

KATILIM HESAPLARININ SİGORTALANMASININ FIKHÎ ANALİZİ

The Analysis of Insuring Participation Accounts From a Point of Fiqh View

CEMAL KALKAN

Dr. Öğretim Üyesi, Selçuk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri, Fıkıh Anabilim Dalı, Konya, Türkiye

Assistant Professor, Selçuk University Divinity Faculty, Basic Islamic Sciences, Fiqh Department, Konya, Turkey

kalkancemal@gmail.com

orcid.org/0000-0002-0616-5303

MAKALE BİLGİSİ / ARTICLE INFORMATION

Makale Türü /Article Types: Research Article

Geliş Tarihi /Received: 29 Nisan 2021

Kabul Tarihi/Accepted: 04 Ağustos 2021

Yayın Tarihi/Published: 30 Aralık 2021

Doi: <https://doi.org/10.14395/hid.930102>

ATIF/CITE AS:

Kalkan, Cemal, "Katılım Hesaplarının Sigortalanmasının Fikhî Analizi", Hitit İlahiyat Dergisi, (Aralık/December 2021) 20/3

İNTİHAL/PLAGIARISM:

Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

This article has been reviewed by at least two referees and scanned via plagiarism software. Copyright © Published by Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi – Hitit University Divinity Faculty, Çorum, Turkey. All rights reserved.

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/hid>

The Analysis of Insuring Participation Accounts From a Point of Fiqh View

Abstract

Participation accounts, which constitute the main backbone of participation banks, are based on the mudarabah contract and these accounts are operated by the bank that is considered as mudarib. Therefore, in case of loss, the bank has no obligation to guarantee the capital. Because, according to the classical mudarabah understanding, the mudarib compensates the capital only in cases of taaddî, taqdir and opposing the conditions. However, some modern studies have suggested that mudarabah capital can be guaranteed by the bank or an independent institution. At this point, there are two basic approaches: Securing the capital by the bank or by a third party outside the bank.

It has been stated that the bank can guarantee the capital of mudarabah voluntarily or compulsorily -by stipulating during cash- after the contract. Because the bank does not only employ the capital of certain persons, but also serves everyone who has capital in their hands and wants to invest by acting like a common laborer (al-acîr al-mushtarak). Therefore, the bank can guarantee mudarabah capital like al-acîr al-mushtarak. Thus, the bank is prevented from losing mudarabah assets regardless of economic balances. Those who argue that interest-free banks can guarantee the capital voluntarily did not see the bank as an element of the mudarabah contract. According to this understanding, the bank grants donations to the capitalist by guaranteeing the capital.

It has also been argued that the capital can be guaranteed by an independent institution (risk fund, treasury and similar institutions) other than the parties to the mudarabah contract. Accordingly, the bank establishes a mutual insurance company by making some deductions from the mudarabah profit within agreement with the account holders. The losses that are likely to occur later are covered by this company. The legitimacy of the deduction in question was based on the permissibility of granting dividends to persons independent of the mudarabah contract. It has been also stated that the interest-free bank can guarantee the capital of its customers through a foundation or state it has established, which can simply be a donation. However, it is also stipulated that the party that guarantees the capital shouldn't be a party to the mudarabah contract. Supporting the views put forward, fiqh academies and similar boards affiliated to various institutions have accepted that the capital can be guaranteed with the reserves allocated from the profits of the account holders. Since the aforementioned reserve aims to protect the mudarabah capital, they have considered it obligatory to meet only from the profit of the account holders. As a result, in this paper, it will be explained whether

the proposals put forward for the guarantee of mudarabah capital are within the limits permitted by the fiqh and then the most reasonable proposal put forward to compensate the capital will be tried to be determined.

Keywords: Fıqh, Mudarabah, Mudârib, Participation Accounts, Bank, Capital, Damân.

Katılım Hesaplarının Sigortalanmasının Fıkhi Analizi

Öz

Katılım bankalarının ana omurgasını oluşturan katılma hesapları, mudârabe sözleşmesine dayandırılır ve bu hesaplar mudârib konumunda değerlendirilen banka tarafından işletilir. Dolayısıyla zarar durumunda bankanın sermayeyi garanti yükümlülüğü yoktur. Çünkü klasik mudârabe anlayışına göre mudâribin sermayeyi tazmin etmesi, yalnızca teaddî, taksîr ve sermaye sahibinin şartlarına muhalefet ettiği durumlardadır. Ancak bazı modern çalışmalarda, mudârabe sermayesinin banka veya bağımsız bir kuruluş tarafından garanti edilebileceği ileri sürülmüştür. Bu noktada sermayeyi bankanın veya banka dışında üçüncü bir tarafın garantiye alması şeklinde iki temel yaklaşım söz konusudur.

Birinci yaklaşım, katılma hesabı sermayelerinin banka tarafından garanti alınmasıdır. Bu yaklaşımda bankanın, sözleşmeden sonra gönüllü ya da zorunlu olarak -akit esnasında şart koşulmak suretiyle- mudârabe sermayesini garanti edebileceği dile getirilmiştir. Çünkü faizsiz banka, yalnızca muayyen kişilerin sermayelerini çalıştırmayıp aynı zamanda ecîr-i müşterek gibi hareket ederek, elinde sermayesi olup da yatırım yapmak isteyen herkese hizmet sunmaktadır. Dolayısıyla da banka mudârabe sermayesini ecîr-i müşterek gibi garanti edebilmektedir. Böylece bankanın ekonomik dengeleri gözetmeksizin mudârabe varlıklarını zayi etmesi engellenmiş olur. Faizsiz bankaların, katılma hesabı sermayelerini gönüllü olarak garanti edebileceğini savunanlar ise bankayı mudârabe sözleşmesinin bir unsuru olarak görmemiştir. Bu anlayışa göre banka, sermayeyi garanti etmek suretiyle sermayedara teberrûda bulunmuş olmaktadır.

İkinci yaklaşım ise mudârabe sermayesinin banka dışında üçüncü bir unsur tarafından garanti alınmasıdır. Sermayenin mudârabe sözleşmesi taraflarının dışında bağımsız bir kuruluş (risk sandığı, hazine ve benzeri kurumlar) tarafından garanti edilebileceği de ileri sürülmüştür. Buna göre banka, hesap sahipleriyle anlaşarak mudârabe kârından bir miktar kesinti yapmak suretiyle bir yardımlaşma sigorta şirketi kurar. Daha sonra meydana gelmesi muhtemel olan zararlar bu şirket tarafından karşılanır. Söz konusu kesintinin

meşruluğu da mudârahe akdinden bağımsız kişilere kârdan pay verilmesi cevazına dayandırılmıştır. Faizsiz bankanın kendi kurduğu bir vakıf veya devlet aracılığıyla müşterilerinin sermayelerini garanti altına alabileceği, bunun da salt bir teberrû olacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte sermayeyi garanti eden cihetin mudârahe sözleşmesinin tarafı olmaması da şart koşulmuştur. Çeşitli kuruluşlara bağlı fıkıh akademileri ve benzeri kurullar, ileri sürülen görüşleri destekler mahiyette hesap sahiplerinin kârlarından ayrılan rezervlerle sermayenin garanti altına alınabileceğini kabul etmiştir. Bahsi geçen rezervin mudârahe sermayesini koruma maksadını taşıdığından yalnızca hesap sahiplerinin kârından karşılanmasını zorunlu görmüşlerdir.

Katılma hesabı sermayeleri ülkemizde daha farklı bir yöntemle güvenceye alınmıştır. Katılma hesabında bulunan sermayeler, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) tarafından kısmen ya da tamamen garanti edilmektedir. Aslında TMSF yalnızca bankanın iflas etmesi durumunda hesap sahiplerinin sermayelerini kısmen tazmin etmekte, yoksa katılma hesabı zarar ettiğinde buna müdahil olmamaktadır. Ayrıca daha önceleri ülkemiz bankacılık mevzuatı faizsiz bankalardan, kâra katıldıkları oranın yarısı kadar zarara katlanmalarını istemekteydi. Bankaların kâra katılım oranlarının en az yarısı kadar zarara katlanmaları mudârahe sermayesini güvenceye almaları anlamına gelir ki buna da fıkhen cevaz verilmemiştir. Ancak 18/10/2018 tarih ve 30569 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren ilgili yönetmelikle katılma hesabının zarara katılma oranı %100 olarak kabul edilmiştir. Böylece katılma hesapları hakkında şerî mahzur olarak duran bu durum düzeltilmiştir. Bu meselede şerî mahzur ise tazmin sorumluluğu üstlenilmeyen maldan getiri elde etme prensibine aykırı davranmadır. Sonuç olarak bu çalışmada mudârahe sermayesinin garantisi için ileri sürülen önerilerin, fıkıhın izin verdiği sınırlar içerisinde olup olmadığı izah edilecek ardından hâlihazırda sermayenin tazmin edilmesi için ileri sürülen en makul öneri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Mudârahe, Mudârib, Katılma Hesabı, Banka, Sermaye, Damân

Giriş

Faizsiz bankacılık kavramı 1940’larda tartışma konusu edilmesine rağmen faizsiz bankacılığın yapı taşları 1950’li yıllarda oluşmaya başlamıştır. Mısır’da posta idaresinin bünyesinde kurulan “tasarruf sandığı” faaliyetlerinin fıkıh uygunluğu tartışılırken aynı zamanda faizsiz bankacılığın ilk nüvesi de ortaya atılmıştır. Ardından 1963 yılında Ahmed en-Neccar’ın Mısır’da Mith Ghamr adıyla kurduğu tasarruf bankası ise bunun ilk örneği olmuştur.¹ Bu

¹ Cemal Kalkan, *Mudârahe Sözleşmesinde Kâr* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020), 36.

bağlamda klasik mudârabeyi faizsiz bankacılık sistemine uyarlama düşüncesi ilk kez 1965’lerde Muhammed Abdullah Arabî tarafından ortaya atılmıştır.² Böylece tarih boyunca bireysel bir uygulama olarak işletilen mudârabenin kurumsal bir formatta işletilmesi istenmiş, bu durum mudârahe sözleşmesiyle ilgili tartışmaları beraberinde getirmiştir. Takip eden süreçte mudârahe, faizsiz bankacılık sisteminde fon toplama ve kullandırmada fiilen uygulanmıştır. Ancak söz konusu akit fon kullandırma yönüyle çok yaygın bir şekilde tatbik edilmemiş ve zamanla da terk edilmiştir. Fakat faizsiz bankalar, halihazırda fon toplarken mudârahe sözleşmesini kullanmaya devam etmektedir.

İslam İktisadı araştırmacılarından Sami Hammûd, 1982 yılında “Tatvîrû'l-a'mâlî'l-masrîfiyye bimâ yettefikü ve's-ş-şerîâte'l-İslâmiyye” adlı eserinde klasik mudârabeyi faizsiz bankacılık sistemine yeni bir model olarak önermiş ve söz konusu öneride bankanın, zarar durumunda mudârahe sermayesini tazmin edeceğini ileri sürmüştür. Banka dışında üçüncü bir tarafın, mudârahe sermayesini garanti etmesini ise tespitlerimize ilk kez 1983 yılında Hasan Abdullah el-Emîn, “el-Vedâi' el-masrîfiyye en-nakdiyye ve'stismârihâ fi'l-İslâm” isimli eserinde dile getirmiştir. Daha sonra da Muhammed Bakır es-Sadr, Beytû't-temvîli'l-Kuveytî için hazırlamış olduğu “el-Benk el-lâ ribevî fi'l-İslâm” adlı eserinde, mudârahe temelli çalışan katılma hesapları sermayelerinin nasıl garanti edileceğini etraflıca incelemiş ve bankanın gönüllü olarak sermayeyi garanti edebileceğini ifade etmiştir. İslamî Finans Kuruluşları İçin Muhasebe ve Denetleme Kurumu’nun (AAOIFI) bünyesinde oluşturulan faizsiz finans standartları da (el-Meâyîru's-ş-şerîyye) mudârahe sermayesinin güvenceye alınması ile ilgili görüşleri daha sistematik bir hale getirmiştir.

Bahsi geçen araştırmalarda, banka veya banka dışında bağımsız bir kuruluş tarafından katılma hesabı sermayelerinin garanti edilebileceği ifade edilmiştir. Söz konusu sermayelerin banka tarafından garanti edilmesi birtakım mahzurlara sebep olabilmektedir. Çünkü mudârahe sermayesi banka tarafından garanti edildiğinde, hesap sahipleri, tazmin sorumluluğu üstlenilmeyen maldan elde edilen kâr yasağını ihlal etmiş olmaktadır.³ Buna rağmen günümüz akademik çalışmalarında sermayenin garanti edilebileceğine dair iki önemli yaklaşım ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki banka, ikincisi de banka dışında üçüncü bir tarafın sermayeyi garantiye almasıdır. Bu çalışmada söz konusu yaklaşımlar, delilleriyle birlikte incelenecek ve ardından fikhî değerlendirilmeye tabi tutulacaktır.

² Hasan Abdullah el-Emîn, *el-Vedâi' el-masrîfiyye en-nakdiyye ve'stismârihâ fi'l-İslâm* (Cidde: Dâru's-ş-şurûk, 1983), 318.

³ Muhammed Abdulmünîm Ebû Zeyd, *Nahve tatvîri nizâmi'l-mudârahe fi'l-masârifi'l-İslâmiyye* (Kahire: el-Ma'hadü'l-âlemi li'l-fikri'l-İslâmî, 2000), 140.

1. Katılma Hesabı Sermayesini Bankanın Garanti Edebileceği Görüşü

Modern dönem İslam İktisadı araştırmacılarından Sami Hammûd, bankanın mudârabeye sermayesini zorunlu olarak garanti edebileceğini iki şekilde temellendirmiştir: Birinci temellendirmesine göre, banka hesap sahiplerinin sermayelerini ecîr-i müşterek (bağımsız ücretli)⁴ gibi garanti eder. Çünkü banka, yalnızca muayyen kişilerin sermayelerini çalıştırmayıp ecîr-i müşterek gibi sermayesi olup da yatırım yapmak isteyen herkese hizmet sunar. Dolayısıyla banka, mudârabeye sermayesini ecîr-i müşterek gibi garanti edebilir. Ayrıca Hammûd'a göre klasik mudârabeye akdinde olduğu gibi zarar halinde mudârib konumunda bulunan bankanın sermayeyi garanti etmemesi, birtakım mahzurlara sebep olabilir. Şöyle ki banka, kâra kısa yoldan ulaşma gayesiyle ölçsüz davranışlarda bulunabilir, örneğin ekonomik dengeleri gözetmeksizin mudârabeye varlıklarını işleterek sermayenin zayi olmasına sebep olabilir.⁵ Nitekim klasik mudârabeye mudâribin sermayeyi ölçsüz bir şekilde kullanmasını engelleyecek bir mekanizma yoktur. Hammûd, bankaya sermayeyi garanti etme sorumluluğu yüklendiğinde, bu tür tedbirsizliklerin de önüne geçilmiş olacağını iddia eder.⁶

İkinci temellendirmesine göre ise alt mudârabeye yapan mudârib, yani mudârabeye sermayesini kendisi çalıştırmayıp sermayeyi işletmesi için başka birine veren mudârib, mudârabeye işletmesine kendi sermayesini koymadığı halde kârdan bir pay almaktadır. Ayrıca mudârabeye işletmesinde bir emek katkısı da yoktur. Çünkü bu mudâribin ikinci mudârible birlikte çalışması akdin sıhhatine engeldir. Bütün bunlara rağmen birinci mudârib kârdan pay almaktadır. Hammûd'a göre söz konusu kâr payını neyin karşılığında aldığı ise açık değildir. O zaman mudârib, sermayeyi ikinci mudâribeye vererek sermayenin damânını üstlenmesi sebebiyle bu kâr hissesini hak etmiştir.⁷ Dolayısıyla birinci mudârib gibi banka da işletmeciyeye verdiği sermayenin tazmin sorumluluğunu üstlenmiş kabul edilmektedir.

Muhammed Bâkır Sadr (ö. 1980), bankanın gönüllü olarak mudârabeye sermayesini garanti edebileceğini iddia etmiştir. Ona göre, işletmeciyeye, mudârabeye akdinde mudârib'i temsil eder dolayısıyla şer'an sermayeyi garanti etmesi caiz değildir. Buna karşın sözleşmeden ayrı bir unsur olarak değerlendirilen

⁴ Ya'kub b. İbrâhîm b. Habîb b. Sa'd el-Kûfî Ebu Yusuf, Kitâbu'l-âsâr, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî (Karaçi: Mektebetü dari'l-ülûm, 1430), 2/651.

⁵ Sâmi Hasan Ahmed Hammûd, Tatvîrû'l-a'mâlî'l-masrifîyye bimâ yettefikü ve's-şerîâte'l-İslâmiyye (Kahire, 1982), 394, 400, 402.

⁶ Hammûd, Tatvîrû'l-a'mâlî'l-masrifîyye bimâ yettefikü ve's-şerîâte'l-İslâmiyye, 402.

⁷ Hammûd, Tatvîrû'l-a'mâlî'l-masrifîyye bimâ yettefikü ve's-şerîâte'l-İslâmiyye, 404, 405; Ali Muhammed el-Hüseyn es-Savâ, "el-Fevârik et-tatbikiyye beyne'l-mudârabeye fi'l-fıkhî'l-İslâmî ve'l-mudârabeye'l-müşterek", Dirasât el-ülümü'l-insâniyye 19/1 (1992), 203.

banka kendisine yatırılan parayı garanti altına alır ve girişilen projenin zarar etmesi halinde sermayedara zararın tamamını ödemeyi taahhüt eder. Bunda da şerî bir yasak yoktur. Çünkü yasak olan, sözleşmenin tarafı kabul edilen mudâribin sermayeyi garanti etmesidir. Banka, mudârib sıfatıyla herhangi bir işleme girmiyor ki, zarar halinde sermayeyi garanti etmesi yasaklansın. Banka, mudâraibe varlığının garantisini mudârib ile sermayedar arasında bir aracı olma niteliğiyle üstleniyor. Buna göre banka, sermayeyi garanti etmek suretiyle sermayedara teberrûda bulunmuş oluyor. Bankanın garantisi de şer'an kendisini ilzam edecek bir şekilde sabit olmaktadır.⁸ Sadr, bu yaklaşımla bankayı mudâraibe sözleşmesinden ayrı bir unsur kabul etmekte ve böylece bankanın da gönüllü olarak sermayeyi garanti edebileceği sonucuna ulaşmaktadır.

2. Katılma Hesabı Sermayesini Sözleşme Tarafları Dışında Üçüncü Bir Tarafın Garanti Edebileceği Görüşü

Sermayenin mudâraibe sözleşmesi taraflarının dışında bağımsız bir kuruluş tarafından garanti edilebileceği de ileri sürülmüştür. İslam İktisadi araştırmacılarından Abdullah Emîn, bankanın hesap sahipleriyle anlaşarak mudâraibe kârından bir miktar kesinti yapabileceğini söyler. Bu kesintilerle yardımlaşma sigorta şirketi (شركة تأمين تعاونية) kurulmasını teklif eder. Böylece meydana gelmesi muhtemel zararların da bu şirket tarafından karşılanabileceğini belirtir. Söz konusu kesintinin meşruluğunu da mudâraibe akdinden bağımsız kişilere kârdan pay verilmesi cevazına dayandırır.⁹ Bir başka İslam İktisatçısı Münzir Kahf, devlet vasıtasıyla ya da faizsiz bankanın kendi kurduğu bir vakıf aracılığıyla müşterilerinin sermayelerini garanti altına alabileceğini, bunun da salt bir teberrû olacağını belirtir.¹⁰ Bununla birlikte sermayeyi garanti eden cihetin mudâraibe sözleşmesinin tarafı olmamasını da şart koşar.

Günümüz fıkıh akademileri ve benzeri kuruluşlar, ileri sürülen görüşleri destekler mahiyette hesap sahiplerinin kârlarından ayrılan rezervlerle sermayenin garanti altına alınabileceğini kabul eder.¹¹ Söz konusu rezervin de

⁸ Muhammed Bâkir es-Sadr, *el-Benk el-lâ ribevî fi'l-İslâm* (Kuveyt: Mektebetü câmi'n-nakiyyi'l-âmme, ts.), 32, 33.

⁹ Emîn, *el-Vedâi' el-masrifîyye en-nakdiyye ve'stismârihâ fi'l-İslâm*, 310, 324; Muhammed Osman Şübeyyer, *el-Muâmelâtü'l-mâliyyetü'l-muâsıra* (Ürdün: Daru'n-nefâis, 2007), 351.

¹⁰ Münzir Kahf, *el-İktisâd el-İslâmî*, "Senedâtü'l-kırâd ve damânu'l-ferîk es-sâlis ve tatbikâtuhümâ fi temvîli't-tenniyye fi büldâni'l-İslâmiyye", *Mecelletü câmiati'l-melik Abdulaziz 1/1* (1989), 57. Kahf, Ahmed Fehmi Ebu Sünn'e'den şu görüşü de nakleder: "Mudâribin sermayeyi tazmin etmesinin yasağı, amil haricinde üçüncü bir taraf sermayeyi tazmin etmeyi gönüllü olarak üstlenmesiyle mubah olur. Şayet bu üçüncü tarafın bunda maslahatı olsa da durum böyledir." (Kahf, s. 57).

¹¹ Münezzametü'l-mütemeri'l-İslâmî, *Mecelletü mecmai'l-fıkhü'l-İslâmî* (Mecelletü mecmai'l-fıkhü'l-İslâmî), *Mecmaü'l-fıkhü'l-İslâmî*, (2001), Kanun No. 122(5/13), 295; Kararâtü'l-mecmai'l-fıkhîyyi'l-İslâmî (Kararâtü'l-mecmai'l-fıkhîyyi'l-İslâmî), Râbitatü'l-âlemi'l-İslâmî, (2010), Kanun No. el-Karâr es-sâlis, 374. İlgili Madde şöyledir:

mudâribin kâr hissesi ayrıldıktan sonra mudârape gelirinden “yatırım riskleri” adı altında yapılması gerekir.¹² Bu rezerv, mudârape sermayesini koruma maksadını taşıdığından yalnızca hesap sahiplerinin kârından karşılanır. Mudâribin kâr hissesinin ilave edilmesi halinde sermayenin mudârib tarafından da garanti edilmesi anlamına geleceği için böyle bir rezerv caiz görülmemiştir.¹³

Ülkemizde ise katılma hesabında bulunan sermayeler, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) tarafından kısmen ya da tamamen garanti edilmektedir¹⁴. Banka iflas sebebiyle TMSF’ye devredildiğinde Merkez Bankası, hesap sahiplerine uğranılan zarar karşılığında kamu yararı gözetme gayesiyle tazminat öder. Bunun karşılığında faizsiz bankalar da güvenceye alınan bu hesaplar için TMSF’ye belli miktarda prim ödemesi yapmaktadır. Araştırmacılar, söz konusu prim ödemelerinin gerekçesini şöyle izah etmektedir. Zorunlu deprem sigortasında olduğu gibi katılma hesabında bulunan sermaye, devlet tarafından zorunlu olarak sigorta edilir. İşte faizsiz banka mevzubahis gerekçeye istinaden prim ödemesi yapar. Ayrıca mudârape akdinden bağımsız bir tarafın yani Merkez Bankasının zararı telafi etmeyi taahhüt etmesi meşrudur. Çünkü bu işlemin devlet tarafından yapılması sermayenin garanti edilmesinin meşruiyetini artıran bir yöndür.¹⁵

Öte yandan ülkemiz bankacılık mevzuatı, faizsiz bankalardan kâra katlıkları oranın yarısı kadar zarara katlanmalarını istemekteydi. Gerekçe olarak da zarar halinde bankanın mutlaka bir kusurunun bulunduğu düşüncesi ileri sürülürdü.¹⁶ Oysaki faizsiz bankaların, kâra katılım oranlarının en az yarısı kadar zarara katlanmaları, mudârape sermayesini kısmen güvenceye almaları demektir. Ancak 18/10/2018 tarih ve 30569 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren değişikliklerle, Mevduat ve Katılım Fonu Kabulü’ne ilişkin Yönetmeliğin dördüncü maddesinin (4) numaralı fırcasının (g) bendine göre

المضارب أمين ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها. ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة. ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام. ولا مانع من ضمان الطرف الثالث طبقاً لما ورد في قرار المجمع رقم ٠٣ (٤/٥) فقرة ٩، والله أعلم.

¹² Heyet, *Meâyîru'l-muhâsebe ve'l-müraca ve'l-ahlâkiyyât (AAOIFI) (Menâme: Daru'l-meymân, 1437)*, 525.

¹³ Abdulaziz Halife el-Kassar, “Ahkâmu tekvîni'l-muhassasât fi'l-bünûki'l-İslâmiyye eseruhâ a'lâ tevzi'l-erbâh”, *el-Mu'temeru'l-fikhî er-râbi' li'l-müessesâti'l-mâliyeti'l-İslâmiyye (el-Mu'temeru'l-fikhî er-râbi' li'l-müessesâti'l-mâliyeti'l-İslâmiyye, Kuweyt: Şeriketü Şu'rá, 2011)*, 54.

¹⁴ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), “Faaliyet İzni Kaldırılan Bankalardaki Sigortalı Mevduat Ve Sigortalı Katılım Fonunun Ödenmesi İle Bu Bankaların İflas Ve Tasfiyesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”, Resmi Gazete (02 2007), 26443, Md. 10/1, s. 2; Yusuf Dinç, “Katılım Bankalarında Havuzlar ve Birim Hesap Değeri, Vade Uyumsuzluğu ve Fon Kullandırımı Üzerine Öneriler”, *Bankacılık ve Sermaye Piyasası Araştırmaları Dergisi* 1/2 (2017), 13.

¹⁵ Ishak Emin Aktepe, *Katılım Finans (İstanbul: TKBB Yayınları, 2017)*, 162.

¹⁶ Aktepe, *Katılım Finans*, 157.

katılma hesabının zarara katılma oranı %100 olarak kabul edilmiştir. İlgili madde şu şekildedir:

“MADDE 4 – (1) Kredi kuruluşlarınca, Kanununun 144 üncü maddesi esas alınarak belirlenecek mevduat faizleri ve katılma hesaplarına ilişkin kâra katılma oranları ilan edilmek suretiyle uygulanır. (...)

f) Hesap sahibinin kredi kuruluşundan talep hakkının hesabın vadesinin bittiği tarihteki faiz oranı veya birim hesap değeri üzerinden hesaplanan tutarda olacağını,

g) Katılma hesaplarında zarara katılma oranının yüzde yüz olduğu, beyan ve taahhüt ettikleri ve banka yetkilileri tarafından 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Borçlar Kanununun 15 inci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen şekilde imzalanmış hesap cüzdanı düzenlemek zorundadır. Kredi kuruluşları, düzenledikleri hesap cüzdanını hesap sahibinin tercihi doğrultusunda basılı veya elektronik a hesap sahibine vermekle ya da hesap sahibinin hesap cüzdanını almayı reddettiğini ispatlamakla yükümlüdür.”

Böylece katılma hesapları sermayeleri hakkında şerî mahzur olarak kabul edilen bu durum düzeltilmiştir.¹⁷

Yine Merkez Bankası'nın Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kâr ve Zarara Katılma Oranları Hakkında Tebliği ile bu durum, teyit edilmiştir. İlgili madde şu şekildedir:

“MADDE 5 – (1) Katılma hesaplarında toplanan fonların işletilmesi sonucu doğacak kâra katılma oranı, katılım bankaları ile hesap sahibi arasında düzenlenecek sözleşmeyle serbestçe belirlenir.

(2) Katılma hesaplarında oluşacak zarar hesap sahibine aittir. Katılım bankalarının kendi kasıt, kusur ve ihmal halleri dışında oluşacak zarara katılması zorunlu değildir.”

¹⁷ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik), Resmi Gazete (18.10.2018) 30569, md. 5/1, s. 2.

Görüldüğü üzere Merkez Bankası'nın ilgili tebliğinde, girişimcinin (fon kullanan) herhangi bir kasıt ve kusuru olmadığı sürece, sermayede meydana gelen zararın sorumluluğu yani tazmin edilmesi tamamen sermaye sahibine yüklenmektedir.

Sonuç ve Değerlendirme

Sermayenin garanti edilmesi ile ilgili yaklaşımları sırasıyla şöyle tahlil edebiliriz. Bankanın katılma hesabında bulunan mudâraibe sermayesini zorunlu olarak garanti edebileceği görüşü, esasen birkaç açıdan problemlidir. Birinci problemlili yön, Hammûd'un mudâribi ecîr-i müştereğe benzeterek sermayeyi garanti edeceğini söylemesi, bu ise yanlış bir kıyastır. Usûl-i fıkıh terminolojisindeki ifadesiyle *kıyâs maa'l-fârik*tır. Çünkü ecîr-i müşterek ile mudârib arasında kayda değer farklar vardır. Örneğin ecîr-i müşterek muayyen bir ücret karşılığında insanların malları üzerinde emek harcarken, mudârib gerçekleşmesi kesin olmayan kâr karşılığında hesap sahiplerinin sermayelerini çalıştırmaktadır.¹⁸ İkinci problemlili yön, ecîr-i müştereğin tazmin ettiği bir mal yani eşya iken günümüz uygulamasında bankanın tazmin etmek zorunda kalacağı şey paradır. Bu yönüyle de yapılan kıyas sağlıklı değildir. Üçüncü problemlili yön, mudâribin zarara uğrama ihtimali, ecîr-i müştereğe nispetle daha fazladır. Dördüncü problemlili yön, makîsun aleyh olan ecîr-i müştereğin elindeki eşyayı tazmin etmesi fakihler arasında genel kabul gören bir konu değildir. Ayrıca mudâribin iki kez zarara muhatap olması da adil değildir.¹⁹

Hammûd'un diğer temellendirmesine gelirsek; birinci mudâribin sermayeyi garanti etmesi sebebiyle kârdan bir hisse alacağı fikri isabetli değildir. Çünkü ikinci mudârib yani işletmeciler zarar ettiğinde birinci mudârib pozisyonunda bulunan banka, işletmecilere teslim ettiği sermayeyi tazmin etmek zorunda değildir. Bankanın meydana gelen zararı tazmin etme sorumluluğu olmadığına göre sermayeyi garanti etmesi mukabilinde kâr alması söz konusu değildir. Aslında banka, işletmecilerin emeğini taahhütle kârdan hisse almaktadır. Nitekim taahhüt fakihler nezdinde bir çeşit emek kabul edilmektedir. Ayrıca mudâribin alt mudâraibe yapma (mudâribin mudâraibe sermayesini kendisi işletmeyip başka bir kimseye işletmesi) yetkisine sahip olmadığını savunan mezheplere göre bankanın fon kullandırırken mudârib konumunda değerlendirilmesi caiz değildir. Dolayısıyla bu durumda banka, mudârib olarak sermayeyi garanti edemez. Hatalı gördüğümüz bir başka husus da şudur: Hammûd, bankanın alt mudâraibe yetkisine sahip olacağı görüşünü Hanefî mezhebinden, birinci mudâribin (banka) ortaya koymuş olduğu emeğin md-

¹⁸ Ebû Zeyd, *Nahve tâtûiri nizâmi'l-mudâraibe*, 132.

¹⁹ Ebu Yusuf, *Kitâbu'l-âsâr*, 651.

rabeden sayılmaması görüşünü de diğer mezheplerden²⁰ alarak bu meseleyi telfikle çözmektedir. Kanaatimizce böyle bir çözüm arayışı doğru değildir.

Sadr'ın faizsiz bankanın gönüllü olarak sermayeyi garanti edebileceği görüşü, fiilî durumla çelişmektedir. Çünkü hesap sahipleri (rabhu'l-mâl) işletmecilerle (mudârib) herhangi bir temas kurmadan faizsiz bankayla muamele yapmaktadır. Dolayısıyla banka mudârabe sözleşmesinin asıl unsuru kabul edilmelidir. Ayrıca Sadr bankayı, işletmecilere fonlar kullandığında hesap sahiplerinin vekili olarak değerlendirmektedir. Sermayenin garanti edilmesi meselesinde de bankanın akitten bağımsız bir unsur kabul edilmesi, mantıklı değildir.²¹ O zaman faizsiz bankacılığın diğer konvansiyonel bankalardan bir farkı kalmamış olur. Hâsılı mudârabe kârının hesap sahiplerine helal olabilmesi için, sermaye sahiplerinin sermayenin sorumluluğunu üstlenmeleri gerekir.

Sermayenin akitten bağımsız taraflarca garanti edilmesi hakkında ileri sürülen görüşler sırasıyla şöyle değerlendirilebilir. Abdullah Emîn, mudârabe kârından yapılan kesintilerle sermayenin garanti edilebileceğini öne sürmüştür. Ancak bu durumda mudâribin de zarara katlanması söz konusu olacağından bahsi geçen öneri eksik kalmaktadır. Bu öneri, kesintinin yalnızca hesap sahiplerinin kârından yapılması şartıyla tashih edilebilir. Kahf'ın teklifinde ise devlet hazinesinin toplumun bazı fertlerine tahsis edilmesi söz konusudur. Bu da kamu kaynaklarının adil bir şekilde bölüşülmesine engeldir. Bankanın kendi kurduğu vakıfla sermayeyi garanti etmesi de aynı şekilde mahzurludur. Ayrıca ilgili teklifte kesintinin nereden yapılacağı tam olarak açıklanmamıştır.

Ülkemizde TMSF tarafından katılım hesaplarının kısmen garanti edilmesi ile ilgili olarak ise şunlar söylenebilir: Kamu otoritesinin bankanın iflası durumunda katılma hesabı sermayesinin bir kısmını garanti etmesi, aslında bu hesaplarındaki sermayelerin tamamını garanti etmek değildir. Çünkü mevzu bahis kesintilerin doğrudan katılma hesabıyla ilgisi olmadığı dile getirilmektedir.²² Ayrıca TMSF yalnızca bankanın iflas etmesi durumunda hesap sahiplerinin sermayelerini kısmen tazmin etmekte, katılma hesabı zarar ettiği ise buna müdâhil olmamaktadır. Ancak TMSF'ye ödenen primlerin gerekçesi tam olarak açıklanamaması meselenin açık kalan tarafıdır. Çünkü katılma hesabı sahipleri bu işlemde zarar görmektedir. Pekalâ banka bu primleri yalnızca kendi öz kaynağından ödeyebilir.

²⁰ İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*, nşr. Abdulaziz Muhammed ed-Dîb (Ciddé: Daru'l-minhâc, 2007), 7/495; Muvaffakaddîn İbn Kudâme, *el-Mugnî*, thk. Abdulmuhsin et-Türki - Abdulfettah Muhammed el-Halvu (Riyad: Dâru'l-alemi'l-kütüb, 1997), 7/158.

²¹ Refik Yunus el-Misrî, *el-Mecmû fi'l-iktisadi'l-İslâmî* (Dimeşk: Dâru'l-mektebî, 2006), 228.

²² Servet Bayındır, "Katılım Bankacılığında Sermaye Toplama Yöntemleri: Cari ve Katılma Hesapları", *Teori ve Uygulama açısından İslam ve Finans*, ed. Kızılkaya Necmettin (İstanbul: İSAR Yayınları, 2019), 117.

Katılma hesabı sermayesinin sigortalanması için akit taraflarından bağımsız bir kişiye kârdan pay ayrılabilmesi, çağdaş literatürde Malîkî fakihlerin cevazına dayandırılmıştır. Malîkîlere göre, sermayedar, kârın bir kısmını ya da tamamını; miskinlere, hacılara veya üçüncü kişilere ayırabilir. Malîkîler, mudârabeye kârın bir kısmını ihtiyaç sahibi kimselere ayırmayı sadaka, kârın tamamını akit dışında üçüncü bir tarafa tahsis etmeyi de hibe kapsamında değerlendirmişlerdir. Yukarıda zikrettiğimiz bazı modern araştırmacılar da kârın akit dışında üçüncü bir tarafa tahsis edilebileceğinden hareketle, sermayenin sigortalanması için kârdan bazı kesintiler yapılabileceğini söylemiştir. Kanaatimizce mahza sadaka amaçlı yapılan söz konusu faaliyetin bu şekilde anlaşılması isabetli değildir.²³ Sonuç olarak mudârabeye sermayesinin garantisi için ileri sürülen çözüm önerileri fihhın izin verdiği sınırlar içerisinde olmalıdır. Kanaatimizce hâlihazırda sermayenin tazmin edilmesindeki en makul çözüm; “yatırım riskleri” için biriktirilen fonlardan karşılanmasıdır. Fakat bu durumda söz konusu kesintilerin yalnızca katılma hesabına sermaye yatıran hesap sahiplerinin varlıklarından olması gerekmektedir. Söz konusu kesinti, brüt kar üzerinden yapıldığı zaman mudârib de sermayenin zararına katlanmış olacaktır. Oysaki mudârabeye sözleşmesinin muktezası, mudâribin zarara katlanmasına izin vermemiştir.

²³ Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve't-tahsil ve'ş-şerhu ve't-tevcîhu ve't-ta'lîlu fi mesâilil-mustahrece, el-Müstahrece mine'l-esmi'a (el-'Ufbiyye), thk. Üstaz Ahmed el-Habbanî (Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1988), 12/348.*

KAYNAKÇA

- Aktepe, İshak Emin. *Katılım Finans*. İstanbul: TKBB Yayınları, 2017.
- Bayındır, Servet. "Katılım Bankacılığında Sermaye Toplama Yöntemleri: Cari ve Katılma Hesapları". *Teori ve Uygulama açısından İslam ve Finans*. ed. Kızılkaya Necmettin. İstanbul: İSAR Yayınları, 2019.
- BDDK, *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu. Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik. Resmi Gazete (18.10.2018) 30569. Erişim 28 Mayıs 2021. Erişim 28 Mayıs 2021. <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.10735&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=mevduat%20ve%20kat%C4%B1l%C4%B1m>*
- Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn el-. *Nihâyetü'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*. nşr. Abdulaziz Muhammed ed-Dîb. 20 Cilt. Cidde: Daru'l-minhâc, 2007.
- Dinç, Yusuf. "Katılım Bankalarında Havuzlar ve Birim Hesap Değeri; Vade Uyum-suzluğu ve Fon Kullanırımı Üzerine Öneriler". *Bankacılık ve Sermaye Piyasası Araştırmaları Dergisi* 1/2 (2017).
- Ebu Yusuf, Ya'kub b. İbrâhîm b. Habîb b. Sa'd el-Kûfî. *Kitâbu'l-âsâr*. thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî. 2 Cilt. Karaçi: Mektebetü dari'l-ulûm, 1430.
- Ebû Zeyd, Muhammed Abdulmünîm. *Nahve tatvîri nizâmi'l-mudârabe fi'l-masâri-fi'l-İslâmiyye*. Kahire: el-Ma'hedü'l-âlemi li'l-fikri'l-İslâmî, 2000.
- Emîn, Hasan Abdullah el-. *el-Vedâi' el-masrifîyye en-nakdiyye ve'stismârihâ fi'l-İslâm*. Cidde: Dâru's-şurûk, 1983.
- Hammûd, Sâmi Hasan Ahmed. *Tatvîrü'l-a'mâli'l-masrifîyye bimâ yettefikü ve's-şerîâte'l-İslâmiyye*. Kahire, 1982.
- Heyet. *Meâyîru'l-muhâsebe ve'l-müraca ve'l-havkeme ve'l-ahlâkiyyât (AAOIFI)*. Menâme: Daru'l-meymân, 1437.
- İbn Kudâme, Muvaffakaddin. *el-Mugnî*. thk. Abdulmuhsin et-Türkî - Abdulfettah Muhammed el-Halvu. Riyad: Dâru'l-alemi'l-kütüb, 1997.
- İbn Rüşd el-Ced, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî. *el-Beyân ve't-tahsil ve's-şerhu ve't-tevcîhu ve't-talîlu fi mesâilil-mustahrece, el-Müstahrece mine'l-esmi'a (el-'Utbiyye)*. thk. Üstaz Ahmed el-Habbanî. Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 2. Basım, 1988.
- Kahf, Münzir. *el-İktisâd el-İslâmî. "Senedâtü'l-kırâd ve damânu'l-ferîk es-sâlis ve tatbikâtuhümâ fi temvîli't-tenmiye fi büldâni'l-İslâmiyye"*, ". *Mecelletü câmiati'l-melik Abdulaziz* 1/1 (1989), 45-84.

- Kalkan, Cemal. *Mudârame Sözleşmesinde Kâr*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020.
- Kassar, Abdulaziz Halife el-. "Ahkâmu tekoîni'l-muhassasât fi'l-bünûki'l-İslâmiyye eseruhâ a'lâ tevzîi'l-erbâh". el-Mu'temeru'l-fikhî er-râbi' li'l-müessesâti'l-mâliyyeti'l-İslâmiyye. 40-67. Kuveyt: Şeriketü Şu'râ, 2011.
- Mısırî, Refik Yunus el-. *el-Mecmû fi'l-iktisadi'l-İslâmî*. Dimeşk: Dâru'l-mektebî, 2006.
- Münezzametü'l-mütemeri'l-İslâmî. *Mecelletü mecmâi'l-fikhî'l-İslâmî, Mecelletü mecmâi'l-fikhî'l-İslâmî (Kanun No. 122(5/13))*. Mecmaü'l-fikhî'l-İslâmî, (2001).
- Sadr, Muhammed Bâkır es-. *el-Benk el-lâ ribevî fi'l-İslâm*. Kuveyt: Mektebetü câmi'n-nakıyyi'l-âmme, ts.
- Savâ, Ali Muhammed el-Hüseyn es-. *Dirasât el-ulûmu'l-insâniyye. "el-Fevârik et-tatbikiyye beyne'l-mudârame fi'l-fikhî'l-İslâmî ve'l-mudârame'l-müştereke"* 19/1 (1992), 253-275.
- Şübeyr, Muhammed Osman. *el-Muâmelâtü'l-mâliyyetü'l-muâsıra*. Ürdün: Daru'n-nefâis, 2007.
- TMSF. "Faaliyet İzni Kaldırılan Bankalardaki Sigortalı Mevduat Ve Sigortalı Katılım Fonunun Ödenmesi İle Bu Bankaların İflas Ve Tasfiyesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik". Resmi Gazete. 02 2007. Erişim 26 Nisan 2021. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/02/20070223-8.htm>
- Kararâtü'l-mecmaî'l-fikhıyyi'l-İslâmî, *Kararâtü'l-mecmaî'l-fikhıyyi'l-İslâmî (Kanun No. el-Karâr es-sâlis)*. Râbitatü'l-âlemi'l-İslâmî, (2010).