

Yayın Tarihi: 23.06.2025

TKBB

Katılım Finansı Standartları No: 7

MÜŞÂREKE STANDARDI

İÇİNDEKİLER

HÜKÜMLER.....	5
I. Müşâreke Sözleşmesi.....	5
II. Müşâreke ile İlgili Genel Hükümler	5
III. Müşâreke Sermayesi ile İlgili Hükümler.....	5
IV. Müşârekede Kâr-Zarar ile İlgili Hükümler	6
V. Müşârekenin Yönetimi ile İlgili Hükümler	7
VI. Müşârekeye İlişkin Teminatlar ile İlgili Hükümler	7
VII.Müşârekenin Sona Ermesi ile İlgili Hükümler	7
GEREKÇELER	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
I. Müşâreke Tanımının Gerekçeleri	9
II. Müşâreke ile İlgili Genel Hükümlerin Gerekçeleri	9
III. Müşâreke Sermayesi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri	10
IV. Müşârekede Kâr-Zarar ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri.....	12
V. Müşârekenin Yönetimi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri.....	14
VI. Müşârekeye İlişkin Teminatlar ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri	15
VII.Müşârekenin Sona Ermesi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri.....	16

MÜŞÂREKE STANDARDI

Standardın Muhtevası

Bu standart; katılım bankacılığında uygulanmakta olan müşâreke (sermaye ortaklığı/kâr-zarar ortaklığı) sözleşmesine dayalı olarak yapılan işlemlerde gözetilmesi gereken fikhî hükümleri ve bu hükümlerin gerekçelerini ihtiva etmektedir. Birtakım özel hükümlere sahip olan azalan müşâreke bu standartta ele alınmamıştır.

HÜKÜMLER

I. Müşâreke Sözleşmesi

Tanımı

Madde 1- Müşâreke, iki veya daha fazla kişi arasında kurulan, tarafların hepsinin sermaye katkısında bulundukları ve ortaya çıkacak olan kârı paylaşıp zararı üstlendikleri bir ortaklık türüdür.

II. Müşâreke ile İlgili Genel Hükümler

Sözleşmenin Kurulması

Madde 2- Müşâreke sözleşmesi, tarafların irade beyanlarıyla kurulur. Sözleşmenin konusu ve amacı katılım finansı ilke ve standartlarına aykırı olamaz.

Ortaklar Arasındaki İlişkinin Niteliği

Madde 3- Müşâreke sözleşmesinde ortaklar arasındaki ilişki vekalet hükümlerine tabidir.

Sözleşmenin Tarafları

Madde 4- Müşârekenin tarafları gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir.

Sözleşmenin Süresi

Madde 5- Müşâreke sözleşmesi süreli olarak kurulabileceği gibi belirli bir süre zikredilmeden de kurulabilir.

Sözleşme Şartlarının Bağlayıcılığı

Madde 6- Müşâreke sözleşmesinin yapısına uygun olmak kaydıyla karşılıklı olarak mutabakata varılan ve katılım finansı ilke ve standartlarına aykırı olmayan her türlü şart, taraflar için bağlayıcıdır.

Ortaklığın Kararları

Madde 7- Kararların tüm ortakların oybirliği ile alınması esastır. Bununla birlikte sözleşmenin kuruluşunda ya da daha sonra, kararların oy çokluğu ile alınabileceği kararlaştırılabilir. Çoğunluk, ortak sayısına göre belirlenir.

III. Müşâreke Sermayesi ile İlgili Hükümler

Sermayenin Para Olarak Belirlenmesi

Madde 8- Müşâreke ortaklığında sermayelerin cins ve miktar yönünden belirlenmiş para olması esastır. Para dışındaki bir varlık veya değer piyasa fiyatı üzerinden paraya çevrilmesinden ya da bir alacağın tahsil edilmesinden sonra sermaye olması da taraflarca kararlaştırılabilir.

Sermayenin Farklı Para Birimlerinden Oluşması

Madde 9- Sermayenin farklı para birimlerinden meydana gelmesi durumunda, taraflarca bu para birimlerinden biri seçilerek kuruluş sermayesi ve tarafların sermayedeki katılım payları, bu paraların ortaklık hesabına konulduğu gündeki kurları dikkate alınarak belirlenir.

Katılım Payı Oranları

Madde 10- Ortakların sermayedeki katılım paylarının eşit olması gerekli değildir.

Katılım Payının Ödenmesi

Madde 11- Ortaklar, kararlaştırılan katılım paylarını sözleşme şartları doğrultusunda şirket faaliyete başlamadan önce öderler.

Katılım Payı Oranlarının Yeniden Düzenlenmesi

Madde 12- Ortakların sermayedeki katılım payı oranları artırılabilir veya azaltılabilir. Bu durumda kâr paylaşım oranları yeniden belirlenebilir. Zarara katılma oranları ise sermayedeki katılım payı oranlarından farklı olamaz.

Katılım Payının Devri

Madde 13- Ortaklardan her biri, sermayedeki katılım payının bir kısmını veya tamamını diğer ortaklara ya da üçüncü kişilere devredebilir. Üçüncü kişilere yapılacak devir için tüm ortakların rızası aranır.

Sermaye Üzerindeki Risk

Madde 14- Sermaye üzerindeki risk tüm ortaklara aittir. Ortakların verdiği sermaye, hiçbir ortak ya da varsa yönetici tarafından zarar açısından garanti edilemez.

IV. Müşârekede Kâr-Zarar ile İlgili Hükümler

Kâr Paylaşım Oranlarının Kuruluşta Belirlenmesi

Madde 15- Kâr paylaşım oranı, müşâreke sözleşmesinin kuruluşu sırasında, tüm ortakların anlaşmasıyla açıkça belirlenir. Bu paylaşım oranı, ortakların katılım payları ile orantılı olabileceği gibi farklı bir oran da olabilir.

Kâr Paylaşım Oranlarının Yeniden Düzenlenmesi

Madde 16- Sözleşmede belirlenen kâr paylaşım oranları, tarafların karşılıklı rızasıyla ortaklık sözleşmesi devam ettiği sürece yeniden düzenlenebilir.

Kâr Garantisi Yasağı ve Kâra Katılma

Madde 17- Ortaklardan biri lehine hiçbir şekilde kâr garantisi verilemez ve hiçbir ortak kâr payından mahrum edilemez.

Beklenen Kârı Aşan Kısım

Madde 18- Müşârekede, belli bir kâr miktarına ulaşılması durumunda bu miktarın üzerindeki kârın ortaklardan birine veya birkaçına ya da şirket çalışanlarına ait olacağı kararlaştırılabilir.

Zarara Katılma

Madde 19- Ortaklar, zarara sermayedeki payları oranında katılırlar. Bunun aksi kararlaştırılmaz.

Yöneticinin Sorumluluğu

Madde 20- Yönetici ortak veya varsa dışarıdan atanan yönetici, sözleşmeye aykırı davranışı ya da kusuru nedeniyle meydana gelen zararı karşılamakla yükümlüdür. Yöneticinin sözleşmeye aykırı davranışı veya kusuru olmadığı durumda zarardan sorumlu olacağına dair her türlü şart geçersizdir.

Avans Ödeme

Madde 21- Ortaklara, avans niteliğinde olmak üzere ödemeler yapılabileceği kararlaştırılabilir.

V. Müşârekenin Yönetimi ile İlgili Hükümler

Ortaklığın Yönetimi

Madde 22- Yönetim, ortaklardan birisi, birkaçı ya da hepsi tarafından yapılabileceği gibi ortaklar dışındaki kişiler de yönetici olarak atanabilir.

Yönetici Ortağın Ücreti

Madde 23- Şirket yönetiminin, ortaklardan biri tarafından üstlenilmesi durumunda tüm ortakların rızasıyla bu ortağın kârdaki hissesi artırılabilmesi gibi kendisine belirli bir ücret de tahsis edilebilir.

Masraflar

Madde 24- Ortaklık sermayesinin işletilmesiyle ilgili olan masraflar ortaklığın malvarlığından karşılanır. Söz konusu masrafların ortaklardan bir ya da birkaçı tarafından karşılanacağına yönelik bir şart kararlaştırılmaz.

VI. Müşârekeye İlişkin Teminatlar ile İlgili Hükümler

Garanti Yasağı ve Teminat

Madde 25- Müşârekede ortakların sermayedeki katılım payları, oluşacak zararlara karşı ortaklık tarafından garanti edilemez veya bu amaçla teminat verilemez. Ancak ortakların kusur veya sözleşme şartlarına aykırılık sebebi ile verecekleri zararların tazminini temin amacıyla ve münhasıran bu hallerde kullanılmak üzere kendilerinden teminat alınabilir.

VII. Müşârekenin Sona Ermesi ile İlgili Hükümler

Ortaklığın Kendiliğinden Sona Ermesi

Madde 26- Müşâreke ortaklığı; sermayenin tümüyle kaybedilmesi veya yok olması, sözleşmede bulunan bozucu şartın gerçekleşmesi, sözleşmede belirli bir süre kaydı varsa bu sürenin dolması, ortaklığın amacının gerçekleşmesi ya da gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi, tüzel kişi ortak ya da ortakların tüzel kişiliklerini kaybetmesi sonucunda geriye tek ortağın kalması halinde kendiliğinden sona erer.

Ölüm ve Fiil Ehliyetinin Kaybının Ortaklığa Etkisi

Madde 27- Ortaklardan birisinin ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi halinde ölen ortağın varislerinin veya fiil ehliyetini kaybeden ortağa atanacak kanuni temsilcinin istemesi ve diğer ortakların kabul etmeleri durumunda ortaklık devam eder. Varislerin veya kanuni temsilcinin istememesi ya da ortakların kabul etmemesi durumunda ise iki ortaklı müşâreke sona erer; çok ortaklı müşâreke kalan ortaklarla devam eder.

Ortaklığın Fesih Bildirimi ile Sona Ermesi

Madde 28- İki ortaklı müşârekede ortaklardan her biri dilediği zaman müşârekeyi feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden ortak diğer ortakların fesih sebebiyle uğradığı fiilî zararları karşılamakla yükümlüdür. Ortaklardan birinin kusuru bulunması veya

sözleşmeye açıkça aykırı davranması durumunda, bu gerekçelerle sözleşmeyi fesheden ortak açısından zararı tazmin borcu yoktur. Uğradığı zararları talep etme hakkı ise saklıdır. Ortak sayısının ikiden fazla olduğu müşâreke, bir ortağın fesih bildirimini ortaklığı sona erdirmez.

Tasfiye

Madde 29- Ortaklığın tasfiyesi; nakdî varlıkların paylaşımı, aynî varlıkların fiilî olarak satımı suretiyle yapılacak gerçek tasfiye veya bunların gerçeğe uygun piyasa değerinin tespit edilerek paylaşımı suretiyle yapılacak hükmi tasfiye yoluyla olabilir.

GEREKÇELER

I. Müşâreke Sözleşmesi ve Tanımının Gerekçeleri

Sözlükte; ortaklık yapmak, katılmak, paylaşmak anlamlarına gelen müşâreke kelimesi, klasik fıkıh literatüründe daha çok sözlük anlamıyla kullanılmakta, belirli bir ortaklık tipini ifade etmemektedir. Günümüz İslam hukukçuları müşârekeyi katılım finansı işlemlerinde özellikle inân türündeki bir akit şirketi olan “sermaye şirketi (şirket-i emvâl)” anlamında kullanmakta ve zaman zaman “kâr-zarar ortaklığı” şeklinde de ifade etmektedir.

II. Müşâreke ile İlgili Genel Hükümlerin Gerekçeleri

Müşâreke, ticari amaçla sermayelerin birleştirildiği bir ortaklık sözleşmesidir. Ortaklardan her biri diğerleri adına hareket etme ve hukukî işlem yapma yetkisini bu sözleşme ile elde etmekte, bu işlemlerden kaynaklanan hakların kazanılması ile oluşan borçlardan ve zarardan sorumluluk da yine bu sözleşme ile gerçekleşmektedir. Bir kişi, kural olarak rızası olmadıkça başka bir kişinin malına sahip olamayacağı gibi onu hak sahibi kılamaz ya da borç altına sokamaz. Kur’ân-ı Kerîm’de “*Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin; ancak karşılıklı rızanıza dayanan ticaret böyle değildir*” (Nisâ, 4/29) buyrulurken bir başkasının malı üzerinde hak sahibi olabilmenin ya da tasarrufta bulunabilmenin meşruiyetinin o kişinin rızasının alınmasına bağlı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bundan dolayı İslam hukukçuları, hukukî işlemlerin varlık kazanmasında rızayı temel ölçü kabul etmişlerdir. Rıza, içte gerçekleşen gizli bir durumdur. Açıklanmadıkça başkaları tarafından bilinmesi ve hukukî hayata etki etmesi mümkün değildir. Rızayı ortaya koyan somut gösterge tarafların hukukî işleme razı olduklarını bildiren bir beyanda bulunmalarıdır. Beyan, bozucu herhangi bir durumun olmaması şartıyla rızanın varlığının en somut göstergesi olduğu için bütün İslam hukukçuları tarafından hukukî işlemlerde temel kurucu unsur kabul edilmiştir. Tek taraflı hukukî işlemlerde tek kişinin irade beyanı yeterli iken, iki veya çok taraflı işlemlerde tarafların hepsinin birbirine uygun irade beyanında bulunmuş olması gerekir. Mecelle’de bu husus; “*Şirket-i akdin rüknü, lafzen yahut manen icap kabuldür*” (md. 1330) şeklinde ifade edilmiştir.

Müşârekede ortaklardan her birinin kâr ya da zarar getirici faaliyetleri, diğer ortakların da kâr veya zarar etmesine sebebiyet vereceğinden, ortaklar arası ilişki vekalet temeline dayanır.

Kişi, hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen varlıkları ifade eden bir kavramdır. Fiil ehliyetini haiz gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de hukukî işlemler yapabilmekte, hak sahibi olup borç altına girebilmektedirler. Dolayısıyla tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi müşâreke sözleşmesinin tarafı olabilirler. İlgili mevzuat tarafından belirli işlemleri yapma konusunda sınırlı tüzel kişiliği haiz olduğu kabul edilen fonlar, havuzlar ve benzeri mal toplulukları da sözleşmeye taraf olabilirler.

Müşâreke sözleşmesi belli bir süre tayin edilerek kurulabilir. Ortakların aksi yönde bir kararı bulunmadığı takdirde sürenin dolmasıyla birlikte akit sona erer. Müşâreke sözleşmesi belirli bir süre belirtilmeden de kurulabilir. Süre zikredilmeden kurulan bir müşâreke sözleşmesinde, ortaklardan her biri dilediği zaman ortaklıktan ayrılmayı talep

edebilir. Zira İslam hukukuna göre şirket akdi bağlayıcı olmayan (gayri lâzım) bir akit olduğundan ortaklar istedikleri zaman sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.

Ticari ve finansal işlemlere dair hususlarda katılım finansı ilke ve standartlarına aykırı olmadıkça taraflar, üzerinde mutabık kaldıkları her türlü şartı müşâreke sözleşmesine ekleyebilirler. Zira İslam hukukunda var olan akit serbestisi ilkesi, tarafların kendi rıza ve iradeleriyle akdin konusunu, muhtevasını ve şartlarını tayin etmelerine imkân tanımaktadır. Bu sebeple katılım finansı ilke ve standartlarına aykırılık teşkil etmediği sürece ortakların sözleşmede karşılıklı rıza ile belirledikleri bu şartlara uymaları gerekir. Nitekim “*Müslümanlar kendi aralarında belirledikleri şartlara uyarlar*” (Buhârî, “İcâre”, 14) ve “*Bir helali haram kılan veya bir haramı helal kılan sulh dışında Müslümanlar arasında sulh câizdir*” (Ebû Dâvûd, “Akdiye”, 12; İbn Mâce, “Ahkâm”, 24) mealindeki hadis-i şerifler de bu tür durumlarda belirlenen şartlara uyulması gerektiğini göstermektedir.

Her bir ortağın mülkiyet hakkını etkileyecek bir kararın oybirliği ile alınması ortaklığın bir gereğidir. Bu temel ilkenin yanında müşârekenin, her bir ortağın diğerlerini temsil etmesine ilişkin bir yetkiyi içermesi ve buna bağlı olarak her bir ortağa, ortaklık adına hak ve borç doğuran işlemler yapmasına imkân tanınması sebebiyle kararların oy çokluğu ile alınmasına engel bir durum da yoktur. Bu noktada ortakların tümü, bu tür kararların oyçokluğu ile alınmasına rıza gösterdiği takdirde oybirliği zorunluluğu ortadan kalkar.

III. Müşâreke Sermayesi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

Ortakların koydukları sermaye oranlarının ve ileride oluşabilecek kâr ya da zararın net olarak belirlenebilmesi için sermayenin cins ve miktar yönünden belirlenmiş para olması esastır. Nitekim fıkıh literatüründe bu tür sermaye ortaklıklarında para dışındaki bir varlığın veya değerın sermaye yapılması, ortaklıktaki paylarda ve daha sonra kârın tespitinde bilinmezliğe yol açacağı için caiz görülmemiştir (Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut, 1993, XI, 159, 160; Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, Beyrut, 1986, VI, 59). Diğer yandan para dışındaki bir varlık sermaye yapılmak istendiğinde bu varlığın satımı yoluyla parasal değeri net olarak ortaya çıkmalıdır. Aynı şekilde ortaklardan birinin sermayesinin para, diğerinin para dışındaki bir varlık veya değer olması durumunda ortakların sermayedeki paylarında bilinmezlik olacağından bu şekildeki bir ortaklık geçerli olmaz. Alacağın tahsil edilip sermaye yapılması hususu da yukarıdaki şartlara tabidir.

Farklı para birimleriyle ortaklık kurulması söz konusu olduğunda, bu para birimlerinden biri cinsinden ortaklık sermayesi üzerindeki katılım payları belirlenir ve ortaklar kuruluş sermayesi üzerinde paydaş olur. Ortakların ayrı cinsten para koymaları halinde şirket sermayesindeki paylarının belirlenebilmesi ve ileride yaşanabilecek kur farklarındaki ciddi oynaklıkların taraflar arasında zarara ve çekişmeye sebep olabileceği göz önünde bulundurularak tarafların bir para birimini tayin etmeleri ve sermayedeki paylarının bu para birimlerinin ortaklık hesabına konulduğu gündeki değeri esas alınarak belirlenmesi kural olarak benimsenmiştir. Bu belirleme sonucunda ortaklık sermayesi kullanılarak satın alınacak mallar ortakların ayrı ayrı mülkiyetlerinde bulunan paradan değil ortaklığın sermayesi olarak karıştırılan paralardan alınmış olacak; kâr ve zarar da buna göre paylaştırılacaktır.

Ortakların sermayedeki paylarının eşit olması akit şirketlerinin kuruluş tiplerinden birisi olan mufâvada şirketinin bir şartıdır. Müşâreke ise ortakların birbirinin kefilisi değil yalnızca vekili olduğu inân tipinde kurulan bir sermaye ortaklığıdır (şirket-i emval). İnân tarzı şirketlerde ortakların sermayelerinin eşit olması şart değildir (Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 62; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, Kahire, 2004, IV, 36; Mecelle, md. 1365).

Her bir ortak tarafından taahhüt edilen sermayenin peşin olarak teslim edilmesi, şirketin bir an önce faaliyete başlayabilmesi, sermayenin geç teslim edilmesinden kaynaklanabilecek ihtilaflara neden olmaması ve kâr-zarar muhasebesinin hakkaniyetle tutulabilmesi için önemlidir. Nitekim İslam hukukunda sermayenin en geç ticari faaliyete başlanılacağı zaman getirilmesi gerekli görülmüştür (Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 60).

İnân tipi şirketlerin hükümlerine tâbi olduğu için müşârekede, ortakların karşılıklı mutabakatının sağlanması şartıyla, sermayedeki katılım payları artırılabilir. Müşâreke sözleşmesi boyunca ortaklığın şartlarında yapılacak pek çok değişiklik ve iyileştirme, katılım finansı ilkelerine aykırı olmadıkça tarafların karşılıklı mutabakatları ile yapılabilir. Tarafların ortaklığa ek sermaye getirmeleri, ticari hayatın olağan akışı doğrultusunda söz konusu olabilecek bir husustur. Benzer şekilde yine tüm ortakların oybirliğiyle sermayedeki katılım paylarının azaltılması da mümkündür. Sermayenin bir kısmının geri çekilmesi durumunda, kalan sermaye miktarı üzerinde müşâreke devam eder. Her iki durumda da ortaklar kâr paylaşım oranını mutabakatla yeniden belirleme hakkına sahiptir (Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 157). Zira müşârekede taraflar kâr oranlarını sermayedeki paylarından farklı olarak sözleşme sırasında karşılıklı mutabakat ile belirleyebildikleri gibi, sermayedeki paylarında yaşanacak artış ve azalışa göre yeniden de düzenleyebilirler. Zarar paylaşımı ise her durumda sermaye oranında olmalıdır ve bu sebeple sermayedeki yeni katılım paylarıyla orantılı olacak şekilde düzenlenmelidir (Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 62). Hz. Ali başta olmak üzere bazı sahabilerden ve tabiîn alimlerinden nakledilen “*Kâr, ortakların kararlaştırıp üzerinde anlaştıkları oranda paylaşılır. Zarar ise sermaye oranına göredir*” mealindeki rivayet ile bu hüküm açıkça belirtilmiştir (İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, Riyad, 1409, IV, 267-268; İbni Hazm, *el-Muhallâ*, Beyrut, ty., VI, 417; Tehânevî, *İ'lâü's-Sünen*, Karaçi, 1415, XIII, 80).

Ortaklık payının gerek ortaklardan birine gerekse üçüncü bir kişiye devredilme ihtimali söz konusu olabilir. Payın üçüncü kişiye devredilmesi halinde ortaklığa yeni bir kişi girmiş olacağından bu yeni kişinin diğer ortaklar ve ortaklık yapısı ile uyumlu olması, birlikte iş yapma kültürü bakımından önemli görülebilir. Bu sebeple üçüncü kişinin ortaklığa dahil olması diğer ortakların buna onay vermesine bağlıdır.

İslam hukukuna göre kazancın meşru olması, ya sermayeye veya emeğe ya da hasar sorumluluğunun (damân) üstlenilmesine bağlıdır. Bu sebeple hasar sorumluluğunun üstlenilmesi gereken işlemlerde bu sorumluluk üstlenilmeden elde edilen kâr meşru değildir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.) “*Kazanç, sorumluluk karşılığındadır*” (İbn Mâce, “Ticârât”, 43) buyurmuş ve buradan hareketle “*Mazarrat, menfaat mukabelesindedir*” (Mecelle md. 87) ve “*Külfet nimete ve nimet külfete göredir*” (Mecelle, md. 88) genel fıkıh kuralları tespit edilmiştir. Dolayısıyla ortaklardan birinin veya varsa yöneticinin, oluşacak zararın tamamını ya da bir kısmını üstlenmesi diğer

ortaklar açısından sermayenin garanti edilmesi anlamına geldiğinden caiz değildir. Zira ortaya çıkacak zararın, ortakların sermayedeki payları oranınca karşılanması, fakihlerin üzerinde ittifak ettikleri bir hükümdür (İbnü'l-Münzir, *Kitabü'l-İcmâ*, Riyad, 2004, s. 100; İbn Hazm, *Merâtibü'l-icmâ*, Beyrut ty., s. 91).

IV. Müşârekede Kâr-Zarar ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

Müşârekede kâr paylaşımı net bir tutar olarak değil oransal olarak belirlenmelidir. Kâr paylaşım oranının belirsiz olması sonucunu doğuran durumlar müşârekeyi geçersiz (fasit) kılar. Dolayısıyla bu tür durumları ortaya çıkaracak olan şartlar ileri sürülemez. Kâr paylaşım oranları kâr ortaya çıkmadan tespit edilmelidir. Çünkü hem kârın oransal olarak belirlenmemesi hem de ortaklık fiilen başladıktan ve kâr elde edildikten sonra belirlenmesi akdin gayesi ve işleyişinde bilinmezlikler ortaya çıkarması dolayısıyla akdin geçersiz (fasit) olmasına sebebiyet vermektedir (Mecelle, md. 1336).

Kâr paylaşım oranları ortakların sermayeleri miktarınca olabilir. Ortaklardan birinin veya birkaçının sermayeyi işletme görevi olması buna engel teşkil etmez (Mecelle, md. 1349, 1370). İslam hukukuna uygun olmak şartıyla kâr paylaşım oranları ortaklar arasında sermaye oranlarından farklı olabilir (Mecelle, md. 1349).

Müşâreke, iş birliğine dayalı bir sözleşme olduğundan, taraflar arasında karşılıklı rıza ve anlaşma temelinde kurulur. Bu kapsamda, kâr paylaşım oranları da tarafların belirlediği şartlar doğrultusunda esneklik gösterir ve dönemsel olarak dönemsel olarak yeniden düzenlenebilir. Bu esneklik, işletme faaliyetlerinin dinamik yapısına uygun olarak kârın âdil bir şekilde dağıtılmasına olanak sağlar. Nitekim müşâreke, sermaye ortaklığı aracılığıyla kâr paylaşımını amaçlayan bir akit olduğundan, ortakların sözleşme sırasında kâr paylaşım oranlarını belirlemeleri esas olmakla birlikte, ortaklık süresi içerisinde karşılıklı rıza ve onaylarıyla bu oranı değiştirmelerinde de fikhî bir engel yoktur. Taraflardan birinin akit kurulurken bu oranın değiştirilebileceğine dair şartlar ileri sürmesi, kâr paylaşım esaslı olan bu ortaklığa herhangi bir zarar vermediği gibi, taraflar arasında hukukî bir çekişmeye de sebep olmamaktadır.

Kâr oranının dönemsel olarak yeniden belirlenebilmesi, ortaklığın ihtiyaçlarına ve tarafların hedeflerine daha uygun bir kâr paylaşımı düzenlemesine imkân tanır. Ayrıca, belirli zaman aralıklarıyla kâr oranlarının yeniden düzenlenmesi, işletme sürekliliğini destekler ve taraflar arasındaki ilişkilerin uzun vadeli sağlam temellere dayanmasını sağlar.

Ortaklardan herhangi birinin kârdan oransal olmayan yani maktu bir tutar almasını şart koşturmak müşârekeyi geçersiz (fasit) kılar. Adalet prensibi gereği hiçbir ortak kârdaki payından mahrum bırakılamaz. Ticari faaliyetlerde kâr elde etme ihtimali olduğu kadar, edememe veya zarar etme ihtimalleri de mevcuttur. Bu şartlar gözetildiğinde sermaye sahiplerinden birine veya birkaçına maktu bir kâr verileceğinin sözleşme şartları arasında yer alması müşârekenin esasını teşkil eden kârın paylaşılması prensibine aykırılık teşkil eder. Zira anlaşmada şart koşulan bu maktu miktarın elde edileceği kesin değildir. Dolayısıyla ortaklardan birine maktu bir kârın verileceğinin sözleşmede şart koşulması müşârekenin özüne uygun düşmez (Mecelle, md. 1337). Aynı zamanda ortaklardan birinin, sözleşmenin sonunda anaparasına ilave olarak maktu bir kâr miktarı talep etmesi, müşârekeyi faizli bir işleme dönüştürür. Zira ifade edildiği üzere, kârın

oluşup oluşmayacağı önceden bilinmemektedir. Akdin taraflarından birisine sağlanan garanti bir ücret akdin muktezasına uygun değildir. Kârın oransal olarak tespit edilmesi ise bu sorunu gidermektedir.

Bununla birlikte kârın belirli bir miktarın üzerine çıkması durumunda belirlenen miktar üzerindeki kârın ortaklardan birine ait olmasının kararlaştırılması, ortaklardan birinin kârdan maktu bir tutar alması anlamına gelmez. Zira bu durumda baştan maktu bir kâr belirlenmiş olmamaktadır. Kâr oluşması halinde oluşan kâr hakkında bir işlem gerçekleştirilmektedir. Bu işlem İslam hukukuna göre akitte şart koşma kurallarına aykırı değildir (Ali el-Hafif, *Ahkâmu'l-muâmelât*, Kâhire, 1429/2008, 494; Mecmau'l-fikhi'l-islâmî'nin 123 (13/5) no.lu kararı). Maktu bir ücret şart koşulduğunda her halükârda ortak, bu miktarı talep edebilmektedir. Belirli bir kârın üzerinde gerçekleşen kârdan ise ortaklardan biri veya birkaçı lehine koşulması durumunda bu tür bir şart, teşvik primi mahiyeti taşır. Bu tür bir kâr, kâr paylaşımını belirsiz bir hale getirmediğinden ortaklığı geçersiz kılmaz. Dolayısıyla bu durum maktu bir kârın baştan itibaren ortaklardan birisi lehine şart koşulmasından ayrılmaktadır. Beklenen kârı aşan bu kısmın, çalışanları teşvik ve ödüllendirme amacıyla şirket çalışanlarına ait olacağı da kararlaştırılabilir.

Müşârekede zarara katılımın ortakların sermayedeki paylarına göre olması, bu sözleşme türü için yerleşik bir hükümdür. Bazı ortakların zararı hiç üstlenmemeleri ya da belirli bir orana kadar üstlenmeleri sonucunu doğuran şartların koşulması bu hükme aykırıdır. Ortaklık sözleşmesinde zararı sermaye miktarının altına düşürmeye dönük bu tür şartlar geçersiz olup ortakların mevcut zararı sermayedeki paylarına göre paylaşmaları gerekir.

Zararın sermayedeki pay miktarınca dağıtılmasının gerekmesi ve bunun aksinin şart koşulmasının caiz olmaması, yukarıda da geçtiği gibi kârın, ortakların üzerinde anlaştıkları oranda, zararın ise sermaye oranına göre paylaşılması gerektiğini hükme bağlayan rivayetler sebebiyledir. Diğer yandan ortaklardan birinin zararı üstlenmeksizin kârdan pay istemesi, karşılığı olmayan bir fazlalık talep etmek anlamına geleceğinden akdin ortaklıktan çıkarak faizli bir işleme benzemesine neden olmaktadır.

Zararı üstlenmenin şart koşulması caiz olmamakla birlikte, baştan şart koşulmamak, vaat edilmemek ve teamül haline getirilmemek kaydıyla, zararın bir kısmının veya tamamının teberru kabilinden bazı ortaklar tarafından üstlenilmesinde ise bir sakınca yoktur. Ancak bunun sözleşmede kararlaştırılması caiz değildir.

Müşâreke akdinde ortaklığı yöneten ortak ve varsa yönetici, sermayeyi çalıştırma noktasında diğer ortakların vekilidir. Çünkü ortaklık sermayesini onların verdiği izinle çalıştırmaktadır. Vekilin sorumluluğu, elinde emanet niteliğinde bulunan sermayenin korunması ve çalıştırılması hususunda gerekli özeni göstermektir. Bu nedenle yönetici, ortaklık sermayesini koruma ve işletme noktasında gerekli özeni göstermeme veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeme durumunda kusurlu sayılacağından meydana gelen zarardan sorumlu olur.

Herhangi bir kusuru bulunmasa da yöneticinin meydana gelen zararı tek başına karşılamakla sorumlu olacağına ilişkin şartlar öne sürmek haksız kazanca sebep olacağı için geçersizdir ve zararın bu durumda da sermaye miktarına göre paylaşılması gerekir. İslam hukuku, yetki ve hakları kötüye kullanarak başkalarına zarar vermeyi

yasaklamakta, böyle bir durum ortaya çıktığında da diğer kişilerin uğradığı zararları ve mağduriyetleri giderici önlemler ve tedbirler getirmektedir. Mecelle'nin 20. maddesi olan "*Zarar izale olunur*" prensibi de bu hukukî gayeye matuftur. Bu prensibe bağlı olarak bağış, alacaklardan feragat etme, ibra vb. karşılıksız kazandırma oluşturan ve sermayeyi riske atan işlemlerin doğurduğu zararlardan doğrudan ilgili ortak veya yönetici sorumlu olur. Ortaklık yöneticisinin sözleşme şartlarına uyup uymadığı ve kusurunun bulunup bulunmadığı ile ilgili ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı sözleşmede taraflarca kararlaştırılabilir.

Nihaî kâr-zarar hesaplaması, ortaklığın tasfiyesiyle yapılır. Ancak sözleşmenin uzun süreli kurulmuş olması durumunda tarafların ihtiyaçları göz önünde bulundurularak avans niteliğinde ödemeler yapılması müşâreke hükümleriyle çelişmez. Bu durumda alınan avans, bir karz akdi mahiyetinde olup ileride yapılacak ara dönem hesaplamaları ya da nihaî tasfiye sonucunda kârına veya zarar edildiğinin anlaşılması halinde sermayesine mahsup edilir. Ortaklara avans niteliğinde yapılacak bu ödemeler için alınacak kararların oybirliği veya oyçokluğu ile alınması hususu bu Standardın 7. maddesi kapsamında değerlendirilir.

V. Müşârekenin Yönetimi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

Ortaklığın yönetimi, sermayede payı bulunan bütün ortakların sahip oldukları bir haktır. Bu nedenle her bir ortak istemesi halinde şirket yönetimine aktif olarak katılabilir. Bununla birlikte ortakların sözleşmeyle veya aldıkları bir kararla ortaklık yönetimini içlerinden bir veya birden çok kişiye bırakmaları ya da ortaklar dışında üçüncü bir kişiyi de yönetici olarak atamalarında fikhî açıdan mahzur yoktur.

Müşârekede esas olan, yönetimin bütün ortaklar tarafından üstlenilmesidir. Ancak ortaklardan yalnızca biri veya birkaçı diğer ortakların rızasıyla şirketin yönetimini üstlenebilir. Bu durumda kendi adına sürdürdüğü faaliyetleri asaleten, ortağı adına sürdürdüğü faaliyetleri vekaleten icra etmiş olur. Yönetici ortak, üstlendiği vekalet sorumluluğunu herhangi bir karşılık almadan sürdürebileceği gibi İslam hukukçularının çoğunluğuna göre tarafların rızasıyla kararlaştırılan ilave bir kâr karşılığında da icra edebilir (Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, Kahire, 1314, III, 318; Ruhaybânî, *Metâlibu uli'n-nühâ fi şerhi Ğâyeti'l-müntehâ*, by., 1994, III, 498).

Yönetici ortağın yukarıdaki seçenekler dışında üstlendiği yönetim karşılığında maktu bir ücret alması ise İslam hukukçularının çoğunluğunca caiz görülmemiştir. Zira bu durum, kâr-zarar ortaklığı esasına dayanan müşâreke sözleşmesinin mahiyetine aykırılık oluşturmakta, yönetici ortak aynı anda hem işveren hem de işçi statüsünde olmakta, işletmeden kâr elde edilememesi ya da yönetici ortak için belirlenen ücretten daha az kâr elde edilmesi gibi durumlarda, diğer ortak ya da ortakların aleyhine haksız bir sonuç meydana çıkmaktadır. Buna karşın şirketin yürütmek zorunda olduğu işlerin dışarıdan hizmet alımı ya da ücretli personel çalıştırmak suretiyle temin edilmesinin gerektiği durumlarda ortaklardan birisinin diğer ortakların rızasıyla emeğini bu işlere hasretmesi karşılığında kendisine maktu bir ücret ödemesi yapılabilir.

Diğer yandan Zahirilere ve bazı Hanbelîlere göre ise (İbn Hazm, *el-Muhallâ*, Beyrut, 1984, VI, 415; Buhûtî, *Şerhu Munteha'l-irâdât*, Beyrut, 1993, II, 213) ortaklardan birisinin yönetimi üstlenmesi durumunda kendisine maktu bir ücret/maaş verilmesi

mümkündür. Bu takdirde taraflar müşâreke dışında yeni bir sözleşme akdetmiş olurlar, böylelikle yönetici ortak, sermayeden doğan kârda hak sahibi olacağı gibi, ayrıca bu yeni sözleşmeye bağlı olarak yürüttüğü yöneticilik sebebiyle belirli bir ücrete de hak sahibi olur. Zira aksi takdirde yönetici ortak açısından haksız bir durum ortaya çıkacak, şirketin zarar etmesi veya yeterli kâr etmemesi durumunda emeği karşılıksız kalacaktır. Standartta bu görüşlerin her ikisinin de bir seçenek olabileceği kabul edilmiştir.

Standartta yönetici ortağın yöneticilik sebebiyle belli bir ücret alabileceği hükmünün ikinci bir seçenek olarak kabul edilmesi birtakım gerekçelere dayanmaktadır. Burada yönetici ortağın aldığı ücret, sermayesinden doğan bir kâr değil, yöneticilik faaliyetinden doğan bir gelirdir. Diğer taraftan yönetici ortağın sadece kendisine verilen maktu ücretle yetinip kötü bir yönetim sergileyerek şirkette bulunan kendi sermayesini kaybetmeyi göze alması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu noktada aksi görüşte olanlar tarafından öne sürülen, müşârekeden doğacak kârın tek bir kişi lehine paylaştırılmış olacağı, maktu bir ücret/maaş alan yönetici ortağın şirketin kâr etmesi için gereken gayreti göstermeyeceği, şirket kârının çok düşük kalması durumunda diğer ortakların bir kazanç sağlayamayacakları ve bu sebeple ortaya çıkan durumun ortaklık ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi eleştiriler tartışmaya açıktır.

Ayrıca bu görüşe yönelik olarak, yönetici ortağa maktu bir ücret verilmesi durumunda işçi ve işveren sıfatlarının aynı kişide birleşmiş olacağı tarzındaki itiraz da güçlü bir dayanağa sahip değildir. Nitekim ortaklar, her zaman mal ve hizmet edinimine yönelik farklı akitlerden doğan haklara ve borçlara taraf olabilirler. Zira Hanefî, Malikî ve bir rivayette Hanbelî mezhebine göre mudârebe ortaklığında taraflardan herhangi birisinin şirket malını satın almasının caiz olması buna örnektir. Böyle bir durumda ortaklardan her birinin hem alıcı hem satıcı konumunda olacağı varsayılmamış, bilakis şirket malına nispetle her birinin üçüncü kişi konumunda olduğu belirtilmiştir (*Kâsânî, Bedâi' u's-sanâi'*, VI, 101; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Riyad, 1417/1997, VII,168). Dolayısıyla müşârekede de ortakların taraf olduğu ayrı bir akit inşa etmelerine engel olan bir durum yoktur.

Yönetici ortağın düzenli olarak aldığı ücret sebebiyle şirketteki sermayesini peyderpey ve dolaylı olarak geri aldığı düşünülemez ve zamanla bedelsiz bir hisseye sahip olacağı ya da olası bir zarar durumunda sermayesi kadar zarara katlanmayacağı da söylenemez. Zira yönetici ortağın şirket sermayesinden doğan kâr ve zararı müşâreke akdinin bir sonucuyken, diğer ortak ya da ortaklarca yürütülmesi gereken yönetim işini de üstlenmesi ve buna karşılık bir ücret alması ayrı ve bağımsız bir sözleşmenin sonucudur. Bu sebeple her iki sözleşmeden doğacak hak ve sorumluluklar birbirinden bağımsızdır.

Müşârekede oluşan giderler, kişilerin ticari faaliyetinden doğan ve karşılanması gereken zorunlu mali sorumluluklardır. Bu sebeple mali giderlerin şirketin malvarlığından karşılanması ve herkesin katılım payı kadar mali sorumluluğu üstlenmesi gerekir.

VI. Müşârekeye İlişkin Teminatlar ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

Müşârekede ortaklık sermayesinin garanti altına alınmasına yönelik bir talep ortaklık ilkesiyle bağdaşmaz. Zira kişi, şirket sermayesi ölçüsünde olası zarara da katlanmak zorundadır. Bu durum, şirketten doğan hak ve yükümlülüklerin tabii bir sonucudur. Ancak ortakların kasıt, ihmal veya sözleşme şartlarına aykırı davranmaktan kaynaklanan

zararların tazmin edilmesine yönelik olarak ortaklardan ve varsa yönetici ortaktan bir teminat talep edilebilir.

VII. Müşârekenin Sona Ermesi ile İlgili Hükümlerin Gerekçeleri

Müşâreke ortaklığının devamı için bazı temel koşulların sağlanması gerekir. Bu koşulların ihlali veya belirli durumların gerçekleşmesi halinde, ortaklık sona erer. Örneğin sermayenin tamamen yok olması, ortaklığın varlık sebebini ortadan kaldırdığı için müşâreke ortaklığının devam etmesi mümkün değildir.

İki kişiden oluşan ortaklıklarda ortaklardan birinin ölümü, klasik literatürde prensip olarak müşârekeyi sona erdirmesine rağmen burada çağdaş ihtiyaçlar ve şirketlerin devamlılığını temin gerekçesiyle ölümün doğrudan şirket akdini ortadan kaldırmadığı görüşü kabul edilmiştir. Bu durumda, ölen kişinin varislerinin ve diğer ortağın anlaşmaları halinde ortaklığın devam edebileceği öngörülmüştür. Aynı gerekçelerle üç veya daha fazla kişiden oluşan ortaklıkta ise içlerinden sadece vefat edenin ortaklığı sona erer. Bununla birlikte, vefat edenin varisleri rıza göstermeleri ve diğer ortakların da kabul etmeleri halinde ortaklığa devam edebilirler.

Müşâreke, belirli bir süreyle kayıtlı olarak yapılabileceği için sözleşmede belirlenen süre dolduğunda müşâreke ortaklığı da sona ermiş olur. Aynı şekilde müşârekenin bozucu bir şarta bağlanması durumunda bu şartın gerçekleşmesine bağlı olarak sözleşme sona erer.

Müşâreke, gayri lâzım bir akit olup taraflara anlaşmayı istedikleri zaman sonlandırma hakkı tanımaktadır. Ancak bu durum, fesih hakkının keyfî veya zarar verici bir şekilde kullanılmasına izin vermez. Eğer sözleşme, yapılan işin doğası itibarıyla uygun olmayan bir zamanda feshedilirse, feshi gerçekleştiren taraf diğer tarafın fiilî zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Mecelle'nin 19. maddesi, “*Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur*” ilkesiyle, zarar verici davranışların ve haksız fiillerin yasaklanacağını, ayrıca hukukî hak ve yetkilerin sınırsız bir biçimde kullanılamayacağını hükme bağlar. Buna göre, müşâreke akdinde de taraflar, fesih haklarını, ortaklarını zarara uğratacak şekilde kullanamazlar. Fesihten dolayı doğabilecek fiilî zararın giderilmesi gerektiği hususu da yine Mecelle’nin “*Zarar izale olunur*” (md. 20) şeklindeki kaidesinin bir gereğidir.

Ortaklığın tasfiyesi gerçek ya da hükmî tasfiye yöntemleri ile gerçekleştirilebilir. Literatürde hakikî nakitleştirme olarak da bilinen gerçek tasfiye, ortaklığa ait aynı varlıkların satılması suretiyle nakde çevrilmesini içerir. Bu yöntemle elde edilen nakit, ortaklar arasında paylaştırılır. Diğer yandan, hükmî tasfiye ya da hükmî nakitleştirme olarak bilinen yöntemde, şirketin o andaki mevcut varlıklarının kıymetleri, fiziksel olarak satılmadan tespit edilir ve bu değerler üzerinden parasal karşılıkları belirlenerek ortaklar arasında paylaşılır.