyetleri ve dinlerinin denkliği, birbirlerine karşı vekalet ilaveten kefalet ehliyetini de taşımaları, sermaye özelliğindeki bütün varlıklarını sermaye yapma zorunluluğu gibi şartlardan birinin eksikliği durumunda şirket inana dönüşür (Gözübenli 2000, p. 260). İnan şirketi ortakların birbirinin kefaleti değil vekaleti üzere kurulur. (Kuduri, 1997, p. 111)

İnan şirketinin faaliyet alanında herhangi bir sınırlama yoktur. Şirketi kuracak ortaklar isterlerse belirli bir ticaret sahasında faaliyet göstermek üzere, isterlerse diledikleri herhangi bir alanda faaliyet göstermek üzere inan şirketi akdedebilirler. Ancak ortaklar şirketi kurarken belli bir süre için akit yapmışlarsa, sürenin dolmasıyla şirket son bulur. Süre belirlenmemişse, ortakların istedikleri zamana kadar şirket devam eder.

İnan ortaklarından her biri şirkete ait ticaret malını satma hakkına sahiptir. Çünkü onlar burada birbirinin vekili olup, mal alımı ve satımı konusunda biri diğerine izin vermiş sayılır. Her bir ortak şirket malını peşin veya veresiye olarak satabilir. Çünkü mutlak satış yetkisi bu çeşit satışları kapsamına alır. Diğer yandan böyle bir ticaret, tüccar örfüne göre yapılır. Ticaretle uğraşanların ise peşin veya vadeli satış yapması adetleridir.

Bu şirket türünde eğer şirket zarar edecek olursa, ortakların zararı sermayeleri oranında karşılamaları esastır. İnan şirketi şekliyle ortak olan şahıslar, bu şirketten bağımsız olarak da mal ve sermaye sahibi olup, bunu işletme hakkına sahiptirler. Buna göre inan şirketi kurulurken taraflardan biri, şirketin tüm işlerini görüp

gözetmekle yükümlü olabilirken, diğeri şirketle hiç ilgilenmeyebilir. Bu durumda elde edilecek kardan, şirketin işleriyle ilgilenen ortağın daha fazla pay alabilmesi mümkün olur.

İnan şirketinde meydana gelecek zarar, ortakların şirketin oluşumuna katkı yaptıkları sermayeleri oranında, ortaklar tarafından ödenir. Kârın paylaşılma şekli serbest sözleşme ile belirlenebilirken, İslâm zarara katlanma konusunda ortakları serbest bırakmamıştır. Bu hususta Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “**Sermaye ortaklığında kârın paylaşılması ortakların belirlediği şekilde olur, zarara katlanma ise sermaye oranlarına göre olur.**”

Meselâ; beş kişi birer kg 22 ayar altını anapara olarak belirleyip inan ortaklığı kursalar, her biri şirket olarak paylaşabilirler. Ancak içlerinden birisi tahsili, tecrübe ve yetenekleri ile ortaklığın başkanı olur ve işleri yürütmede diğerlerinden daha fazla emeği geçerse kârdan da fazla pay alabilir. Zarara ise her birinin sermaye oranlarına göre katlanması gerekir. Yılsonunda hiç kâr olmadığı gibi toplam anapara 5 kg. altından 4 kg.’a inmişse, bu eksilmeye her ortak %20 oranında katlanır ve sermayeler 800’er gram altına düşmüş olur.

İnan şirketi, günümüzde yaygın olarak uygulamada olan anonim ortaklıklara çok benzerlik göstermektedir. Ancak anonim şirketlerde çoğunluk paya sahip ortakların azınlığın haklarını çiğnemesine elverişli hükümler yer almaktadır. Mesela Anonim şirketlerde de başlangıçta hisse senetlerinde yazan para ile mal varlığı arasında bir yakınlık vardır. Ancak bazen uzun bir süre geçtiği halde hiç değiştirilmemiş hisse senetleri olabilir. Bu ise şirket sermayedarlarının, elde edildiği halde dağıtılmamış olan kârdan yararlanabilmelerine engeldir. İnan ortaklığında ise sermayeler şirket yönetimine teslim edilip, şirket adına mala dönüştükten sonra, haklar paylar oranında şirketin tüm malvarlığı üzerinde devam eder. Bu yüzden yıl sonlarında kâr dağıtılmazsa, şirketin malvarlığına eklenir ve ortakların giderek payı büyümüş olur.

Ortaklardan biri aralarında ortak oldukları şirket sebebiyle bir borç ikrarında bulunur ve bu hususta yalan söylerse o borç ikrarda bulunana aittir öbür ortağı ilgilendirmez. Her ne kadar bir Müslüman için borçlanmak mekruh kabul edilse de bir Müslüman ve bir zımminin inan ortaklığı yapması caizdir (Tahavi 1986, p. 107)

İslâm’da ortaklık kurmanın amacı kâr elde etmektir. Bu yüzden yıl veya dönem sonunda kârın paylaşılmasını isteyen ortak olursa, tek kişi bile olsa kârın hesaplanıp verilmesi gerekir. Ancak burada, diğer ortaklar kâr almayıp şirket

sermayesinin büyümesini istiyorlarsa, böyle bir şirket yapısında kâr alanın payı sabit kalırken, kâr almayanların ki büyümeye devam eder. Bunun sonucunda ileriki yıllarda onların şirket içindeki pay oranları yükseleceği için payı sabit kalanlardan daha fazla kâr alma imkânları doğar. Bu da ortakları tasarrufa teşvik eder.

3.1.2.3. Mufavada ve İnan Ortaklıkları Arasındaki Farklar

Şirketi inan ile şirketi mufavada arasında beş yönden farklılık vardır:

1) Şirket-i inan ile ortak olanların sermayelerinin eşit olması şart değildir, birinin sermayesi diğerinin sermayesinden daha fazla olabilir.

2) Şirket-i inanda ortaklardan her birisi sahip oldukları bütün nakit parayı sermaye olabilecek mallarını sermayeye koymak zorunda değildir. İsterlerse mallarının tamamını ya da sadece bir kısmını akit şirketine sermaye olarak verebilirler.

3) Şirketi inan ile ortakların sermaye olarak ortaya koydukları şeyler değer açısından ve cins açısından farklı olabilir. Söz gelimi ortaklardan biri yüz altın verirken, diğeri bin gümüş verebilir. Mufavada'da ise sermayeler cins açısından farklı olduğu taktirde değer açısından eşit olmak zorundadır.

4) Şirketi inanda elde edilecek kârın eşit olarak taksimini istemek ve bunu şirket sözleşmesinde yazmak caiz olduğu gibi, yazmaksızın sözle bu konuyu dile getirmek de caizdir.

5) Şirketi inan, genel olarak her çeşit ticaret üzerine akd olunabileceği gibi özellikle belli bir ticaret türü üzerine de akdolunabilir. Mufavada genel olarak her tür ticaret üzerine yapılabilir, bir nevi ticaret üzerine yapılamaz.

3.2. Akit Ortaklığının Türleri

Hanefilere göre akit şirketleri şirketi emval (mal şirketleri), şirketi a'mal (emek/iş şirketleri), şirket vücu (kredi şirketleri) şeklinde üç tür olarak akdedilebilir. Bunlardan her biri de şirketi inan veya şirketi mufavada nevilerine ayrılırlar. Mecelle'nin 1332. Maddesi bu konuyla ilgilidir:

ماده ١٣٣٢

شركات كرك مفاوضه وكرك عئان اواسون باشركت اموال وباشركت
عجال و باخود شركت وجوهدر

شويله كه شريكلر اكر اورتبه سرمايه اولق اوزره بر مقدار مال
قويوبده بر ايكلاه باخود آيروآير وباخود مطلقا اخذ واعطا ايتك
وحاصل اوله جق ربحي بينلرنده تقسيم ايتك اوزره عقد شركت ايدرلر
ايسه شركت اموال اولور
واكر عمللاريني سرمايه ايدوبده آخردن ايش تقبل يعني تعهد والتزام
ايدرك حاصل اوله جق كسي يعني اجرتي بينلرنده تقسيم ايتك اوزره
عقد شركت ايدرلر ايسه شركت اعمال اولور بوكا شركت
ابدان وشركت صنايع وشركت تقبل دخی ديزلور
نته كيم ايكي درزينك باخود بر درزي ايله بر بوياجينك شريك اولملري
كبي
واكر سرمايه لري اولمديغي حاليه كندى اعتبارلريله ويره سييه مال
آلوب صاته رق حاصل اوله جق ربحي بينلرنده تقسيم ايتك اوزره
عقد شركت ايدرلر ايسه شركت وجوه اولور

Şimdi bunları görelim.

3.2.1. Mal Şirketleri (Şirket-i Emval)

3.2.1.1. Tanımı

Ragıb el-İsfehani'ye göre ortada olan iki taraftan birine meyl etmek anlamındaki “م - ي - ل” kökünden türeyen ve sürekli kendisine eğilim gösterildiğinden dolayı böyle adlandırılan mal kelimesi Arapçada kişinin meyl ettiği, elde etmek istediği, biriktirilebilen, sahip olduğu şey, elinin altında bulunan şey, kişinin malik olduğu şey gibi anlamlara gelmektedir. Malik olunan şey anlamında kullanıldığında mal kelimesi altın, gümüş, hayvan, bitki, arazi ve menfaat gibi şeyleri kapsamı altına alır. Ancak bu durumda insanların sahibi olmadığı balık, ormanlardaki ağaçlar ve orada yaşayan av hayvanları, kendiliğinden yetişen bitki ve meyveler mal kavramı altına giremez.

Hukukçular mal kelimesi ile ihraz edilmesi, korunabilmesi ve normal şartlarda faydalanması mümkün olan şeyleri kast ederler. Bu durumda onlara göre bir şey ancak şu iki özelliği taşırsa mal sayılır: İhrazının mümkün olması ve normal şartlarda ondan faydalanmanın mümkün olması.

Mal kelimesi (çoğulu emval) Arap dilinde "malik olunan her türlü şey" anlamında olup Türkçe'ye de bu manasıyla geçmiştir. Kur'an ve Sünnet'te sıkça geçen mal kelimesi sözlük anlamıyla ve daha çok özel mülkiyet, servet ve zenginliği ifade edecek bir içerikle kullanılır. Mesela: “وَلْيَبْلُغُوا شَيْءٍ مِنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ” “*Andolsun ki sizi biraz korku ve açlıkla, bir de mallar, canlar ve ürünlerden eksilterek deneriz. Sabredenleri müjdele*” (Bakara, 2/155) ayetinde çoğul olarak geçen mal kelimesi kasıt insanların kendisinde intifa etmek ve biriktirmek için yararlandıkları eşyalar kastedilmektedir. “وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ” “*Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin*” (Bakara, 2/188) ayetinde de mal kelimesi çoğul olarak geçmekte aynı şekilde “يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً” “*Ey İman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret hariç mallarını haksız yolla yemeyin*” (Nisa, 4/29). Bakara 188 ayetin yorumunda İmam Maturidi özetle şunları söylemektedir: Birbirinizin malını haksız yollarla yemeyin. Cenabı Hak kişinin Müslüman kardeşine ait malı onun kendi malı, canını da kendi canı konumunda tutmuştur. “Ey İman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan Ticaret hariç mallarını haksız yolla yemeyin ve kendinizi öldürmeyin” mealindeki Nisa suresinin 29. Ayetinde de buna işaret edilmektedir. Nisa suresinin 29. ayetin yorumunda da: Buna göre Yüce Allah'ın karşılıklı rıza ile ticaret yapmayı istisna etmesi, batıl bir şekilde mal yemekle karşılıklı rıza dışındaki ticareti kast ettiğini göstermektedir. Gerçekte birinin malı yerine intikal etse de onu batıl yoldan yemek, başkasının malını alıp itlaf etmek ve bedelini ödemek zorunda olmaktır (Matürîdî, 2005:I.364; III.174-175).

Örnek kabilinden zikrettiğimiz bu ayetlerde ve zikretmeye gerek görmediğimiz onlarca ayette geçen mal kelimesi çoğulu emval kelimesinin, insanların karşılıklı rıza'ya dayalı olarak birbirlerine intikal ettirmek hususunda rağbet gösterdikleri, değer taşıyan eşyanın ismi anlamında kullanıldığı görülmektedir.

Mal, İslam hukukunda mülkiyet başta olmak üzere ayni hakların konusunu belirleyen temel bir terimdir. Vehbe Zuhayli mal kelimesinin fıkıhtaki manası hususunda iki görüş olduğunu belirtmektedir. Görüşlerden biri Hanefilere aittir. *Hanefilere göre mal*, elle tutulur, muhafaza edilmesi mümkün olan, adetten kendisinden yararlanılan her şeydir. Hanefiler malı, mal ve mütekavvim mal şeklinde ikiye taksim ederler. Hanefilere göre hakiki manada mal mütekavvim olandır.(HacakÈp.â

Mecelle'nin 126. Maddesinde Hanefî anlayışına uygun olarak mal şöyle tanımlanmıştır: “**Mal, tab-ı insani mail olup da vakt-i hacet için iddihar olunabilen şeydir ki menkule ve gayrı menkule şamil olur**”. Mecelle'nin bu maddesinin beyanından Ali Haydar Efendi, sadeleştirilmiş olarak şu açıklamaları yapmaktadır: mal lugat açısından bir kimsenin malik olduğu şeydir. Şeriat açısından insan tabiatının kendisine meylettiği, ihtiyaç zamanında, gerektiğinde kasıtlı olarak biriktirdiği ya da korunabilen yani biriktirilmesi mümkün olan şeydir ki menkul ve gayrimenkul şeylere ve kendilerinden intifa (yararlanılması) mübah olan ve olmayanları da kapsar. Bizzat sahip olunabilen ve olunamayan mübah olan şeyler mal olmak ve kendisinden yararlanılabilir (mütekavvim) olmak arasında fark vardır. Bir şeyin mal olması bütünüyle ya da bir kısım insanların ona sahip olmasıyla gerçekleşir, ama bir maldan yararlanılabilir olması mütekavvim olması insanların ona sahip olması ve şeriatın ondan yararlanmayı mübah kılmasıyla gerçekleşir (Ali Haydar Efendi, 1330: I.228).

Zuhayli, cumhura göre malın, kıymeti olan ve telef edene tazmini gereken her şey anlamına geldiğini söyler.

Mal konusunda yaptığımız bu açıklamalardan sonra, şimdi mal üzerine ortaklık anlamına gelen şirketi emval'i izah edebiliriz.

Şirketü'l-Emval, sermaye şirketi olarak da değerlendirilir ve: “**iki veya daha fazla şahsın kâr ve zarara ortak olmaları şartıyla ticaret yapmak için her birinin belli bir meblağla sermayeye iştirak etmeleridir**”. Nitekim Diyanet İslam Ansiklopedisinde şirket-i emval, iki ve daha fazla kişinin, elde edecekleri kârı belli oranda bölüşmek üzere sermayelerini birleştirerek kurdukları ticarî ortaklık türü olarak tanımlanmıştır (Çeker 1995, p. 167) Yani Ortaklar belli bir miktar sermaye koyarak bu sermaye ile elde edecekleri kârı (rıbh) paylaşmak üzere şirket akti yaparlarsa buna **mal şirketi /şirket-i emval denir**. Buna aynı zamanda ayn/ eşya şirketi de denilir.

3.2.1.2. Unsurları ve Özellikleri

Emval şirketi İslam hukukunda akid şirketleri grubunda yer almakta olup akidlerin kuruluş ve işleyişiyle ilgili genel ilke ve hükümler bu şirket türü için de geçerlidir. Yani akdin dört unsuru olan şahıs, sermaye, sözleşme ve müşterek gaye tam manasıyla emval şirketinde mevcuttur. Emval şirketi her ne kadar ilk planda sermaye şirketi olarak değerlendiriliyor olsa bile bu şirket türünde de *şahıs unsuru*

önem taşır. Bu şirket türünde ortaklar birbirinin vekili ya da hem vekili hem kefilidirler. Bu sebeple emval şirketi aynı zamanda şahıslar şirketi konumundadır.

Emval şirketinde *sermaye* unsuru ayrı bir önem taşır. Bunun için de onun para cinsinden olması ve kullanıma hazır bulundurulması şartı aranır. Yani şirket sermayesinin altın, gümüş ya da ortaklığın kurulduğu memlekette tedavülde olan para (nukud) cinsinden olması gerekir. Ortakların başkalarından alacakları şirkete sermaye olarak kaydedilemez. Ancak alacaklar alınmış veya nakde çevrilmişse o taktirde sermayeye dahil edilebilir. Bunun yanında uruz (yani altın ve gümüş para dışında kalan mallar) şirket sermayesi olarak konulamaz.

Emval şirketinin şahıs unsurunu teşkil eden ortakların hak, yetki ve sorumluluğunu belirlemede *akit sözleşmesinin* önemi büyüktür. Bunun yanında emval şirketinin belirlemiş olduğu ticaret alandaki örf ve adetin büyük önem taşır.

Emval şirketin karın paylaşımı hususunda mezheplerin farklı yaklaşım sergilediği görülmektedir. Malikî ve Şafiî ekollerine göre ortaklar kardan paylarını sermayeleri oranında alırlar.

Hanbelî ve Hanefilere göre akit sözleşmesinde belirlenene orana göre alırlar. Bu sebeple bu iki mezhebe göre akit sözleşmesinde karın hangi oranda paylaşılacağı belirlenmesi şarttır. Ancak şirket kâr etmez de zarar ederse, ortakların zarardan payları sermayedeki payları oranında olacaktır. Bu hususta İmam Muhammed'in Kitabı'l-Aslında şu ifade yer almaktadır:

وَإِذَا اشْتَرَكَ الرَّجُلَانِ فِجَاءَ أَحَدَهُمَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَالْآخَرُ بِأَلْفِي دِرْهَمٍ
فَاشْتَرَكَا عَلَى أَنْ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَالْوَضِيعَةَ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ فَهَذِهِ شَرَكَةٌ
فَاسِدَةٌ لَا تَجُوزُ، وَلَا يَسْتَقِيمُ أَنْ يَكُونَ عَلَى صَاحِبِ الْأَلْفِ مِنَ الْوَضِيعَةِ أَكْثَرُ
مِنْ رَأْسِ مَالِهِ. فَإِنْ عَمِلَا عَلَى هَذَا فَوْضَعَا فَالْوَضِيعَةُ عَلَيْهِمَا عَلَى قَدَرِ رُؤُوسِ
أَمْوَالِهِمَا. وَإِنْ رِبْحًا فَالرِّبْحَ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا اشْتَرَطَا.

“İki adam ortak olsalar, onlardan biri bin dirhem, diğeri iki bin dirhem sermaye koysa ve kar ve zarar aralarında eşit olarak bölünmesi hususunda akit yapsalar, bu caiz olmayan fasit bir ortaklıktır. Bin dirhem getiren ortağın ana parasında daha fazla olarak zarara katılması doğru değildir. Bu şart üzere çalışsalar ve sermayeler, koysalar ve zarar aralarında ana paralarına göre olur. Ama kar ederseler, kar aralarındaki sözleşme şartlarına göredir.” (İmam Muhammed, (2012), IV.51-52)

Şirket akdinde ortakların ellerinde bulunan şirkete ait mallar emanet hükmünde kabul edilir. Bunun anlamı ortakların elindeki şirkete ait mallara kasıt ya da teaddi olmaksızın bir zarar gelecek olursa, malı elinde bulunduranın tazmin yükümlülüğünün olmamasıdır.

Mufavada türü emval şirketinde her ortak diğerinin vekili ve kefilidir, inanda ise sadece vekilidir. İslam hukukçuları şirket akdini gayri lazım bir akid kabul ettiklerinden emval şirketi de ortaklardan birinin feshiyle sona erer.

Emval şirketi aynı zamanda şahıs şirketi olduğu için ortaklardan birinin borç altına girmesini ve başkalarını borçlandırmasını sağlayan eda ehliyetini kaybetmesi veya ölmesi durumunda, o ortak hakkında şirket sona ermiş olur ve şirketteki payı ayrılır. Ölen ortağın varisleri ortaklığı sürdürmek istedikleri takdirde yeni bir anlaşma ile ortak olabilirler.

Eğer bir emval şirketi mufavada türünde bir ortaklıksa, ortakların sermaye miktarlarının eşit olması gerekir. Bu şirketin elde edeceği kâr da ortaklar arasında eşit olarak paylaşılacaktır. Her ortağın nakit para ya da nakit para hükmündeki tüm mallarını ortaklığa katmaları gerekir. Dolayısıyla ortaklardan herhangi biri, diğer ortağından bağımsız olarak ticaret yapamaz. Eğer mal şirketi zarar edecek olursa, bu zarar da ortaklar arasında eşit olarak paylaşılır.

Eğer bir emval şirketi inan türü bir ortaklıksa, ortakların eşit oranda sermaye koymaları şart değildir. Aynı şekilde, mufavadada olduğu gibi, ortaklar sermaye olabilecek bütün mallarını şirket sermayesine katmak zorunda değildirler. Şirketten bağımsız olarak da mal ve nakitleri olabilir. Ortaklar şirketin kârının paylaşımını şirket sözleşmesinde belirleyebilirler ve bu kâr paylaşımı ortakların sermayedeki hisseleri oranında olabileceği gibi, eşit miktarda ya da kendi aralarında belirleyecekleri herhangi bir miktarda olabilir. Yani ortaklardan biri şirket sermayesinin üçte birini, diğeri de üçte ikisini vermiş olsa ve şirket sözleşmesinde eşit olarak paylaşmayı kararlaştırsalar bu caizdir. Ancak şirket zarar edecek olursa, her bir ortağın şirketin sermayesine katkıları oranında zararı tazmin yükümlülüğü vardır.

3.2.2. İş Şirketi (Şirket-i A'mal)

3.2.2.1. Tanımı

Bu şirketin isminde geçen a'mal (اعمال) kelimesi, Arapça çalışmak, yapmak, işlemek anlamındaki “ع - م - ل” kökünden amel (عمل) kelimesinin çoğulu olup sözlükte

iş, eylem, uygulama, üretim, çalışma, hareket, faaliyet, uğraş gibi anlamlara gelmektedir.

Amel şirketi Türk Hukuk Lugatinde şöyle tanımlanmıştır: “Şeriklerin amellerini sermaye ittihad ederek ahardan iş teahhüt ve iltizam etmek ve hasıl olacak kazancı beyinlerinde taksim eylemek üzere akdeyledikleri şirkettir: İki terzinin yahut bir terzi ile boyacının şerik olmaları gibi. Buna şirket-i ebdan ve şirket-i sanayi ve şirket-i tekabbül de denir”. (Türk Hukuk Kurumu 1991, p. 312)

İki veya daha fazla kişinin belli bir iş yapmak üzere kurdukları iş gücü ortaklığı demek olan a'mal ya da ebdan. İslam hukukunun klasik sistematigi içinde akid şirketlerinin bir türünü teşkil eder. İslam hukuku ıstılahında bu şirket için birkaç farklı ifade kullanılmaktadır. Bu nevi şirkete iş gücüne dayalı olduğu için a'mal, bir sanatın icrasına dayandığından sanai' ortaklık adına iş kabulünden dolayı tekabbül şirketi de denir. Ancak sadece bedeni çalışma değil fikri mesai de ebdan şirketine konu olabilir. (Çeker 1994, p. 71)

İş gücü şirketi olarak da değerlendirilmesi mümkün olan bu şirket, işgücüne veya düşünce çabasına dayanan bir şirkettir. ***“İki ya da daha fazla kimsenin, belli bir işi yapma ya da iş alma/kabullenme ve bu işten elde edilecek kâr veya ücret aralarında karar verecekleri oranda ortak olmak hususunda insanlardan ortak iş almaları konusundaki şirkettir”*** şeklinde tanımlanır. Eğer ortaklar mal yerine iş güçlerini, emek ve çalışmalarını koyarlarsa buna da ***iş şirketi / şirket-i a'mal / şirket-i ebdan*** denir.

3.2.2.2. Meşruiyeti

Amel/Ebdan şirketinin meşruiyeti İslâm hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Merginani el-Hidaye’de amel/ebdan şirketinin Hanefilerce meşru kabul edildiğini, ancak bu tür ortaklıkta, mal cinsinden bir sermaye olmadığı için kazanç elde etme (tesmîr) amacı gözetilmediğini, sermaye olmadığı sürece de kâr elde edilmeyeceğini düşündükleri için İmam Şafiî ve Hanefî İmamlarından Züfer’e göre caiz olmadığını beyan eder. Hanefilerin dışında, Malikî, Hanbelî ve Zeydî mezhepleri de amel ortaklığını caiz görürler.

A'mal ortaklığını meşru kabul edenler, yasaklayıcı bir nassın bulunmayışından dolayı ıstıshab prensibi gereği meşruiyeti kabul ettikleri gibi, toplumun bu yöndeki örfünü ve Abdullah b. Mes'ûd'dan gelen rivayeti delil olarak zikrederler. İbn Mes'ûd, ganimetlerin taksimiyle ilgili ayetin (el-Enfal 8/41) nüzûlünden önce cereyan eden

Bedir Gazvesi'nde elde edecekleri ganimeti bölüşmek üzere Ammar b. Yasir ve Sa'd b. Ebi Vakkas ile anlaştıklarını, fakat savaş sonunda yalnız Sa'd'ın iki esir elde ettiğini, kendisiyle Ammar'ın ise bir şey elde edemediklerini, Hz. Peygamber'in de böyle bir anlaşmaya karşı çıkmadığını anlatır. Hz. Peygamber'in. ele geçirilen iki esire bu üç sahabiye ortak ettiği belirtilir. Bu rivayet şirketin sermayesiz de kurulabileceğine delil sayılır. A'mal ortaklığını caiz görenler ayrıca, bunun bir yönden mudarebe ve müsakat ortaklığına benzediğini, akdin vekalet akdine, bazen da hem vekalet hem kefalet akdine dayandığını, her bir ortağın diğerinin vekili ve kefilisi durumunda olduğunu belirterek akde hukuki bir izah getirmeye çalışırlar. (Çeker 1994, p. 71)

Ayrıca İmam Muhammed'in *Kitabu'l-Asl*'ında yer alan şu ifade de amel ortaklığının Hanefiler tarafından meşru kabul edildiğinin delili olarak kabul edilebilir.

وإذا اشترك الرجلان في عمل بأيديهما فأرادا أن يكتب بينهما كتاباً كتباً:
«هذا ما اشترك عليه فلان بن فلان وفلان بن فلان، اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة، اشتركا في عمل كذا وكذا، يعملان بأيديهما ويتقبلان العمل من الناس جميعاً وشتى، ويعمل كل واحد منهما في ذلك برأيه، فما رزقهما الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفين، وما كان في ذلك من وضعية أو تبعة فهو بينهما نصفين، اشتركا على ذلك في شهر كذا من سنة كذا».

“İki adam birlikte çalışarak ortaklık kurdukları zaman aralarında ortaklık sözleşmesi ne şöyle yazarlar: “Bu, falan oğlu falan ile falan oğlu falan arasındaki ortaklıktır. Bu ikisi Allah'tan sakınmak ve emanetleri eda etmek, falan falan işi yapmak, elleriyle çalışmak, insanlardan gelen çeşitli işleri kabul etmek üzere ortak oldular. Her biri bu iş hususunda kendi eliyle amel etmek hususunda ortak oldu. Allah'ın bu ortaklıktan dolayı onlara rızık olarak vereceği her ne olur ise aralarında yarı yarıya ortaktır. Eğer Cenabı Hak onlara kar vermez de zarar meydana gelirse bu durumda da yine yarı yarıya ortak tırlar. Onlar bu hususta falan yılın falan ayında ortaklırlar” (İmam Muhammed, 2012:, IV.50-51)

İmam Muhammed'in bu ifadelerinden belli bir işi yapmak üzere ortaklığın (şikertü'l-a'mal/ebdan) caiz olduğu gibi, şirket sözleşmesinde kimlerin ortak olduğunun yazılmasının, yapacakları işlerin, elde edilecek kârın paylaşılması şeklinin

ya da meydana gelecek zararın nasıl telafi edileceğinin, ortaklık süresinin yazılması gerekliliği de anlaşılmaktadır.

Merginanî, Hanefilere göre amel ortaklığının caiz / meşru olmasını şöyle izah eder: “Biz diyoruz ki: ortaklığın amacı, kâr sağlamaktır. Bu ise, kişiyi vekil yapmakla da gerçekleşebilir. Zira: ortaklardan herbiri, işin yarısını kendi hesabına, yarısını da ortağı adına yaptığı için, kazanılan malda ortaklık gerçekleşmiş olur. Bu ortaklığın caiz olması için, çalışma türü ve yerinin aynı olması şart değildir”.

Amel/Ebdan ortaklığını caiz görmeyen İmam Şafiî ve Şafiilerin bakış açılarını Şirazî şöyle ifade etmektedir:

أما شركة الأبدان وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهي باطلة لما روت رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل عائشة وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى فوجب أن يكون باطلا ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يجز أن يشاركه الآخر في بدله فإن عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله لأنها بدل عمله فاختص بها

“Şirket-i Ebdan’a gelince, iki kişinin amelleriyle kar elde etmelerine dayanan bir ortaklıktır. Aişe (R.A.)’dan rivayet olunan “Peygamber (SAS) şöyle dedi: “Allah’ın kitabında olmayan her şart batıldır” hadisi sebebiyle batıldır. Zira bu şart Allah’ın kitabında yoktur, o halde batıl olması gerekir. Çünkü ortaklardan her birinin ameli / işi kendisine has olmak üzere mülkiyettir, bu sebeple o mülkiyetin bedeli konusunda bir başkasını ona ortak olması caiz değildir. Eğer her ikisi çalışırlarsa ve kazanırlarsa her biri kendi yaptığı işin ücretini almış olacaktır, çünkü aldığı ücret özellikle kendi amelinin karşılığıdır” (Şirazi, 1995: II.158).

Bu ibareden de anlaşılacağı üzere Şafiîlere göre amel ortaklığı, her bir ortağın aldığı işi ve bu işten elde ettiği geliri sadece kendisi adına alabileceği ve bu hususta ortaklığın mümkün olmayacağı anlayışından dolayı amel ortaklığını caiz görmemektedirler

Her iki görüş sahiplerinin delillerini incelemek ve ulaştıkları sonuçların doğru ya da yanlışlığını tartışmak bu dersimizin konusu olmadığı için burada sadece görüşleri ve dayandıkları delilleri zikretmekle yetiniyoruz. Ancak, toplumsal hayatın

şartlar çerçevesinde bu tür bir ortaklığa zaruret olduğu, bu nedenle de caiz görülmesi gerektiğini ifade edelim.

3.2.2.3. Unsurları ve Özellikleri

Ortaklar anlaştıkları esas üzerine kazançta kârlarını paylaşırlar. Söz gelimi iki doktor bir muayenehane açmak üzere anlaşsalar bu bir iş şirketi /şirket-i A'mal olur. O muayenehaneden elde edecekleri kazancı, ortaklık kurma esnasında hangi esasa göre pay edeceklerine dair yapmış oldukları akitle paylaşırlar. Eğer eşit paylaşmayı konuşmuşlarsa eşit, eğer farklı düzeylerde paylaşmayı konuşmuşlarda konuştukları gibi kâr pay ederler.

Bu bir akit şirketi olduğu için amel/iş şirketi aktine taraf olanların bu iradelerini açıkça beyan etmeleri gerekir, ki bu da icab ve kabulün beyanıdır.

Amel ortaklığında her ortak diğerinin vekili ve müvekkilidir. Yani her ortak yapacağı işlerde kendi adına asaleten, ortakları adına vekaleten temsil yetkisini taşımaktadır. Ayrıca her bir ortak diğerinin kefil de olmak durumundadır. Bu sebeple ortaklardan birinin ortaklık adına yapacağı iş kabulü, taahhüt, tahsil, ödeme, ifa gibi bütün hukuki işlemler ve işle ilgili hukuki sorumluluklar diğer ortakları da yükümlü kılar.

İslam hukukçuları aynı meslekten insanların iş ortaklığı kurabileceği hususunda ittifak etmişlerse de, farklı meslekten insanların iş ortaklığı kurup kuramayacağı meselesi tartışma konusu olmuştur. Mesela İslam hukukçularına göre iki marangoz, iki demirci, iki doktor, iki öğretmen iş şirketi kurabilirler, ancak bu şahıslardan biri marangoz diğeri demirci ise, ya da biri doktor diğeri öğretmen ise bu taktirde iş şirketi kurup kurmayacakları konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefîlere göre bu tür iş akti caizken, Malikîler ve Hanbelîler meslek birliğini şart koşmuşlardır.

Esasen tartışmanın pratik bir faydası bulunmamakla birlikte, iş ortaklığı üzere aktedilen bir şirkette, taraflardan birinin işe katkı yapmadan kârdan pay alıp alamayacağı konusu etrafından tartışmanın şekillendiği söylenebilir. Bu konu ise iş şirketinin kurulması esnasında ortakların üzerinde anlaşmaya varabilecekleri hususlardandır.

Eğer bir a'mal şirketi mufavada türünde bir ortaklıksa, ortaklardan her biri bir iş alıp taahhütlerde bulunmak, işi borçlanmak, işten meydana gelecek zararlara katlanmak gibi hususların tamamında eşittirler ve o işten elde edilecek kâr da ortaklar

arasında eşit olarak paylaşılır. Söz gelimi iki marangozun ortaklaşa bir iş alıp yapmaları mufavada türü bir a'mal şirketi olur. Her ikisi de yapılacak işte eşit oranda çalışır, elde edecekleri kârı eşit oranda paylaşırlar.

Eğer bir a'mal şirketi inan türü bir ortaklıksa; ortaklar iş almada, alınan işi yapmada, alınan işten elde edilen kârı paylaşmada eşitlik esasına uymayabilirler. Mesela iki öğretmen özel ders vermek üzere inan türü ortaklık kursalar ve biri sadece tek öğrenci okutmayı diğeri de üç öğrenci okutmayı üstlense, bu şekilde kurulan ortaklık bir a'mal ortaklığıdır. Elde edecekleri ücreti de işe katkıları oranında paylaşabilirler. Bu tür şirkette işi alan şahıs, aldığı işi bizzat yapmayabilir, isterse başka birini aldığı işi yapmak hususunda istihdam edebilir.

3.2.3. Kredi Ortaklığı (Şirket-i Vücu)

Kredi ortaklığına şirketü'l-mefalis de denir. Şirketü'l-Vücu: “*Halk veya tüccarlar nezdindeki itibarlarına dayanarak bir şeyi satın alma hususunda iki kişinin anlaşması*” olarak tarif edilir. Yan, ortaklar sermaye koymaksızın sahip oldukları ticari itibar ve kredi yetenekleriyle herhangi bir malı alıp satarak kâr elde etmek ve elde edilen kârı paylaşmak üzere akit yaparlarsa buna da kredi ve *itibar şirketi /şirket-i vücu* denir.

Vücu şirketi kuracak şahısların borçlanmak suretiyle mal alarak, peşin satış yapmak ve elde edilecek kârı paylaşmak üzere ortak olduklarını beyan etmeleri, yani icap ve kabulle vücu şirketi kurulmuş olur.

Ortakların borçlanmak suretiyle aldıkları maldan elde edecekleri kârı paylaşmaları, borçlanırken girdikleri riske ve vücu şirketini kurarken akdettikleri sözleşmeye göre değişiklik gösterebilir. Dolayısıyla ortaklar borçlanırken aldıkları eşyadaki hisseleri oranında kârdan pay alırlar. Eğer borçlanma yoluyla alınan maldan zarar edilecek olursa, zararın ödenmesi yükümlülüğü de yine alış esnasındaki hisseleri oranında olacaktır.

Eğer bir vücu şirketi mufavada türü bir ortaklıksa, her ortak ortaya sermaye koymaksızın veresiye mal alıp-satmak, satın alınan mal ile satış bedeli ve kârı aralarında eşit olarak paylaşmak zorundadırlar. Ticaret amacıyla veresiye olarak alınan maldan zarar edilecek olursa, zarar da ortaklar arasında eşit olarak paylaşılır.

Bu üç çeşit şirket türü mufavada, inan ve müdarabe şeklinde üç tarzda akdedilebilir. Bunların her birini ayrı ayrı inceleyeceğiz. Ancak, bu şirket türleri elde edilecek kârın değerlendirmesi açısından mufavada ve inan biçiminde uygulanırlar.

Bir de mudarebe tarzı vardır ki, o diğerlerinden farklı bir yapı arz ettiği için onu ayrıca ele alacağız.

Eğer bir vücut şirketi, inan türü bir ortaklıksa; ortaklar veresiye olarak alacakları malların kârından aralarında yapacakları sözleşmeye göre hisse sahibi olabilir. Örneğin iki ortak, ortaya sermaye koymaksızın, piyasadaki bilinme durumlarına göre piyasadan mal alsalar ve ortaklardan biri malın üçte birine diğeri de üçte ikisine sahip olmak üzere aralarında anlaşsalar, veresiye aldıkları bu maldan dolayı ortağın biri malın değerinin üçte birini borçlanırken, diğeri üçte ikisini borçlanmış olur. Prensip olarak da o maldan elde ettikleri kârdan bir ortak üçte bir hisse alırken, diğeri üçte iki alır.

XIV - DİĞER ŞİRKET TÜRLERİ

1. EMEK VE SERMAYE ŞİRKETİ (MUDARABE)

1.1. Tanımı

Mudarebe sözlükte “yol tepmek” manasına gelen “darbun fi'l-arz” (ضرب في الارض) deyiminde geçen darb kelimesinden türetilen bir terimdir. Araplar ticaret için sefere çıkmaya “darbun fi't-ticare” (ضرب في التجارة) derler. Buradan hareketle mudarebe kelimesi lugatte yolculuk, yürümek, işi yüklenmek gibi anlamlarda kullanılmıştır.

Kelime Kur'an-ı Kerim'de de ticaret amacıyla sefere çıkmak, yolculuk etmek anlamında kullanılmıştır:

“وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا”
“*Yeryüzünde sefere çıktığınız vakit kâfirlerin size saldırmamasından korkarsanız, namazı kısaltmanızdan ötürü size bir günah yoktur*” (Nisa, 4/101)

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ
“*Ey iman edenler! Birinizin ölümü geldiği zaman, vasiyet sırasında aranızda şahitlik (edecek olanlar) sizden adaletli iki kişidir. Yahut; seferde olup da başınıza ölüm musibeti gelirse, sizin dışınızdan başka iki kişi şahitlik eder*” (Maide, 5/106)

Bu ayetlerde “darbun fi'l-arz” (ضرب في الارض) kavramı, yeryüzünde ticaret amacıyla sefere çıkmak anlamında kullanılmıştır.

Bir hukuk terimi olarak mudarebe, bir kimsenin, elde edilecek kârın paylaşılması ya da belli oranda kârdan pay verilmesi şartıyla diğer bir kimseye sermaye vermesi demektir. Yani *sermayeye sahip olan kişinin çalışan kişiye ticaret yapması için mal vermesi ve şart koştuqları orana göre kâr paylaşımına dayanan ortaklık* demektir. Hicaz fakihleri aynı anlama ifade etmek üzere bu tür şirkete **kırad** ya da **mukaraza** derler.

Mudarebe, bir taraftan sermaye, diğer taraftan iş/amel olmak üzere akdedilen ortaklığın adıdır. Bu şirket türünde işi yapana **mudarib**, sermayeyi verene de **Rabbu'l-**

mal denir. Taraflar arasında mudarebe şirketinin akdedilebilmesinin rükünü, mudarebeyeye delalet eden lafızlarla icab ve kabulden ibarettir.

1.2. Meşruiyeti

Mudarebe şirketi konusunda Kur'an'da (Nisa, 4/101; Müzemmil, 73/20; Cuma, 62/10) sünnette, sahabe uygulamasında, icma'da deliller mevcuttur. Kur'an'dan delillerine gelince; yukarıda da geçtiği üzere yeryüzünde sefere çıkıldığında namazın kısaltılmasıyla ilgili Nisa suresinin 101. ayeti, fukaha tarafından mudarebe'nin delillerinden biri olarak kabul edilmektedir.

“وَأَخْرُوجُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ”

Mudarebe aklen de meşru olan bir şirkettir. Şöyle ki; bazı insanlar, sermayelerini işletme kabiliyetinden mahrum olabilecekleri gibi bu sermayeyi işletecek gerekli bilgi, donanıma sahip olmasına rağmen sermayesi olmayan insanların bir araya getirilip sermayenin atıl halde kalmasının önüne geçilmesi gerekliliği ve işsizliğin önüne geçilmesi gerçeğinden dolayı mudarebe ortaklığı gereklidir.

1.3. Rükün ve Şartları

Mudarebe akdedecek şahıslarda bulunması gereken şartların başta geleni rabbu'l-mal'ın tevkile (vekil kılmaya) ve mudaribin de vekalet ehil kimseler olmasıdır. Bunun yanında akideynin akil ve baliğ olması ya da ticarete yetkili olan buluğa ermemiş, mümeyyiz bulunmaları gerekir. Ayrıca sermayenin (re'su'l-mal) kurulacak ortaklık için sermaye olabilecek nitelikte bir mal ya da para olması şarttır. Yani sermaye, inan şirketinde olduğu gibi tedavülde kullanılan nakitlerden dinar, dirhem, Türk Lirası vb. olmalıdır. Bu durumda altın ve paranın dışında kalan mallar (uruz), gelir getiren mülkler (akar) ve insanların zimmetinde olan alacaklar re'su'l-mal olarak mudarebede kullanılamaz. Cumhura göre, re'su'l-mal akar, uruz yahut menkul ticari mallardan olması caiz değildir. Taşınabilir olan mal misli olsa dahi böyledir. Hanefiler ve Hanbelîler bu görüştedirler.

Fakat rabbu'l-mal bir miktar uruz verip, mudaribe “*bunu sat, alacağın parayı da sermaye olarak kullan*” derse bu taktirde mudarebe akt edilmiş olur. Ancak Şafiî mezhebin göre bu durumda akit sahih değildir. Çünkü onunla o malın satılacağı bedel üzere mudarebe yapılmıştır. Bu bedel ise meçhuldür. Meçhul bir bedel üzerinden mudarebe yapılmış gibi olur. Aynı şekilde rabuu'l-mal başkasında olan alacağı

hakkında mudaribi vekil kılıp, “*filan kişide olan alacağımı al, onu sermaye olarak kullan*” derse, mudarib de o alacağı alır sermaye olarak kullanırsa, yine mudarebe akt edilmiş olur.

Mudarebe’nin tam olabilmesi için üç temel şart daha vardır: 1) Ticari örfe göre sermayeyi işletenin, sermayedeki tasarruf yetkisinin açık ifadelerle sözleşme aktinde belirlenmesi gerekir; 2) Sermayeyi işleten emek sahibinin kazançtaki payını belirten ifadelerin kullanılması şarttır. Mudaribin alacağı kar payı belli olmazsa mudarebe bozulur. Bu durumda sermaye sahibi (rabbu’l-mal) karın tamamını alır, eğer zarar hasıl olursa, rabbu’l-male ait olur. Mudarib ise o işi yapan işçinin hak edeceği ücreti hak eder; 3) Mudarebe şirketinin kuruluşu sırasında sermaye sahibinin ortaya koyacağı sermaye miktarı belli olmalıdır. Şirket sermayesi belli olmazsa mudarebe akdedilmiş olmaz. Çünkü sermayenin bilinmemesi kârın da bilinmemesi sonucunu verir. Kârın belli olması ise mudarebenin sıhhati için bir şarttır.

Ayrıca rabbu’l-mal mudarebede kullanılacak sermayeyi mudaribe teslim etmelidir. Sermaye, mudaribin elinde emanettir. Vedia ise ancak teslim ile olur. Teslim ise vedia olduğu gibi amili sermaye ile baş başa bırakmakla mümkün olur. Sermaye sahibinin malı elinde tutması halinde mudarebe sahih olmaz. Çünkü mal, sermaye sahibinin elinde bulunduğu sürece teslim tahakkuk etmemiştir. Buna göre, sermayenin sahibinin eli altında kalmaya devam etmesi şartı koşulacak olsa mudarebe akdi fasit olur. Böyle bir şart ile mudarebe, mal şirketlerinden farklı bir durum arz etmiş olur. Çünkü mal şirketlerinin sermaye sahibinin malı elinde tutması halinde de sahihtir. Mudarebede iki taraftan biri sermaye koyarken diğer taraf da emeğini ortaya koymaktadır. Mudarebede çalışmanın gerçekleşmesi için malın, sahibinin elinden çıkması gerekir. Mal şirketleri ise her iki tarafın da çalışması üzerine akd olunmuştur. Sermaye sahibinin çalışmaması şart koşulacak olsa, böyle bir şart akdin gereğine aykırı olur. Mudarebede ise sermaye sahibi kendisinin de çalışmasını şart koşsa böyle bir akit fasit olur. Çünkü sermaye sahibinin beraber çalışmayı şart koşmasının anlamı, malın elinde kalmasını şart koşmasıdır. Bu durumda da mudaribin tasarruf imkanı engellenecektir ve akitten gözetilen maksat hasıl olmayacaktır.

Mudarebe, zaman, mekan ve yapılacak ticaretin türü ile satıcı ve alıcıyı belirlemek gibi sınırlar içerisinde olursa buna ***mukayyed mudarebe***, herhangi bir sınırlama olmaksızın akt edilirse de buna ***mutlak mudarebe*** denir.

Örnek vermek gerekirse sermaye sahibi (rabbü’l-mal) sermayeyi işletecek / çalıştıracak kimseye (mudarib) belli bir miktar para verip bu parayı nerede

kullanacağını belirlerse, söz gelimi “şu parayı al, bununla falan kişiden falan marka bir otomobil satın al, sonra onu sat, elde edilecek kar aramızda yarı yarıya ortak olsun” derse bu mukayyed mudarebedir. Çünkü sermaye sahibi, verdiği sermayenin kullanılacağı alanı sınırlamıştır. Ancak rabbu’l-mal mudaribe “şu parayı al, sermaye olarak işlet, elde edeceğin kar aramızda ortak olsun” derse bu mutlak mudarebe olur.

Belirli bir süre için çalışma veya belirli kişilerle alış-veriş yapma şeklindeki şartlı mudarebe, Ebu Hanife ve İmam Ahmed’e göre caiz olup İmam Malik ve İmam Şafi’ye göre caiz değildir. “Fılan kişi benim ondan alacağım olan miktarı sana getirir ve sana teslim ederse, onunla mudarebe yap” şeklindeki mudarebenin şarta bağlanmasını Hanbelîlere caiz kabul ederken Hanefîlerle Malikî ve Şafiîler caiz kabul etmemektedirler. Çünkü mudarebe kârdan belli bir kısmın mülk olarak verilmesini ifade eder. Temlik ise başka bir şarta bağlanmayı kabul etmez.

Sermaye sahibi, sermayesinden dolayı kârı hak eder çünkü kâr onun sermayesinin artışıdır. Çalışan kişi de kârın var olmasının sebebi olan emeği itibariyle kârı hak eder. Kârın tümü sermaye sahibine şart koşulacak olursa bu akit **mubadaa** olur. Eğer kârın tümü çalışan kişiye tahsis edilecek olursa bu da bir **karz** olur. Sermaye bir kişiye ait olabileceği gibi birçok kişiye de ait olabilir. Meydana gelecek zarar ise sadece mal sahibi tarafından karşılanır.

Fukahanın önemli bir kısmı mudârebeyi ticarete veya onunla bağlantılı işlemlere münhasır kılar, bunun haricindeki muamelelerin şart koşulmasını fesad sebebi sayar. Bu anlayışa göre kendi inisiyatifiyle ticaret dışındaki alanlara yatırım yapan mudârib sermaye kaybından sorumlu olur. Ancak uygulamada tüccarın sanayiciye imalât yapması için sermaye sağlaması şeklindeki mudârebe çeşitlerine de rastlanmaktadır. Hanbelîler, iki taraf arasında birbirinin şartı kılınmaksızın mudârebe yanında istisna' gibi akidlerin ayrı ayrı kurulabileceği kanaatindedir. Erken dönem Hanefî hukukçuları tüccarın yaygın teamülüne binaen sermayenin tarım sektöründe, zamanla da mamul madde üretiminde kullanılmasına cevaz vermişlerdir. Mâlikîler ise söz konusu tarlanın düşman saldırısı veya sel baskını gibi tehlikelere kapalı olması şartıyla tarımsal üretime yönelik mudârebeyi tecviz ederler.

Mudaribi zarara da ortak eden şart, Hanefî ve Hanbelîlere göre akdin sıhhatini zedelemeksizin hükümsüz sayılır. Şafiî, Malikî ve İbâzîlerle Caferîlerin zahir görüşüne göre ise akdin tabiatına aykırı olan böyle bir şart mudarebeyi batıl kılar.

Üzerinde akit yapılan şeyden maksat kârdır. Kârın bilinmemesi ise akdin fasit olmasını gerektirir. Cumhura göre oran belirtmeksizin kârın tarafla arasında

paylaşılacağı şeklinde anlaşma yapılmışsa bölüşüm yarı yarıyadır. Çünkü ortaklık kavramı örfen eşitliği gerektirir. Eğer kârın bilinmemesi sonucunu veren bir şart bulunursa akitten maksat olarak gözetilen kârın durumunda bir hâlel meydana geleceğinden mudarebe akdi fasit olur. Şayet şart, kârın bilinmemesi sonucunu vermiyorsa şart batıl, akit sahih olur. Mesela, sermaye sahibi zararın mudarib tarafından yahut her ikisi tarafından karşılanmasını şart koşarsa şart batıl, akit sahih kalır. Zarar, rabbu'l-mal'dan gider.

Maktu bir kârın şart koşulması mudârebeyi fâsid kılar. Zira o miktarda veya daha az kazanç sağlanırsa karşı taraf bir şey alamaz, dolayısıyla kârda ortaklık gerçekleşmez. Hanefilere göre akdi yapan taraflardan birisi için şayet şu kadar miktardan fazla olur ise belli miktarda paranın şart koşulması caizdir. Çünkü bu, kârın bilinmemesi sonucunu doğurmaz. Öte yandan Zeydiyye kârın tamamına ulaşmayan maktu miktar şartını caiz görür.

Kârın tümü sermaye sahibine ayrılacak ve mudarib de bu sermayede karşılıksız olarak çalışmayı kabul edecek olursa, bu akit mudarebe olmaz. Böyle bir akdin adı ibda veya mubadaa olur, amil de bu sermayeyi ibda yapan kişi olarak kullanmış olur.

Eğer mudarebede kârın tümü mudaribe kalacak şeklinde şart koşulsa bu durumda akit Hanefilerle Hanbelîlere göre bir karzdır. Şafiîlere göre ise fasit bir mudarebedir. Bundan dolayı çalışana ecr-i misli verilir. Sermaye sahibi kârı kendisine almayı şart koşacak olsa bu şart fasit olur. Malikîlere göre amilin, kârın tümünü kendisinin olması şartını koşması caizdir.

Kâr oranı belirlenirken ondalık bir miktar yahut kârdan belli bir pay olarak tespit edilmelidir üçte bir, dörtte bir veya yarısı üzerinde ittifak etmeleri gibi. Amile, üzerinde ticaret yapılan malın kârı dışında bir miktarın tayin edilmesi caiz olmaz.

Kârdan bir fazlalık iki ortaktan birisine şart koşulacak olursa mudarebe akdi fasit olur. Çünkü amilin bir miktardan fazla kâr etmeme ihtimali vardır. Bu durumda kârda ortaklık tahakkuk etmez. Böyle bir durumda amile ecr-i misli verilmelidir.

Mudarebe ya sahihtir ya da fasittir. Her ikisinin de değişik hükümleri vardır.

Fasit mudarebelerde, Hanefilere, Şafiî ve Hanbelîlere göre mudarib olan kimsenin sahih mudarebenin gerektirdiği herhangi bir yer yapması söz konusu değildir. Masrafı hak etmez, tayin edilen kâra da hak kazanmaz. Ancak emeğinin karşılığı olarak ecr-i misli verilir. Mudarib, mudarebe sonunda herhangi bir kâr

sağlayamamış olsa da yaptığı işin ecr-i mislini alır. Çünkü sermaye sahibi onu iş görmesi için çalıştırmıştır. Dolayısıyla yapılan işin ücretini ödemesi gerekir.

Fasit bir mudarebede, mal telef olsa veya kaybolda, yemini ile birlikte mudaribin sözü muteberdir. Çünkü mal, mudaribin elinde bir emanettir.

Şafî ve Hanbelîlere göre akit batıl olsa dahi mudarib malda tasarruf edebilir. Çünkü ona bu konuda izin verilmiştir. Kârın tamamı sermaye sahibine aittir, çünkü kâr, onun mülkiyetindeki bir artıştır, zarar da kendisine aittir. Mudarib, kâr olmasa dahi yaptığı işin ecr-i mislini alır.

Malikîlere göre ise, fasit bir akitte, amilin kâr, zarar ve diğer hususlarda yapılan işin benzeri bir mudarebeye göre tespit edilir. Yapılan işte kâr meydana gelecek olursa mudaribin kârda hakkı vardır. Bunun dışında ise yaptığı işin karşılığı olarak ecr-i misli verilir.

Mudarib, rabbü'l-mâlın mücade ettiği sınırlar dışına çıkmadıkça emindir. Kendisine teslim edilen sermaye, vedâ hükmündedir. Çünkü mâlikinin izniyle ve emânet şartları dâhilinde kabzetmiştir. Rabbu'l-mâlın emriyle sermayede tasarruf etmesi halinde rabbu'l-malın vekili olur. Tasarrufu neticesinde mudarib kâr ederse akid mûcebince rabbü'l-malın ortağı olur.

Mudarabe-i mutlakada mudarib tasarruflarında hürdür. Kâr kazanmak için istediği tasarrufu yapabilir. Şirket lehine borç edecek olursa akid, şirket-i vücûha dönüşür. Mudarib, tasarruf masraflarını şirket malından karşılar.

Mutlak mudarebede, mudarib, kâr elde etmek için sermaye ile alış-veriş yapabilir. Satın alırken maruf ölçülere bağlıdır ve satın aldığı şeyin kıymetinin misli ile veya inanların aldanabileceği kadar bir fark ile (gabn-ı yesir) alabilir. Satışa gelindiğinde, Ebu Hanife'ye göre nakit olarak veresiye ve fahiş gabn ile satış yapabilir. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise ne veresiye ile satabilir ne de fahiş gabn ile satabilir. Şafîler, Malikîler ve Hanbelîler de bu görüştedirler. Ancak Hanbelîler, mudaribin peşin ve vadeli olarak satma hakkının olduğunu kabul ederler.

Mudarib, malı bir başkasına ibda yoluyla verebilir. Malikîlere göre ise mudaribin, sermaye sahibinden izin alması gerekir. Aksi takdirde tazminatını öder.

Mudaribin, bir başkası ile mudarebe yapması, sermaye sahibi ona yetki vermediği müddetçe caiz değildir. Ebu Hanife'ye göre birinci mudarib, ikinci mudaribe malı verdikten sonra ikinci mudarib kâr sağlamazsa birinci mudaribe tazminat gerekmez. Kâr sağlayacak olursa birinci mudarib sermaye sahibine tazminat öder. Ancak kârdan önce tazminat söz konusu değildir. Şayet mal kârdan önce ikinci

mudaribin elinde telef olursa emanetlerin telef olması gibi telef olur. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise ikinci mudarib çalışmaya başladıktan sonra kâr elde etsin etmesin mal, birinci mudarib tazminatı altındadır. Çünkü ikinci mudarib çalışmaya başlayınca, sermaye sahibinin izni olmadığı halde birinci mudarib maldaki tasarruf imkanını kaybeder. O taktirde kâr sağlansın, sağlanmasın malı tazminatı altında tutması belirlenmiş olur. Sermaye sahibi, sermayenin tazminatını dilerse birinci mudaribe, dilerse de ikinci mudarbe ödetir.

Mudarabe-i mukayyede mudarib, akitteki kayıt ve şartlara bağlı kalır, tasarruflarında hür değildir. Bu şartlara riayet olunmadığı takdirde-sahibinin izni olmadan mal üzerinde tasarrufta bulunduğu için- gâsıbolur. Dolayısıyla gasb hükümleri cereyan eder.

Herhangi bir kusur olmaksızın meydana gelen zarardan dolayı mudaribe zaman lazım gelmez. Çünkü tasarruf konusunda rabbu'l-malın vekilidir.

Mudarabe malına gelen zararlar öncelikle hâsıl olan kârdan tazmin edilir, sermayeye dokunulmaz. Zarar, kârdan fazla olursa kâr tamamen verildikten sonra artakalan zarar sermayeden kapatılır. Mudarib ayrıca bir tazminat ödemez. Yani mudarib kâr ve amelin, rabbu'l-mal kâr ve sermayesini kaybeder.

Hanefî ve Hanbelîlere göre zararın mudaribe yüklenmesi şartı bâtıl olup herhangi bir hüküm ifade etmez, akit ise sahihtir. Malikî e Şafiîlere göre ise akit batıl olur. Çünkü sermaye sahibi, akdin tabiatına aykırı düşen fazladan bir garar şartını koşmaktadır.

Hangi aşamada olursa olsun sermayenin tamamına varan kayıp hallerinde sözleşme son bulur. Akid sonrasındaki kısmî kayıp ve zararlar ise tahakkuk ettiği aşamaya göre farklı hükümlere tâbidir. Akdin ardından sermayedarın elinde ve mudâribin hiçbir dahli olmaksızın meydana gelen kayıptan sermayedar sorumludur. Bu kayıp önemli bir yekûn tutacak düzeydeyse işletmeci, geri kalan kısmın planladığı ticareti yapmaya yetmeyeceğini düşünerek akdi feshedebilir. Fakat akdin devamından yana tercihte bulunursa şirket sermayesi kalan kısımla sınırlı olur. Mudâribin eline geçtikten sonra henüz şirket faaliyete başlamadan doğan kısmî kayıpların hükmü ise tartışmalıdır. Bir yaklaşıma göre bu da önceki durumdan farksızdır. Diğer görüşe göre sermaye âmilin kabzıyla birlikte şirkete ait olur ve onun tasarrufundan önceki kayıplar işletme zararı sayılarak sonraki kârdan kapatılır. Bu son yaklaşıma göre sermaye işletilmeye başladıktan sonra henüz mudâribin elindeyken mücbir sebeplerle herhangi bir kayıp veya vade sonunda işletme zararı ortaya çıkarsa önce kârdan

karşlanır, kâr yetmezse mudârib emeği karşılığında bir şey almayarak, sermayedar da ana parasından mahrum kalarak zarara katılmış olur. Yatırımcının sermayesi kadar yükümlü sayılması iktisat tarihinde sınırlı sorumluluk kavramının doğuşu olarak bilinmektedir.

Sahih mudârebede işletmecinin mûtat şahsî masraflarını şirketten alıp alamayacağı konusu tartışmalıdır. Hanefî, Mâlikî ve Zeydîler'e göre akdin kurulduğu belde dışında çıkacağı iş seyahati esnasında içtimaî konumuna ve yörenin âdetlerine uygun olarak israfa kaçmadan yaptığı masrafları alabilir. İşleri aslî ikametgâhının bulunduğu beldeye gidip orada kalarak veya bir başka yere yerleşerek yürütürse özel harcamalarını kâr payına mahsuben yapar. Hanefîler'e göre şirket zarar etmişse mudârib kendi bütçesinden karşılamış olduğu şahsî giderlerini artık sermayedardan tahsil edemez. Hatta bundan kaynaklanan borcu kendisi, işle ilgili harcamalardan doğan borcu sermaye sahibi üstlenir. Mudârib şahsî parasını da şirkete katarak veya ayrıca çalıştırırsa özel masrafları iki ana malın birbirine oranına göre paylaştırılır. Sermayedar âmile bizzat eşlik eder veya hizmetçilerini ya da hayvanlarını onun hizmetine verirse bunlar için yapılan harcamaları kendi bütçesinden karşılar. Fasit mudârebede de -ecir konumuna düştüğü için- âmilin özel giderleri şahsına aittir. Fıkıh eserlerinde mudâribin devlet görevlilerine rüşvet vermek zorunda kalması örneğine kadar hemen bütün ihtimaller üzerinde durulması, şirket hesaplarının gider kalemlerinin ilgili meselelerin halline yarayacak ölçüde ayrıntılı tutulduğu izlenimi vermektedir.

Hanefî ve Mâlikîler kârın taksiminden önce yatırımcının şirketten avans çekmesine cevaz vermez; mudâribin rızasını almaksızın sermayenin bir kısmını nakit olarak çekmesi veya uruz cinsinden çekip paraya çevirmesi akdi bâtil kılar. Sözleşme düzenlenirken âmilin yılsonunda elde edilecek kâra mahsuben avans kullanması kararlaştırılabilir. Şafîî, Hanbelî, İmâmî ve Zeydîler karşılıklı rıza bulunması durumunda iki tarafın da avans almasını tecviz ederler. Ancak Şafîîler mudâribin rızası olmadan çekilen miktarın sermayeden düşüleceği kanaatindedir. Cumhura göre sermayedar şirket malını itlaf ederse bu miktar ana paradan düşülür, kazançtan telef olan kısım için de âmilin payını tazmin eder.

Sermayedar şirketin kâra geçmesiyle kâr payına hak kazanırken mudarib, sermayenin iadesi ve kazancın paylaşımı gerçekleştikten sonra kendi hissesine sahip olur. Fesih durumunda ana para iade edilir, ardından kâr paylaştırılır. Kâr taksimi sermayedarın huzurunda yapılmalıdır. Kâr bölüşülür, ancak ana para geri verilmezse

mudarebe devam ediyor sayılır; bu durumda sermaye kısmen veya tamamen telef olur yahut mudarib onunla yeni iş yapıp zarar ederse kâr hiç bölüşülmemiş sayılır. Sermayedarın aldığı miktar ana paraya mahsup edilir, mudaribin hissesine düşen zimmet borcu olur ve varsa kazançtan geriye kalan kısım yeniden paylaşılır. Eğer taksimden önce işletmeci kârdan kendi hissesini ayırmışsa bakiyedeki muhtemel telef ortaklaşa üstlenilir. Ancak Zeydîler'e, Hanbelîler'den gelen bir rivayete ve müsâkâta kıyasta bulunan bazı Şâfiîler'e göre kâr edildiği, belli olmuşsa mudarib kendi payını alabilir; ama onun üzerindeki mülkiyeti ancak paylaşımından sonra kesinleşir. Teoride mudarebe bir defalık sözleşme olsa da uygulamada uygun zamanlarda muhasebeye dayalı temettü dağıtımını yapıp akdin sürdürüldüğü görülmektedir.

Mudarib, mudarebe malının nerede bulunduğunu bildirmeden vefatetse, sermaye terekesinden alınır. Rabbü'l-mâl bir kişiden fazla olursa, ortaklığa eşit şekilde mal katmaları halinde alacakları kâr nispetleri de eşit olur.

Mudarib, rabbu'l-malın izni olmadan tasarrufta bulunamayacağı gibirabbu'l-mal da mudaribin izni olmadan tasarrufta bulunamaz.

Mudarebe, fesih, tasarrufu yasaklamak veya azletme ile –mudarib azilden veya fesihten haberdar olursa– batıl olur. Fesih ve yasak anında sermayenin paraya dönüşmüş olması gerekir ki rabbu'l-mal ile mudarib arasında kâr ortaya çıkmış olsun. Şayet sermaye, ticaret malı olarak duruyorsa azletme sahih olmaz.

Mudarib, fesih ya da azilden habersiz olarak sermayede tasarrufta bulunursa tasarrufu caizdir. Azilden veya fesihten haberdar olmasına rağmen paraya dönüşmemiş olan sermayeyi satıp nakde çevirebilir, sermaye sahibi de buna engel olamaz. Çünkü engel olması halinde amilin hakkını engellemiş olur.

Sermaye sahibi veya mudarib öldüğü zaman mudarebe batıl olur. Mudarib, sermaye sahibinin ölümünden haberdar olsun veya olmasın mudarebe batıl olur. Çünkü ölüm, hükmî bir azildir. Sermayedar öldüğünde sermaye nakit halde değilse veya borç, emanet yahut alacak varsa mallar paraya çevrildikten veya borçlar kapatıldıktan, alacaklar toplandıktan sonra mirasçılarla hesap kesilir. Hanefîler'e göre sermaye işletilmeye başlandıktan sonra mudarib ölmüşse şirketin tasfiyesini onun mirasçılarıyla sermayedar birlikte yürütür. Malikîler'e göre ise akitleşen iki taraftan birinin ölmesiyle mudarebe son bulmaz. Mudaribin ölmesiyle sermaye vasilerine kalabileceği gibi vasileri güvenilir birini de vekil olarak gösterebilirler. Aksi taktirde ortaklığın bütün varlıkları sermayedara bırakılır. Şâfiî ve Hanbelîler tasfiyenin,

yatırımcı izin verirse mudaribin mirasçılarınca, aksi halde mahkemenin tayin edeceği bir vasi tarafından yürütüleceğini söyler.

Âmil, şirketin durumuyla ilgili hiçbir bilgi veya belge bırakmadan ölmüşse Hanefî ve Hanbelîler'e göre sermayenin aynı bulunmasa bile bekasına hükmedilerek misli vedîa gibi terekesinden alınıp sermayedara aktarılır. Helak olduğu ihtimalini de göz Önünde tutan Şâfiîler ise terekeye bir şey terettüp etmeyeceği görüşündedir. Mâlikîler mudaribin üzerinde emanet ve borç yükü olduğu halde ölmesi, sermaye ve emanetin aynıyla mevcut bulunmaması durumunda terekesinin mudarebenin tarafları, mudiler ve alacaklılar arasında paylaştırılacağı kanaatindedir.

Akit taraflarından birisi, Şafiîlerin dışındakilere göre, eğer mutbık olmayan bir şekilde delirecek olursa mudarebe batıl olur.

Ebu Hanife'ye göre irtidat, ölümle eş değerdedir ve sermayedar irtidat ederse mudarebe batıl olur. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise sermayedar irtidat ettikten sonra ölür veya öldürülürse veya daru'l-harbe iltihak eder ve hakim tarafından da iltihak ettiği hükmü verilirse mudarebe batıl olur. Mudarib, dinden çıksa dahi mudarebeye etki etmez.

2. ZİRAAT ORTAKLIĞI (MÜZÂRAA)

Mûzaraa: "Zer'" kökünden türetilmiş, müfaale babında bir lafız olup, sözlükte tohum ekmek, tarla sürmek, ziraat yapmak gibi manalara gelir.

Şer'an elde edilen mahsulün bir kısmı üzere yapılan bir akit“ anlamında kullanılan müzarra lafzını Elmalılı Hamdi Yazır: „Mûzaraa, ekincilik hususunda yapılan bir akiddir. Bir taraftan arazi, diğer taraftan da çalışma olmak üzere, alınacak mahsulün aralarında bölüştürülmek kaydıyla bir türlü ortaklık yapmaktır şeklinde tanımlar. Ebu Hanife'ye göre müzaraa şirketi fasit bir ortaklıktır. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed göre ise müzaraa belli şartlarla sahih olan bir akiddir.

Malikler ekinde ortaklıktır şeklinde tanımlarken; Hanbelîler „araziyi, orayı ekecek veya üzerinde çalışacak kimseye mahsulün aralarında paylaştırılması şartıyla vermek“ biçiminde tanımlarlar. (zuhayli,115)

Mecelle'de müzaraa şöyle tanımlanmıştır: “Bir taraftan arazi, diğer taraftan çalışma, emek konulmak suretiyle çıkacak ürünün belirli nisbet dahilinde paylaşılması şartı ile yapılan bir ortaklık anlaşmasıdır” (Mecelle, madde,1431)

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre bu tür bir ortaklık meşru bir şirkettir. Bu hususta Hz. Peygamber (s.a.s)’in fiili uygulamalarını hüccet olarak gösterirler. Söz gelimi Hz. Peygamber, Hayber fethedildiği zaman, o yörede oturan Yahudileri topraklarında bırakmış ve onlarla, çıkacak ürünün yarısı karşılığında müzâraa ve müsakat akdi yapmıştır. Ebû Hanîfe, Hayber Yahudilerinden alınan bu ürünlerin, gayri müslimlerden alınan bir haraç vergisi niteliğinde olduğunu müzaraanın fasid bir akit olduğunu söyler. Çünkü müzaraanın yasaklandığına dair de hadisler mevcuttur.

Sahabenin en önde gelenleri topraklarını ziraat ortaklığı yoluyla işletmiş olmaları ve onlara karşı çıkan bulunmaması sebebiyle sahabenin müzaraa akti konusunda icma ettikleri iddia edilmiştir.

Hanefilere göre; muzaraa akdinin rûknü icap ve kabuldür. Bu da, arazi sahibi olan kimsenin âmîle (arazide çalışacak olana) şöyle demesidir: “ben sana şu araziyi, şunun karşılığında müzaraa yapmak üzere veriyorum”. Buna karşılık âmîl de: “kabul ettim” yahut “razı oldum” der veya kabul ve rızasına delalet edecek ifadeler kullanır. İşte bu şekilde icap ve kabul gerçekleştiğinde, aralarında akit tamamlanmış olur. (zuhayli, 117)

Böyle bir akitte *arazi sahibi* veya *malik*, *amil* veya *ekim yapacak kişi* ile *akit mahalli* olmak üzere üç taraf vardır. Akit mahalli arazinin menfaati veya amilin emeği şeklinde ortaya çıkar. Hanefilere göre müzaraa akdi başlangıçta bir icare aktidir, nihayetinde ise bir ortaklıktır. Eğer tohum amil tarafından ise üzerinde akit yapılan konu arazinin menfaatidir. Eğer arazi sahibinden ise üzerinde akit yapılan konu amilin menfaatidir.

Hanbelîlere göre; müzaraa ve müsakat akdinin lafzen kabule ihtiyacı yoktur. Vekilin durumunda olduğu gibi kabul ederek işe başlaması yeterlidir.

İslam hukukçuları Müzaraa şirketinin sahih olabilmesi için sekiz şart ileri sürmüşlerdir. Bunlar bulunmaz ise müzaraa fasid olur.

1. Müzaraa akdini yapanların akıllı olmaları şarttır. Ehliyeti haiz olmayan kimselerin hiçbir akdi sahih değildir. Müzaraaya ehliyet akıllı olmakla tahakkuk eder. İzinli köle ve izinli mümeyyiz müzaraa akdi geçerlidir. Ebu Hanîfe’ye göre, ziraatçının mürted olmaması da gerekir. İmameyn’e göre ise, bu müzaraamn şartından değildir. Mürtedin, hâli hazırdaki ziraatçılığı geçerlidir.
2. Ziraate yeterli bir müddetin dile getirilip tayin edilmiş olması şarttır. Belirsiz bir müddete müzâraa akdi sahih olmaz. Bu müddet açıklanmalı ve

bidayeti, nihayeti belli olmalıdır. Şayet açıklama yapılır ve müddet de, mevrûatın yetişmesinden önce olursa (yâni ziraat mahsûlü yetişmeden, müddet bitecek olursa) bu müzaraa fâsid olur. Keza, müddet beyan edildiği zaman, birisi hayatta yoksa veya onun temsilcisi yoksa; bu akid de caiz olmaz. Zahirîlerin görüşü böyledir.

3. Müzaraa akdinde tohumun kimin tarafından verileceğinin açıklanması şarttır. Tohumu kim tarafından verileceği belli olmazsa, iki taraf arasında anlaşmazlığa (nizaa) yol açar.
4. Müzaraa ortaklığında tarlaya ne ekileceğinin belirtilmesi veya çiftçiye ne dilerse ekme hususunda geniş salâhiyet verilmesi şarttır. Zira, ümit edilen fayda tohuma göre değişir, hatta bazı tohum yere zararlı bile olur. Bu sebeple arazi sahibinin buna rıza göstermesi lâzımdır.
5. Müzaraada akdi yapanların çıkacak mahsuldeki hisselerinin yarı, ikili, birli gibi cüz'ü şâyi olarak tayini şarttır. Eğer böyle bir hisse belirtilmeyecek olursa veya çıkacak mahsulden şu kadar kile diyerek kesin bir tayin yapılırsa müzaraa sahih olmaz.
6. Müzaraada arazinin ziraate elverişli olması şarttır. Arazi taşlık veya çorak durumda olursa, ziraate elverişli değildir. Bu takdirde yapılacak müzaraa ise fasid olur.
7. Müzaraa ortaklığında ekilecek arazinin çiftçiye teslimi şarttır.(Zira, çiftçinin iş görebilmesi böyle bir teslime dayalı bulunmaktadır.
8. Müzaraa akdinin neticesinde hasılat meydana gelince, akdi yapanların ortak sayılmaları şarttır. Çünkü müzaraa, başlangıçta icare, sonunda şirket mahiyetindedir. (Bilmen; 7 c. 1. Bölüm)

İcap-Kabul rükünleri çerçevesinde yapılacak bir müzaraa şirketi yedi şekilde gerçekleşebilir, bunlardan üçü sahih, dördü fasit akitlerdir:

1 - Arazi ile tohum bir taraftan, iş görme ile hayvanlar diğer taraftan olmasıdır. Bu müzaraa şekli sahihtir. Çünkü bunda iş üzerine kiralama yapılmış olur, hayvan ise iş görenin aletidir.

2- Arazi ile tohum ve hayvan bir taraftan, iş görme de diğer taraftan olmak üzere yapılan bir akiddir. Bu şekildeki müzaraa da sahih olup, arazinin sahibi kendi aletleri ile iş görmesi için çalışacak olanı isticar etmiş olur.

3- Arazi bir taraftan; iş, tohum ve hayvan, diğer taraftan olmak üzere yapılan müzaraadır. Bu şekilde müzaraa da sahihtir.

4- Arazi ile hayvan bir taraftan, iş ile tohum diğer taraftan olmak üzere yapılan sözleşmedir. Bu müzaraa şekli fasiddir.

5- Arazi ile işçilik bir taraftan, tohum ile hayvan da diğer taraftan olmak üzere yapılacak sözleşmedir. Bu şekil de fasiddir.

6- Arazi ile tohum ve işçilik bir taraftan, hayvan ise diğer taraftan olmak üzere yapılacak akiddir. Bu şekil de fasiddir.

7- Arazi ile iş ve hayvan bir taraftan, tohum da diğer taraftan olmak üzere yapılacak sözleşmedir. Bu şekil de fasiddir.

Müzaraada amil emin konumunda ve elindeki ürünler emanet hükmünde olduğundan ihmal ve kusuru olmaksızın meydana gelen kayıplardan sorumlu değildir. Amilin -yapılması gereken işi geciktirme gibi- ihmali sürekli olmayıp geçici ise ve bu gecikme örfen olağan ise zararı tazmin etmesi gerekmez; mutadî aşan gecikme tazmini gerektirir. Malikîlere göre de amil şart koşulan veya örfen yapması gereken bir işi yapmazsa bu yüzden oluşacak ürün kaybını tazmin eder. Müzaraanın devri mezhepler arasında ihtilaflı bir konu olup Hanefilere göre tohumu tarla sahibi vermişse başkasına devir için onun izni gerekir. Amil temin etmişse gerekmez. İmam malik'e göre arazi sahibi izin versin vermesin amilin burayı güzenilir birine yarıcılığa vermesi caizdir. Şâfiî mezhebinde sözleşme sırasında bizzat işlemesi şart koşulmamışsa amilin toprak sahibinin iznini almaksızın başkasına müzaraaya verebileceği kabul edilir. Hanbelî mezhebinde Hanefilerinkine yakın bir anlayış benimsenmiş olup arazi sahibinin rızası esas alınır. (DİA, c 32, s 235)

2.1. Muzaranın Halleri

Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre müzaraanın üçü sahih, biri de batıl olmak üzere dört hali vardır.

1. Arazi ve tohum birisinden, emek, hayvan ziraat aracı da ötekinden olması hali: Böyle bir müzaraa caizdir. Bu durumda arazi ve tohumun sahibi amili ücretle tutmuş kabul edilir. Araziyi sürmek için kullanılan hayvan vs. de ona tabi olur. Çünkü hayvan çalışmanın bir aracıdır.
2. Arazinin bir kişiye, hayvan, tohum ve emeğin bir başka kişiye ait olması hali: Bu durumda da müzaraa akdi caizdir ve amil kişi araziye oradan elde edilecek ürünün bir kısmı mukabilinde kiralamış olur.

3. Arazi, hayvan ve tohumun bir kişiye, emeğin de bir başka kişiye ait olması hali: Bu durumda da müzaraa akdi caizdir ve bu takdirde arazi sahibi amili araziden çıkan ürünün bir kısmı mukabilinde ücretle tutmuş olur.
4. Arazi ve hayvanın bir kişiye, tohum ve emeğin de ötekine ait olması halinde ise müzaraa akdi, zahir rivayete göre fasittir. Çünkü eğer akit arazinin icaresi kabul edilecek olursa hayvanın arazi sahibi tarafından sağlanmasının şart koşulması, icare akdini ifsad eder. Zira hayvanın araziye tabi kabul edilmesine imkan yoktur. Çünkü onlardan sağlanan menfaat türü farklıdır. Yani hayvandan sağlanan menfaat araziden sağlanan menfaat türünden değildir. Çünkü arazi tohum ekmek ve ekin bitirmek içindir. Hayvan ise çalışmak ve araziyi sürmek içindir.

Eğer bu durumda akit, amilin ücretle tutulması şeklinde kabul edilecek olursa, onun tohumu vermesinin şart koşulması da akdi bozar. Çünkü tohum böyle bir durumda ona tabi bir şey değildir.

Hanefilere göre, sahih müzaraanın hükümleri şunlardır:

1. Tohum ve koruma masrafları gibi ekinin ıslahı için gerekli duyulan müzaraaya ait bütün işler ekimi yapana aittir. Çünkü akit bunları kapsamına almaktadır.
2. Gübre, otların temizlenmesi, hasat, ekinin dövülmesi gibi ekin için gerekli olan tüm masraflar, her birisinin üründen alacağı pay oranında akdi yapan taraflara aittir.
3. Araziden elde edilen mahsul, akdi yapanlar arasında ittifak edilen şarta göre pay edilir. Çünkü peygamber(S): “Müslümanlar şartlarına bağlı kalırlar” buyurmuştur. Şayet araziden herhangi bir mahsul alınamayacak olursa akdi yapanlardan birisinin ötekinden alacağı bir şeyi olmaz. Amil her hangi bir şey alamaz, çünkü o elde edilen ürünün birr kısmı karşılığında ücretle tutulmuştur, ürün de elde edilememiştir. Bu durum fasit müzaraanın aksinedir. Fasit müzaraada, eğer araziden her hangi bir ürün alınamayacak olursa amilin ecir misil (karşılığını) alması gerekir. Aradaki fark şudur: sahih olan akitte ödenmesi gereken miktar, tayin edilen miktardır. Bu da elde edilen ürünün bir kısmıdır. Şayet ürün elde edilmeyecek olursa, her hangi bir şeyin ödenmesi gerekmez. Fasit olan müzaraada ödenmesi gereken miktar ise yapılan işin ecir mislidir. O da elde edilen üründe değil

(arazi sahibinin) zimmetindedir. Ürün elde edilmemesi bu ecri mislin zimmette vacip olarak bulunmasını engellemez.

4. Hanefiler, “ müzaraa tohum sahibi için lazım değildir. Akdi yapan öbür taraf hakkında ise lazımdır” demişlerdir. Bu kişinin açıklayacağımız üzere bir özürlü olmadıkça müzaraa akdini feshetmesi caiz değildir. Şayet tohum sahibi çalışmaktan kaçınacak olursa bunun için mecbur tutulmaz. Tohumu koymayan kişi kaçınacak olursa hakim tarafından çalışmaya mecbur edilir. Çünkü bu akitten dolayı kendisine herhangi bir zarar gelmez. Akit ise icare ayarında lazım bir akittir. Ancak ortada icare akdinin feshedilmesine sebep teşkil edecek bir özür bulunmakta ise bu özür sebebiyle müzaraa akdi de feshedilebilir. Bu şekilde akdi yapan taraflar arasında fark görülmesinin sebebi de şudur: tohumu koyacak kişinin akdi yerine getirmesi ancak mülkiyetinde olan tohumu toprakta telef etmesiyle mümkün olur. O bakımdan tohumu koyacak kişi hakkında tohumu toprağa atma işine başlaması istenerek akdin lazım olmaması gerekir. Çünkü hiçbir insan mülkünü telef etmeye mecbur edilemez. Akdin öbür tarafının ise mülkünü her hangi bir şekilde telef etmesi söz konusu değildir. O bakımdan onun böyle bir akde başlaması nun hakkında lazımdır.
5. Toprağın sürülmesi ve sulanması: eğer bu konuda ittifak edilmiş veya şart koşulmuş ise bu şart kim hakkında koşulmuş ise onun tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Şayet bu konuda bir ittifak söz konusu değilse mutaat olan müzaraa akitleri gereğince akdi yapanlardan birisi buna mecbur edilir. Şayet arazi yağmur suyu ile sulanıyor ise herhangi bir kimse sulamak için mecbur edilemez. Öyle bir durum söz konusu değilse mutaat olana göre hareket edilir. Eğer ekimi yapan sahih müzaraa akdinde arazinin sulanmasında ekinin telef olmasına sebep teşkil edecek şekilde kusurlu hareket edecek olursa bu konuda kendinin çalışması gereğinden dolayı tazminat öder. Böyle bir tazminat, emanetlerin muhafazası konusunda kurslu hareket edenin vereceği türden bir tazminattır. Çünkü arazi onun elince bir emanettir. Ancak fasit müzaraada herhangi bir tazminat ödemez.
6. Elde edilen ürün ile ilgili zikredilen şarttan fazlasını vermek veya indirmek caizdir. Bu konudaki kaide şöyledir: kendisi hakkında yeniden akit yapılma ihtimali olan her şeyde fazlalık ihtimali de olur. Böyle bir

ihtimal yoksa olamaz. Her iki durumda ise indirmek, her zaman için caizdir. Satış akdinde semen (tesbit edilen değer) de yapılan ziyade gibidir. Amil hasat sonrası arazi sahibinin payından bir fazlalık ister ve tohum da amil tarafından konulmuş olursa caiz değildir. Çünkü ücret için istenen fazlalık müzaraa işinin sona ermesinden ve üzerinde akit yapılanın – ki o da menfaattir- elde edilmesinden sonra gerçekleşmiştir. Bu ise caiz değildir. Çünkü hasattan sonra böyle bir akit yapılacak olsa caiz olmaz o bakımdan hasat sonrası istenen bu fazlalık da caiz değildir. Şayet bu durumda amile arazi sahibi tarafından fazlalık verilecek olursa caiz olur. Çünkü bu arazi sahibinin hak etmiş olduğu miktardan yapılan bir indirimdir; bu indirim ise üzerinde akit yapılanın var olmasını gerektirmez. Şayet tohum arazi sahibi tarafından konulmuş ve hasattan sonra amilin payından bir artış olursa, hüküm, tarla sahibi tarafından yapılacak bu fazlalığın caiz olmaması şeklindedir. Çünkü üzerinde akit yapılan şeyin istifasından sonra böyle bir artış söz konusu olmuştur. Ancak müzariin böyle bir fazlalık yapması caizdir. Çünkü bu kendisinin hak ettiği ücretten bir indirimdir. Şayet fazlalık akdin her bir tarafını teşkil eden kişilerce hasattan önce meydana getirilecek olursa caizdir.

7. Ekinin yetişmesinden önce akdi yapanlardan birisi ölecek olursa ekin yetişmesine kadar bırakılır ve bu durumda amilinin üzerine her hangi bir şey icap etmez. Çünkü müddetin devamı ile icare akdi de devam etmektedir.

Hanefîlere göre; fasit muzaraanın da bir takım hükümleri vardır:

1. Müzari (ekimin yapan amil)'in müzaraa işlerinden herhangi bir şey yapması gerekmez. Çünkü bu işleri yapmak o akit sebebiyle kendisine icap etmiştir. Akit de zaten sahih olmamıştır.
2. Meydana gelen ürünün tümü tohum sahibine aittir. Bu tohumu ister arazi sahibi koymuş olsun isterse ekimi yapan müzari (amil-çifçi) yapmış olsun. Çünkü o, bu ekine mülkünün artışı olması sebebiyle hak kazanmıştır. Koşulan şart dolayısıyla değil Malikîlerle Hanbelîler bu hükümde Hanefîlerle ittifak halindedirler.
3. Şayet tohum arazi sahibi tarafından verilmiş ise müzaraa akdinin fasit olması sebebiyle müzari (amil-çifçi) amelcinin ecri misline hak kazanır. Eğer tohum amil tarafından konulmuş ise o takdirde arazi sahibine

arazinin ecri mislini ödemesi gerekir. Çünkü her iki halde de akit bir icti'car olur. Birinci halde mahsulün tümü arazi sahibi için helaldir. Çünkü bu, onun malı olan tohumu yine onun mülkü olan arazide artması demektir. İkinci halde ise ürünün tümü müzari için helal değildir. O bu üründe sadece tohumu kadar ve arazinin ecri misli kadarını alır. Artanı da tasadduk eder.

4. Araziden hiçbir mahsul alınmayacak olsa dahi müzari tarafından arazinin konulmasından sonra fasit müzaraa akdinde ecri misil gerekir. Çünkü müzaraa bir icare aktidir. Fasit icarede ücret ise ancak gerçek manada kullanma sebebiyle vacip olur. Sahih müzaraada ise arazi herhangi bir ürün vermeyecek olursa herhangi birisinin ötekine bir şey ödemesi gerekmez.
5. Fasit müzarada ecri misil Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre belirtilen ücret miktarını geçemez. Çünkü böylelikle her iki tarafın da rızası ile mümkün olan miktar kabul edilerek amel edilmiş olur. Ayrıca amel bu miktarı almaya kabul etmiştir. İmam Muhammed'e göre ise miktar ne olursa olsun ona ecri misil ödenmesi gerekir. Çünkü sağlanan menfaatlerin kıymeti bu ecr-i misildir. O ise fasit bir akit ile bir takım menfaatler sağlamıştır. Onların kıymetlerinin ödenmesi gerekir. Çünkü bunların misilleri olmaz. (ZUHAYLİ, 123-126)

2.2. Ziraat Ortaklığının (Müzaraa'nın) Sona Ermesi

Müzaraa'nın sıhhat şartlarını izah ederken; "Müddet tayin etmenin" şart olduğunu zikretmiştik. Dolayısıyla müddetin dolmasıyla; ortaklık sona erer. Ayrıca; taraflardan birinin delirmesi veya vefatı hallerinde de, müzaraa kendiliğinden sona erer. Bu iki hal; tarafların iradelerinin dışında zuhur eder. Gerek arazi sahibinin, gerek işleticinin; bazı şartlara riayet ederek akdi feshetme hakları da mevcuttur. Şöyle ki; arazi sahibinin acil ödenmesi gereken bir borcu çıkar ve tohum ekilmeden tarlayı satma arzusunu ızhar ederse, müzaraa'yı feshedebilir. Bunun dışında; işleticinin meydana gelecek mahsulü çalabileceği, zann-ı galiple ortaya çıkarsa, feshetme hakkı vardır. İşletici, hastalanır, sefere çıkar veya başka bir işle meşgul olmayı düşünürse, müzaraa'yı feshedebilir. Dikkat edilecek husus; hem arazi sahibinin, hem işleticinin zarara uğramamasıdır. Zira Resûl-i Ekrem (sav): "Zarar ve mukabele-i biz'zarar yoktur" buyurmuştur. Yani müslüman; kardeşine ne başlangıçta zarar verir ne de onun zararına karşılık (mukabil) zarar verir. Bu hususta asıl olan; zararın ortadan kaldırılmasıdır.

3. BAĞ-BAHÇE ORTAKLIĞI (MÜSAKAT)

Sözlükte “hayvana veya bitkiye su vermek“ anlamındaki „saky“ kökünden türeyen müsakat kelimesi fıkıh terimi olarak çıkacak ürünü belli bir oranda paylaşmak üzere meyve bahçesi veya üzüm bağı sahibiyle bunların bakım ve sulamasını üstlenecek işletmeci arasında yapılan sözleşmeyi ifade eder. (dia, c 32,s 70)

Mecelle'de: "Musakat; bir taraftan eşcar (ağaçlar) ve diğer taraftan terbiye olmak ve hasıl olan meyva aralarında (beyinlerinde) taksim olunmak üzere bir nevi şirkettir" hükmü kayıtlıdır.

Musakatın (bağ-bahçe ortaklığının) rüknü; icap ve kabuldür. 1534 Hicret'ten sonra Ensar'ın, Resûl-i Ekrem (sav)'e (muhacirlerle ilgili olarak) teklifi şudur: "Ya Resûlullah!.. Hurmalıklarımızı; bizimle muhacir kardeşlerimiz arasında taksim buyur" Bu teklifi peygamberimiz efendimiz (sav): "Hayır, öyle olmaz" cevabını verir ve izah eder. Bunun üzerine Ensar (Resûl-i Ekrem (sav)'in izahına uyarak) muhacirlere: "Terbiye ve sulama külfetini üzerinize alınız. Sizi mahsule ortak yapalım" teklifinde bulunur. Her iki tarafta "işittik ve itaat ettik" derler. Esasen Resûl-i Ekrem (sav)'in Hayber'in bağ ve bahçelerini, meyvalarının yarısı mukabilinde muameleye tabii tuttuğu da bilinmektedir. Böyle bir ortaklığa ihtiyaç olduğu malumdur.

Musakat'ın (bağ-bahçe ortaklığının) şartları; tıpkı müzaraanın şartları gibidir. Sadece "musakatta"; müddet tayin edilmese de, akid sahih olur.

Bağ-bahçe sahibi; meyvalar ortaya çıkmadan ölürse, işletici görevine devam eder. Ölenin varisleri buna engel olamazlar. Eğer işletici ölürse varisleri (işleticinin) yerine göreve devam edebilirler, ağaç sahibi de, buna engel olamaz.

Musakat; herhangi bir özre mebni olarak feshedilebilir. İşleticinin hastalanması veya işe devam edemeyecek başka bir meşru mazereti fesih sebebidir.

Müsakat için iki şart vardır: Birincisi belirli bir zamanın belirtilmesi. İkincisi çalışana meyvelerden belirli bir miktarın tayin edilmesidir. Müsakatta yapılan iş iki kısımdır: 1- Faydası meyveye dönük olan çalışma. Bu işin sorumlusu âmil (işçi) 'dır. 2- Faydası araziye dönük olan çalışma. Bunun sorumlusu da mal sahibidir.

Müsakat, bir şahsın meyvesinden belirlenen bir miktara karşılık sulamasını ve bakımını üzerine alan başka bir şahsa hurmalığını veya bağını vermesine müsakat denir.

Müsakat (sulama): Müsâkat; meyveden belli bir miktar almak üzere bağ veya hurma ağaçlarını sulayıp, hizmet etmek için bir işçiye vermek üzere yapılan akittir.

Müşakatta yapılan iş iki kısımdır: 1- Faydası meyveye dönük olan çalışma. Ağaçların sulanması, aşlanması gibi işler. Bu işin sorumlusu âmil (işçi)'dir. 2- Faydası araziye dönük olan çalışma. Kanal ve kuyuların kazımı gibi. Bunun sorumlusu da mal sahibidir.

Müşakatın meşruiyeti: Ebu Hanife dışında bütün ulema ihtiyaç duyulduğu için onun caiz olduğunu kabul ederler. Zira, Müşakatın meşruiyetine hem sünnet, hem de İcma delalet etmektedir.

Müşakatın meşruiyetinin hikmeti: Müşakatın meşruiyetinin bedeli halkın ona muhtaç olmasıdır. Müşakat'a zarar vermek ve zarar uğramak söz konusu olmaksızın halkın maslahatının korunması vardır. Bazen kişinin arazisi, ağaçları olur. Fakat onlara bakmaktan aciz olur. Onlardan istifade edemez. Arazi ve ağaç sahibi onlara bakmak için işçi tutsa işçi gerektiği gibi çalışmayabilir veya çıkan mahsûl işçinin parasını ödeyemeyecek kadar az çıkabilir.

Böylece mal sahibi zarara uğramış olur. Oysa arazi ve bahçe müşakat ahdiyle bir kişiye verilirse alan kişi -çıkan mahsule kendisi de ortak olduğu için- bütün gayretini sarfederek mahsulü arttırır. Böylece mal sahibi veya bahçeyi müşakat ahdiyle alan kişi maldan istifade etmiş olur. Bu muamelede hem mal sahibinin hem malı işleten kişinin hem de toplumun maslahatı vardır.

3.1. Müşakatın Rükünleri

1- Akid yapan iki taraf: Akid yapanların vekil olma ve vekil tayin etme ehliyetine haiz olmaları şarttır. Ancak burada mülk sahibi bizzat akdi yapıyorsa âmâ (kör) olmaması şarttır.

2- İş: Bunun da şartı akid yapan kimseye kendisine ait olmayan bir yükü yüklememektir. İşçiye tarla veya bahçenin etrafına duvar çekmesini, veya mülk sahibine sulama kanallarının temizlemesini şart koşturmak gibi. Ayrıca, akdin belli bir zaman ile tahsis edilmesi ve belirlenen zamanın, meyvenin genel olarak yetiştiği dönem olması şarttır. Onun için sonsuza dek kullanacak diye vermek, zaman belirtmeksizin mutlak olarak akid yapmak yahut meyvenin tam olgunlaşmaya başladığı zamanda akdin son bulacağını şart koşturmak veya meyve vermeyecek zamanda biteceğini şart koşturmakla böyle bir akid sahih değildir.

3- Meyve: Burada da şart olan meyvenin her ikisi için olması ve kimin kaçta kaçını, yarı yarıya ve dörtte biri gibi alacağını belirtilmesidir.

4- Siga: Mülk sahibinin, "Şu hurmalıkların şu kadarını almak üzere sana işletmeye verdim" demesi ve işçinin de bunu kabul etmesidir. Miktar belirtilmediği takdirde geleneğe göre hareket edilir.

5- İşyeri: Yani hurmalık, bağ veya bahçedir. Bunun şartı ise ekilmiş olması, belli olması, meyvenin henüz olgunlaşmamış olması ve ağaçlara bakacak işçinin olmasıdır.

Mülk sahibi ve işçiden başkasının akid yapması, Müsakat ağaçlarının hangi ağaçları kapsadığının belirtilmeyip, mesela iki bahçeden biri denilmesi, işçinin eli altında bulunmayan ağaçlar üzerinde yapılması ve meyveleri olgunlaşmış ağaçlar üzerine yapılması sahih değildir.

Sulama, kanalların temizlenmesi, aşılama, zararlı otlarla mücadele gibi her yıl tekrarı gereken işlerle meyveyi hırsızlardan, güneşten ve kuşlardan koruma gibi hususlar işçiye; bahçenin çevresine duvar örme, kanal kazma gibi her sene tekrarı gerekmeyen işler mülk sahibine aittir.

Aşılama çubukları, balta ve çapa için gerekli aletler her yıl tekrar etse bile yine mülk sahibine aittir. İşçi, meyve olgunlaşınca payını alır.

Müsakat akdi bağlayıcı bir akid olup, akid yapanlardan birinin ölümüyle son bulmaz, varislerine geçer.

KAYNAKLAR VE İLERİ OKUMA LİSTESİ

- Ali Haydar Efendi (1330): Dürerü'l-Hükkam Şerhi Mecelleti'l-Ahkam,.
Kostantiniyye,: Matbaatü Ebu'z-Ziya,
- Ansay, Sabri Şakir (1954): Hukuk Tarihinde İslam Hukuku. 2nd ed. Ankara:
Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.
- Arslan, İbrahim, Şirketler Hukuku Ders Notları
- Atar, Fahrettin, “İslam’da Şirketler Hukuku Üzerine Kısa Bir Etüd”, Diyanet
Dergisi, C. XV, S. 5-6, 1976, 261-271
- Aydın, Nurhan-Mehmet Şen, Niyazi Berk (2012): Finansal Yönetim -I. 1st ed.
Eskişehir: anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi.
- Berki, Ali Himmet (1978): Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye).
İstanbul: Hikmet Yayınları.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu,
İstanbul, 1985.
- Bülbül, Özcan (2015): Limited Şirketlerde Kar Dağıtımı, Vergilendirilmesi Ve
Muhasebesi. Yüksek Lisans. Okan Üniversitesi, Kocaeli. Sosyal
Bilimler Enstitüsü.
- Çakır, Erkan: Ticaret Hukuku Ders Notları.
- Döndüren, Hamdi, Çağdaş Ekonomik Problemlere İslami Yaklaşımlar, İklim
Yayınları
- Döndüren, Hamdi, Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, İstanbul, 1993.
- Döndüren, Hamdi, Müsakat, DİA, c. 32, s. 70-71
- el-Hafif, Ali (2018): İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri
(Eşya ve Borçlar Hukuku). With assistance of Çev. Rahmi Yaran. 4.th
ed. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı.

- el-Merginani, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi Bekrvel-Fergani: el-Hidaye Şerhi Bidayeti'l-Mübtedi,. With assistance of Muhammed Adnan Derviş. Beyrut: Daru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam.
- Feteva-i Hindiyeye , Feteva-i Alemgiriyye, Akçağ Yayınlar
- Görücü, İbrahim (2018): Ticaret Hukuku Ders Notları.
- Gözübenli, Beşir (2000): "İnan" mad. 22, pp. 260–261.
- Gulf, Théo, “Adi Şirket, Tarif ve Kuruluş”, çev. Sait Kemal Obut, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 10 Sayı: 2, 159-170.
- Hafif, Ali (2009), eş-Şerikât fi'l-Fikih İslami, el-Berdi, Kahire.
- Hafif, Ali, (2018), İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya ve Borçlar Hukuku), çev. Rahmi Yaran, 4. Baskı, Ankara.
- Halvanî, Ebu Muhammed Şemsüleimme Abdülazl b. Ahmed, Kitabu'l-Mebhut, El Yazma, Ayasofya Kütüphanesi, 1381.
- İşıktaş, Muhip Seyda: Şirketler Hukuku Ders Notları.
- İbn Abidin, Reddü'l-Muhtar, Daru Alemlî-Kutub, Riyad, 2003
- Karahan, Sami - Mustafa Çeker (2013): Ticaret Hukuku-I. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi.
- Karaman, Hayreddin (1989): "Akid" mad. 2, c.2, ss. 251–256.
- Karapınar, Hüseyin, “Müzaraa”, DİA; c. 32, s.234-236
- Karayalçın, Yaşar (1973): Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.
- Kasani, Bedai'ü's-Sana'i,
- Kayihan, Şaban (2015): Anonim Şirketler. Available online at <http://hukuk.hku.edu.tr/Dosyalar/files/Anonim%20%C5%9Eirketler%20Hukuku%20Ders%20Notu.pdf>.
- Kılıç, Ahmet: Şirketler Hukuk Ders Notları.
- Kuduri, Ebu'l-Hasan Ahmed b. Muhammed b. Cafer (1997): Muhtasaru'l-Kuduri fi'l-Fikhi'l-Hanefi,. With assistance of Tah. Kamil Muhammed Uvayza. Beyrut: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye,
- Mecelle Komisyonu (Ahmet Cevdet Paşa) (1300): Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye. İstanbul.

- Serahsi, Şemsü'l-Eimme, el-Mebsut,
Şâfiî, Muhammed b. İdris, el-Umm, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993.
Şekerci, Osman, İslam Şirketler Hukuku, Marifet yayınları, İstanbul, 1981.
Şerbasi, Ahmet, Mu'cemu'l-İktisadiyyi'l-İslami, Daru'l-Cil, 1981
Şeybânî, Muhammed b. el-Hasan, Kitabu'l-Asl el-Maruf bi'l-Mebsut,
Vezaretü'l-Evkat ve'Suunu'l-İslamiyye Devleti Katar, Daru İbn Hazm,
Beyrut.
Şîrâzî, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf el-Firûzâbâdî, 1995: el-Mühezzebe fi
Fıkhî'l-İmam Şâfiî, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut.
Tahavi, Ebu Cafer (1986): Muhtasaru't-Tahavi,. Beyrut,: Daru İhyai Ulum.
Tavîl, Muhammed (2009), eş-Şerikât ve Ahkamuha fi'l-Fıkhî'l-İslamî,
Dirasetün Mukarenetün fi's-Şerikati'l-İslamiyye, Merkezü'l-İmam es-
Sealibi, Daru İbn Hazm, Beyrut.
Türk Hukuk Kurumu (1991): Türk Hukuk Lugati. 3. Baskı. Ankara:
Başbakanlık Basımevi.
Türk Ticaret Kanunu (2011). Ankara: TBMM
Vanlı, Veliye, Ticaret Hukuku Ders Notları,
Yazır, Elmalılı Hamdi, Alfabetik İslam Hukuku ve Hukuk İstılahları Kamusu,
İstanbul, 1997.
Zebidî, Ebu Bekr b. Ali b. Muhammed el-Haddadi, Cevheretü'n-Neyyire,
Zuhayli, Vehbe, İslam Fıkhı Ansiklopedisi,