

kara 1989, s.23.

(28) EREM-ALTINOK-TANDOĞAN, a.g.e., s.23.

(29) REİSOĞLU, a.g.e., s.79 vd.

(30) EREM-ALTINOK-TANDOĞAN, a.g.e., s.24

(31) Ü.TEKİNALP, a.g.e., s.144 vd.

(32) REİSOĞLU, a.g.e., s.81.

(33) ROUSSAKIS, Emmanuel: *Evolution of International Banking and its US Development*, INTERNATIONAL BANKING, Principles and Practices edited by EMMANUEL ROUSSAKIS, 1983, s.4 vd.

(34) TARLAN, Selim: *Tarihte Bankacılık*, Ankara 1986, s.122.

(35) TARLAN, a.g.e., s.124-125.

(36) Bu tanımlamalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. KABAALİOĞLU,

Haluk: *Çokuluslu işletmeler hukuku*, İstanbul 1982, s.34 vd.

37) HALEY/SELIGMAN: *The Development of International Banking by The United States*, THE INTERNATIONAL BANKING, Handbook edited by WILLIAM BAUGHN / DONALD MANDICH, 1983, s.42.

(38) HALEY / SELIGMAN, a.g.m., s.42-43.

(39) TARLAN, a.g.e., s.138.

(40) Banka ve Diğer Mali Kuruluşların Yerleşme Serbetisi veya Hizmet Tedariki İle İlgili Kısıtlamaların Kaldırılması Hakkında 28 Haziran 1973 Tarihli Konsey Yönergesi (73/183, Topluluk RG. 1973 L 194).

OSMANLI MAHKEME KAYITLARINDA İSLÂM ORTAKLIK HUKUKU

HaİM GERBER(*)

Çev: Arş. Gör. Fethi GEDİKLİ (**)

Kısa bir süre önce yayınlanan (1), klasik İslâm'da ortaklık hukuku hakkındaki önemli bir çalışmada yazar, şarkiyatçılığın kurucu babalarının ve bilhassa I.Goldziher ve G.Snouck Hurgröje'nin en azından klasik İslâm devrinin büyük bir kısmında, hiç uygulanmadığından ötürü herhangi bir pratik ürüne sahip olmadığını ileri sürdükleri İslâm hukukunun önemini nasıl küçümstediklerini anlatıyor. Yazarın ifadesiyle:

Fıkıhın fiiliyatta yapacağı pek az bir şeyi vardı. Sa-dece kuramsal bir önemi haizdi ve din âlimlerince altın çağ olarak mütalâa edilen ilk halifeler paradigmasına göre geliştirilmişti. Din-hukuk âlimleri görevlerini, şeylerin nasıl olması gerektiği ideal bir toplum yaratma olarak algılamışlardır. Fakat şeylerin olması gerektiği gibi olmadığı gerçeği, hukukun ihlâline ilişkin göndermelerle kâfi derecede belgelendirilebilir. Hukuk ideal toplum için tespit edilmiş, çürümüş bir dünyanın ihtiyaçlarını hesaba katmamıştır. Hurgröje'nin özetlediği gibi: "...İslâm toplumunun bütün katmanları, kuramda gösterdikleri saygıya tamamen eşit bir biçimde uygulamada bu kutsal hukuka her seviyede umursamazlık göstermişlerdir." Bu ima ile yazar, müslüman entellektüel hayatının en önemli unsurlarından biri olarak kuramsal İslâmî hukuk öğretisinin gelişmesi dışında, hukukî malzemenin herhangi bir incelemede kaynak olarak kullanılmasını da bertaraf etmiştir (2).

İslâm hukuku hakkındaki bilgimiz, zikredilen eser yazıldıktan sonra hatırı sayılır ölçüde ilerlediğinden Udovitch, her şeye rağmen,

... İslâm sosyal ve iktisadî tarihi bakımından makbul bir kaynak olarak hukukî malzemenin geçerliliği ve uygulamaya yönelik hukuk ilişkisi üzerine bu âlimlerin hükmünün, bir dereceye kadar tadel edilmiş olmakla beraber herhangi bir sistemli yeniden değerlendirmeye mevzû olmadığını (3), söylemeye devam

ediyor.

Müteakip sayfalarda Udovitch bu görüşleri çürütmeyi sürdürüyor ve bunu oldukça ikna edici bir tarzda yapıyor (4). Daha sonraki safhada tezini müslüman ortaklıklarının oldukça sık görüldüğü (5) Kahire ve Geniza'dan vesikalar ıktibas ederek pekiştiriyor. Görüntüğe göre tartışmadaki bütün taraflar, kesin bir biçimde iş hukuku(***)'nun etkililiğinin muhtemelen klâsik İslâm devrine dayanmadığında hemfikirler(6). Bugün Osmanlı İmparatorluğu'nun mahkeme kayıtlarının incelenmesi, böyle bir varsayım üzerine ciddi şüpheler serpiyor; yine de bu, Udovitch'in klâsik İslâm hukukunun yapısı hakkındaki genel yargısını daha da kıymetlendirebilir.

Osmanlı devri şer'î mahkeme sicilleri, eski İslâm ortaklık hukukunun tamamıyla yürürlükte olduğunu oldukça açıkça gösterir. Bu çalışmanın malzemesinin esas kısmı, 17. asır Anadolu Bursasının (7) kadı sicillerinden alınmıştır ama buun mücerret bir olgu olmadığına dair bol bol delil vardır. Aksine, genelde Osmanlı toplumunun tam anlamıyla temsilcisi olduğunu gösteriyor. Ortaklıklar 16. asrın Ankara (8), 17. asrın Kayseri (9), 18. asrın İstanbul (10), 19. asrın İzmir (11) ve 19. asrın Filistininde (12) kurulmuştur.

Bu noktada şer'î mahkeme sicillerinin önemini, diğer olası kaynaklara karşı vurgulamak hayati bir önemi haizdir. Bir bölümü, İmparatorluğun her tarafındaki kadılarınca geniş ölçüde başvuru kaynağı olarak kullanılan Osmanlı devrinden kalma bazı mükemmel İslâm hukuku kılavuz kitapları vardır. Bu bağlamda zikredilebilecek en meşhur toplamalardan ikisi İbrahim el-Halebi (13) ve Molla Husrev (14) inkidir. Ama Osmanlı dönemi için bu kitaplar katıyetle aşırı ihtiyatla kullanılmıştır. Çünkü klâsik hukuk toplamalarının tarihi değeri ne olursa olsun, Osmanlı devrindekiler sosyal ve iktisadî sahalarda değişmeleri yansıtır gözükmezler. Üstelik 17. asır Bursa sicilleri, mahkemede, şer'iat için yeni ve meçhul olan hukukî düzenleme ve sözleşmelerin serbestçe yapıldığını gösterir, Mesela istiğlal olayı böyledir, ki gayrimenkul ipoteği yerine faizle borç para verme düzenlemesiydi (15). Bununla beraber, sünni (***) şer'iat için

(***) İngiliz hukuk sisteminde iş hukuku (business law), Türk hukuk sistemindekinden daha geniş olup özellikle ticaret ortaklıklarını da kapsamaktadır. (ç. n.)

(****) "Sünni" kelimesi bu metinde İngilizcedeki "orthodoks" ifadesi yerine kullanılmıştır. (ç. n.)

(*) HaİM Gerber, İsraili bir araştırmacıdır. Makale yazarın "The Muslim Law Of Partnerships in Ottoman Court Records" Studia Islamica, LII, Paris, 1981, s. 109- 119'dan çevrilmiştir.

(**) Arş. Gör.Fethi Gedikli , M. Ü. Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı öğretim elemanıdır.

iyi bilinen bazı hukukî kavramlar, anlamlarını değiştirmiş ve klâsik toplamalardaki görünür anlamından farklı bir anlamla 17. asır Bursasında kullanılmıştır. Buna iyi bir örnek musaka (Türkçe musakat) terimidir ki sünî hukukta bir tür ortaklık düzenlemesiyle iki taraf arasında mahsûlün bölüştüldüğü tarım arazisinde bir kira sözleşmesi demektir (16). Fakat 17. asır Bursa mahkeme kayıtlarında bu terimle bilinen düzenleme, farklı bir biçim almıştır. Burada musaka, bir düzenlemedir ki onun vasıtasıyla vakıf mülkiyeti, belirli bir süre, umumiyetle uzun bir süre için bir kimseye kiralanmıştır. Mülkiyetin taksimi şu şekilde idi: Kiracı ürünün % 99unu ve vakıf ise % 1'ini alırdı. Fakat bu % 1'de kiracının elinde kalır ve mülkün bakım ve muhafazasına harcanırdı (17). Böylece bu düzenleme ile İslâmî musaka arasında küçük bir benzerlik vardır. Meşhur kılavuz kitaplarda bu yeni hukuk kurumları hakkında herhangi bir iz yoktur.

Gerçek hayata çok daha yakın olmasına rağmen fetvâ mecmuaları bile, en azından şimdiye kadar ortaklık hukuku sözkonusu olduğunda, büyük ihtiyatla kullanılmalıdır. (En azından) onların ortaklık bablarında, (18) zikredilen vakalar her nasılsa gerçek hayattan alınmış gibi gözükmezler, veya en azından küçük bir kullanım sağlamak üzere böyle bir alan için basmakalıplaştırılmışlardır.

17. asır Bursasının kadı kayıtlarını inceleyerek iş ortaklığına ilişkin 90'dan az olmamak üzere referanslar bulduk. Bu rakamın yüksek olmadığı doğrudur ve dahası referansların bir çoğu hemen hemen bağlamından kopuk olarak sunulmuştur (19). Fakat bu, bizim genel sorunumuzla ilgili değildir. Önemli olan, sünî İslâm ortaklığının serbestçe kullanımının mevcudiyeti gerçeğidir. Kullanılan sadece klâsik terimler değil fakat aynı zamanda onların arkasındaki muhteva olduğuna dair deliller vardır. Üstelik, 1105/1693'de Bursa kadısının önüne gelen bir davada verilen karar, şu sözlerle başlamıştı "Fıkıh kitaplarına müracaat edilmiştir." (20)

1082/1671 tarihli bir mudarebe ortaklığı ile ilgili bir belgede (bak. aşağıda), yatırımcı ve emek sahibi (muḍârib, vekil) arasında bir ayırım yapılmıştır; yatırımcının kârın üçteikisini ve emek sahibinin kârın üçtebirini alacağı açıkça belirtilmiş ve emek sahibinin tamamıyla yatırımcının talimatlarını izleyeceğinin varsayıldığı açıklanmıştır (21). Ve bunlar, klâsik İslâm'daki ortaklık hukukunun en önemli unsurlarının bazılarıdır. Ve yine başka bir örnekte, bir mudarebe ortaklığındaki emek sahibi ortaklık adına ortaklığa yatırılan meblağdan daha fazlasına yükselen sorumluluklara maruz kalmıştır (22). Böyle bir hareket klâsik İslâm hukukunca istidane diye adlandırılmıştır ve yatırımcının rızası olmadan gayri meşrûdur (23). Gerçekten, böyle bir uyuşmazlığın mahkemeye getirildiği 1093/1682 tarihli bir davada vekil, davayı şu ifadeyle kaybetmiştir: "istidane tasdik edilmeden sahih değildir." Böylelikle mahkemenin klâsik ortaklık hukukuna kılı kırk yaran, çok titiz bir dikkat gösterdiği açıktır.

17. yüzyıl Bursasının kadı kayıtlarında bulunan 90 veya o civardaki ortaklıktan 32 si, mudarebe (commend) tarzında, 10'u mufavada, 6'sı i'nan, 2'si sanaî ve 2'si vucûh tarzında idi. Geri kalanın tümü basitçe şirket yani daha fazla özelleştirilmeden ortaklık diye tanımlanmıştır. Böylece mudarebe, mufavada ve i'nan en yaygın ortaklık tipleri idiler.

Mufavada ortaklığı, tam bir ortaklıktır. Her iki taraf bütün ekonomik varlıklarını (meskenler hariç tutulmuştur) yatırırlar; her iki taraf işte birlikte çalışmak ve eşitlik içinde kârları bölüşme (veya zararlara katlanma) zorundadır. İki taraftan her biri diğeri için vekili ve kefil addedilir. Bu, her bir tarafın kendisinin özel mülkiyetinde

immiş gibi ortaklık mallarını tasarruf etmeleri anlamına gelir (24). i'nan şirketi daha sınırlıdır. Her bir ortak belli bir miktar para koyar ve (kârların veya zararların) taksiminde önceden anlaşılır ve böylece bu ortaklık hissede eşitliği gerekli kılmaz. Bu tür ortaklık iki taraf arasında yalnızca ortaklık ilişkileri manasına gelir. Onlar üçüncü kişilerle ilgili meselelerde birbirleri için sorumluluk taşımazlar. i'nan da taraflar yatırım ve kâr bölüşümü için farklı oranları kararlaştırabilirler ve kolları, mufavada akdinde olduğu gibi (Hanefilerce yatırım oranı ve kar taksimi oranı arasındaki çok geniş bir mesafe gayri sahih sayılmasına rağmen) (25) bağlı değildir.

Yukarıda sunulan istatistiklerden sanki mudarebe ortaklığı, 17. asır Bursasında en önemli ortaklık tipi gibi gözüküyor. Bu, bir tarafın yatırımcı ve diğeri için vekil olarak mütalâa edilebileceği bir ortaklık tipidir. Teşebbüsün anaparası yatırımcı tarafından tedarik edilir fakat o edilgin bir ortak olarak kalır. Vekil bu parayı işletir ve ne kadar kâr sağlarsa, bu önceden tanzim edilmiş hisselerle paylaşılır. Kaynak anapara yatırımcıya aittir ve ona geri döner. Bir kazançtan çok bir zarar varsa buna yalnızca yatırımcı katlanır (26). Bunlar sünî İslâm ortaklık hukukunun en temel kurallarıdır ve bu ortaklıklar aynı zamanda Osmanlı İmparatorluğu'nda mevcut olduğu için konumuzun daha kapsamlı münakaşasına iyi bir temel olarak hizmet edebilirler.

Ortaya çıkan soru, acaba Osmanlı mahkeme kayıtlarında kaydedilen ortaklıklar, birbirine yabancı olan iki kişinin arasında hakiki bir ekonomik ittifak mı? veya sadece üretim araçları üzerinde aile mülkiyetinin bir şekli midir? sorusudur. İkiyle, toplumbilimsel kuramdan alınmıştır. Bu kuramı savunanlardan, Eisenstadt modern-öncesi toplumun önemli vasıflarından birinin, ekonomik faaliyetle uğraşan gurubun çok sıkça aile gibi daha tabii guruplar dönüşmeye mütemayil olduğunu müşahade etmiştir (27). Başka bir deyişle, insanlar arasında aile bağlantısı yüksektir, öyle ki sosyal ve ekonomik faaliyetlerin ekseriyeti, bu aynı gurup içinde icra edilmeye yatkındır.

Bundan başka İslâm miras hukuku, mülkiyetin mirasçılar arasında ayrı ayrı taksimine karşı olduğundan, ailenin toplumsal bağlarını bir dereceye kadar zayıflatma eğilimindedir. Netice olarak, bu tür bir ortaklık müessesesinin, sünî miras hukukunun işlevsel olmayan etkilerine karşı toplumsal yapının ideal bir aygıt' olabileceği beklenebilir. Bununla beraber, 17. asır Bursasındaki ortaklıkları deneysel olarak denetlediğimizde bulunan 90 ortaklıktan sadece 6'sının aile yakınları arasında kurulduğunu keşfetmekle şaşırıyoruz (28). Ya geleneksel toplumun kabul görmüş tanımlanmasında bir şey yanlış ya da Bursa, birisinin düşünebileceği kadar geri kalmış bir şehir değil. Öyle görünüyor ki her iki durumda da ortaklık kurumu, esas olarak aileden ve kendi içindeki bir kurum olarak denetleme hakları/yetkilerinden bağımsızdı.

Ortaklık kurumu, klasik İslâm'dakinden az olmamak üzere ortaklık kurumu, Osmanlı İmparatorluğunda, üstelik genellikle o erken devirlerdeki tanıdıklarımıza oldukça benzer bir yapıda, gerçek ekonomik işlevleri karşılamak üzere kullanılmıştır. "Gerçek" ekonomik işlevlerle kasdettiğimiz şey, bir çok ortaklığın ortak mülkiyet biçiminde, olmadığının görünmesidir, fakat aksine sözleşmeler, ortaklık olmaksızın kolayca elde edilen değil edilemeyen bir hedefi başarmaya niyet etmişlerdi.

Böylece mudarebe özellikle milletlerarası ticarete veya en azından birbirinden uzakta konumlanmış şehirler arasındaki ticarete bulunmak için kullanıldı. Mesela 1099/1688'de ölen Hüseyin b. Mustafa büyük bir ithalatçıydı. Onun mülkünde bütün dünyadan gelme külliyetli miktarlar veya emtia buluyoruz. Başka şeyler arasın-

da terekesindeki bir maddeden vefatından evvel onun bir mudarebe ortaklığına 290 esedi kuruş koyduğunu ve iki vekilini (tabii Güney Arabistandan ithal edilen) kahve satın almak üzere Antalya'ya gönderdiğini anlıyoruz (29). İpek tüccarları için, iyi bilindiği üzere, Bursa tüccarlarının çok geniş bir ipek ticareti yaptığı İnanla bağlantı tesis etme aracı olarak mudarebe ortaklıklarına müracaat etmek bilhassa yaygındı. Üstelik, 1088/1677'de İran'ın Gence kasabasında ölen Rumelili bir Hıristiyan Bursa ipek tüccarı Ebubekir Efendinin mudarebe mudâribi olmuştu (30). Başka bir olayda, 13.000 esedi kuruşu gibi muazzam bir para koyan ve oradan kendisi için İran ipeği satın almak üzere vekilini İzmir'e gönderen Hacı İvaz b. Ahmed adlı bir mudarebe yatırımcısı arasındaki bir uyuşmazlığa rastlıyoruz. Mudârib parayı bozmaya karar vermiş ama aldatıp kalp madeni paralar almış ve böylece yatırımın büyük bir kısmını yitirmişti (31).

Bursa tüccarlarının uzun mesafeli ticarete mudarebeyi sık sık kullandıklarının kayda sayan başka bir örneği 1088/1677'de Antalya'da ölen ancak daimî bir Bursa sakini olan Hacı Lutfullah'ın terekesinde mevcuttur. Onun terekesinde 1.637 okka (yani 1.750 kg) kahve ve hemen hemen bir ton Üsküp keteni vardı. Böyle külliye miktardaki emtianın 17. yüzyıl Anadolu tacirlerce yürütülmesi ve aniden oradan oraya nakledilmesi, kâfi ölçüde şaşırtıcıdır. Aynı zamanda murisin filan Hacı Halil'in mudarebe vekili olduğuna dair bir açıklamayla terekesinde bin kuruş borç vardı (32). Büyük bir tacirin, başkası için mudarebe vekili gibi hizmet etmeyi arzulaması ihtimal dahilinde olmadığından bu emtianın yatırılmış fonlarla satın alınmış olduğu sonucuna varılmalıdır. Çok daha mütevazî başka bir mudarebe ortaklığında yatırımcı, mudâribe 30.000 akçe verip Rumeliden bu parayla peynir satın almasını ve Bursaya getirmesini emretti (33). Son zikredilen bütün bu mudarebe ortaklıklarından hareketle çok kesin bir şekilde sözleşme süresinin sadece bir misyon için olduğu ve bunu hakikaten bu kurumun tabiatından olduğu ileri sürülebilir. Fakat Bursa tacirleri bazan mudarebeyi, iki ayrı mekanda faaliyet gösteren tacirler arasında devamlı iş ilişkileri kurmak için de kullanmışlardır. Erzurumlu Mustafa'nın yatırımcı, Bursalı birinin ise mudârib olarak aralarında teşkil ettikleri iki yıl süreli ortaklık buna bir örnektir (34). İki ayrı şehir tacirleri arasında devamlı iş ilişkilerinin tespiti vasıtası olarak ortaklık, biri Bursa ve Halep (35), öteki Bursa ve İstanbul arasında (36) olmak üzere iki başka vak'ada da zikredilmiştir.

Yine de bazı mudarebe ortaklıklarının uzun mesafeli ticaretle ilgili olduğu vurgulanmalıdır. Üstelik, böyle bir ortaklıkta, mudârib olarak da hizmet eden küçük bir bakkal dükkanı sahibiyse 20.000 akçe yatırım biriyse karşılaşırız (37). Başka bir mudarebe akdinde bir kadın, bir dükkan sahibiyse 200 kuruş koymuştur (38). Kural olarak, mudarebe ortaklığının esas olarak uzun mesafeli ticarete kullanılmaya yazgılı iken; mufavada ve i'nanın daha mahallî bir tabiatla küçük işlerde kullanıldığını söylemek şüphesiz doğrudur. Mesela Bursa civarındaki köylere çıkan ve aralarındaki kazancı paylaşan üç küçük demircinin ortaklığı böyleydi (39). Yine benzer bir şekilde küçük bir lokantada ortak olmak üzere sözleşen iki aşçı, ya i'nan veya mufavada ortaklığı tipini kullanabilirdi (40).

Hatta bazı istisnâ davalarda geniş çaplı ekonomik faaliyetle meşgul olan mufavada ve i'nan ortaklıklarını buluyoruz. Göze çarpan bir örnek, (kardeş olan) ortaklardan birisinin ölümüyle, 1037/1628 tarihinde nihayet bulan (her ihtimale göre mufavada) ortaklığıdır. Bu şirket çeşitli, ticaret kadar imalat ve her tür faaliyetle iştigal etmiştir. Helva imal edip baharat ve gıda maddeleri ticareti

yapmışlardır. 1037/1628'de ölen Seyyid Ali Çelebi isimli kardeşin terekesi başka şeyler arasında 2.5 tondan fazla bal, 1.080 kg. tereyağı, 2.5 tondan fazla üzüm, 3.2 ton ceviz ve 17. asır Bursasında çok nadide bir ürün olan 2.176 kg şeker ihtiva ediyordu (41). Yeri gelmişken söyleyelim ki bu tereke tekrar, Osmanlı İmparatorluğunda Türklerin geniş çaplı ticaret yapmadıkları şeklindeki eski iddianın nasıl yanlış olduğunun bir hatırlatıcısıdır. Başka iki akraba, geniş ölçekli bir tekstil ticareti işinde ortak idiler (42).

Buraya kadarki açıklamalardan oldukça açıktır ki, Bursadaki tüccarlar, ortaklık kurumunu, klâsik İslâm'daki en enerjik çağındaki duruma oldukça benzer bir biçimde yatırımın büyük bir alanı olarak kullanmışlardır. Daha birçok gösterici misaller vardır. Üstelik 1085/1674 'de vefat eden Nurullah'ın terekesinin aslan payı 3.753 esedi kuruşuna baliğ olan dört ayrı ortaklıktan az olmamak üzere yatırım yapılan para miktarından oluşmuştu (43). Hatta daha ilgi çekici olanı, kurum olarak Bursa pamukçular loncası ve taraf olarak iki kişi arasındaki hukukî tipte tanımlanmamış olan bir ortaklık idi. Ortaklar 1089/1678 yılı için loncanın maktû vergisini ödemeyi taahhüt ediyordu. Bunun bedeli olarak 10.4 tona baliğ olan aynı senenin loncasının bütün hasılatını alıyorlardı. Bu miktar yatırımcılar tarafından satılmış ve kâr olarak her ne elde edilmişse iki taraf arasında paylaşılmıştır (44).

Sonuç

Genel olarak düşünülenin aksine klâsik İslâm ortaklık hukukunun klâsik döneminin sonunda hükümsüz kalmadığını ama oldukça gelişip serpiildiğini ve gerçek ekonomik işlevleri yerine getirdiğini göstermeye çalıştık. Bundan başka, bunu eski ortaklık hukukuyla mükemmel bir tarzda uyuşan bir şekilde yapmıştır ve netice olarak onun doğrudan bir devamı olduğu söylenebilir. Üstelik, İslâm ortaklık hukukunun klâsik İslâm ve klâsik devir sonrasında daima 'gerçekçi' olduğu neticesine varılabilir. Bu neticenin daha geniş imalarını görmek kolaydır. Klâsik İslâm devrinin zevâlinde sonra, (hatta ondan evvel) medenî hukuk diye adlandırılacak şeyin bütün yapısının herhangi bir pratik anlama sahip olmadan inkutaya uğradığı yolundaki eski kuramla da tezada düşüyor. Öyle görünüyor ki gerçek hayatta mesele çok daha karmaşıktı. Hakikatte olan, eski hukukun bir bölümü işlevini sürdürmeye devam ederken, bir bölümünün de gerçeklikle bağlantılarını yitirmiş olduğudur. Bunun sebeplerinin tahlihi, bu çalışmanın sınırlarının ötesindeyse de; yine de düşünülebilir ki, eğer hukukun bazı bölümleri yürürlükte kalmaya devam ediyorsa bu, süregelen toplumsal ihtiyaçları karşılamaları ve zamanla gelişmiş olan normlar ve adetlere ters düşmemeleri sebebiyledir. Fakat bunun ötesinde sorunun daha fazla tartışmaya muhtaç olduğu açıktır.

DİPNOTLAR

- (1) A.L.Udovitch, *Partnerships and Profit in Medieval İslâm*, Princeton, 1970
- (2) *ibid*, s. 5-6
- (3) *ibid*, s.6
- (4) *ibid*, s.6 vd.
- (5) *ibid*, s.261
- (6) Mesela *krş. ibid*, en son görüş.
- (7) Bursa Şer'iyeye Sicili, Arkeoloji Müzesi, Bursa. Belgelerdeki tarihler özgünlerindeki gibidirler.
- (8) Bk. H. Ongan, *Ankara'nın İki Numaralı Şer'iyeye Sicili*, Ankara,

1974 406 ve 1505 nci belgeler.

(9) Bu kasabayı inceleyen Jennings'in mudarebe terimini uzun vadeli kredi (extending credit) için bir araç olarak anlamasına rağmen yine de bize verdiği örneklerden bazıları ortaklıklara ilişkin belgelerdir. Bk. R.Jennings, "Loans and Credit in Early 17 th Century Ottoman Judicial Records", *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, c.16 (1973), s.188 altında.

(10) Ayrıca Hüseyin b. Mustafa ve Salih b.Halil bir gemide (i'nan şirketi) ortağı idiler. Bk. *Belediye Kütüphanesi, İstanbul, Muallim Cevdet Yazmaları, 0.18 Varak 70-71(Galata kadı sicilinin bir kopyası).*

(11) İzmir Şer'iyecisi, İzmir Arkeoloji Müzesi, Kayıt 6(2), s.2

(12) Y.Firestone, "Production and Trade in an İslâmîc Context" *IJMES*, c.6(1975), s.191-201

(13) İbrahim el-Halebi, *Multeka el-Ebhur, İstanbul, H.1309*

(14) Molla Husrev, *Durerü'l-Hükam fi Şerh Gurerü'l-Ahkam, 2 c. İstanbul*

(15) Yazarın yayınlanacak olan *Society and Economy in a 17 th-Century Ottoman City'nin 7. bölümüne bk.*

(16) İbrahim el-Halebi, *op. cit.*, s.165-6.

(17) Mesela Bursa Sicili, B42/236, 72b, 28 Cemaziyelevvel 1032

(18) Mesela Ali Efendi, *Fetevâ-yı Ali Efendi*, c.1, İstanbul, H.1278, s.179-181; Abdullah Efendi, *Behçetü'l-Fetâvî*, İstanbul, tarihsiz, s.482 vd.

(19) Bunun sebebi bizim kaynaklarımızdaki ortaklık yollamalarının ekseriyetinin şehirlerde ölen halkın terekeleri olmasıdır. Hukuka nazaran kadı, terekenin hisselerine göre kanuni mirasçılar arasında taksim edildiğini görmeliydi. Bunu sağlamak için kadı, mirasbırakanın bütün malvarlığının ayrıntılı listesini borçlar ve benzer şeyler de dahil olmak üzere hazırlardı. Bu çalışmada Bursa ortaklıkları hakkındaki bilgiler, Bursa kadı kayıtlarındaki 17.yüzyıla ait 2000'i aşkın tereke kaydını okunmasıyla elde edilmiştir. Bu terekelerin bir tahlili için yazarın yakında çıkacak olan *Society and Economy in a 17 th-Century*

Ottoman City'nin 2. bölümüne bk.

(20) Bursa Sicili, B150/366, 75b, 24 Cemaziyelevvel 1105.

(21) Bursa Sicili, B116/330, 29b, 26 Şaban 1082.

(22) *Bila izin istidane sahih olmayıp*-Bursa Sicili, B 107/321, 126b, 1 Rebiülevvel 1093

(23) Bk. Udovitch, s.243-245

(24) *ibid*, s.44 vd.; 86 vd.

(25) *ibid*, s.119 vd.

(26) *ibid*, s.170 vd.

(27) Bk. mesela, S.N.Eisenstadt, *Modernization, Protest and Change*, Englewood Cliffs, 1966, s.2-3

(28) Bk. mesela Bursa Sicili, B204/428, 114b, 5 Ramazan 1090; B141/356, 44a, 15 Zilkade 1092.

(29) Bursa Sicili, B149/364, 27b, 25 Rebiülevvel, 1099.

(30) Bursa Sicili, B140/355, 39 a, 22 Şaban 1088.

(31) Bursa Sicili, B116/330, 29b, 26 Şaban 1082.

(32) Bursa Sicili, B204/428, 34b, 12 Rebiülevvel 1088.

(33) Bursa Sicili, B118/332, 85b, selh-i Zilkade 1027.

(34) Bursa Sicili, B71/272, 97a, 15 Cemaziyelevvel 1059.

(35) Bursa Sicili, B53/247, 88b, 10 Ramazan 1042.

(36) Bursa Sicili, B45/239, 42b, 19 Rebiülevvel 1035.

(37) Bursa Sicili, B36/230, 61a, 4 Şaban 1025.

(38) Bursa Sicili, B44/359, 35a, 29 Rebiülahir 1095.

(39) Bursa Sicili, B59/253, 4b, evail-i Safer 1044.

(40) Bursa Sicili, B36/230, 132a, evasit-i Cemaziyelevvel 1026. Benzer örnekler için bk. mesela: B118/332, 90a, evahir-i Zilhicce 1027; B78/279, 22a, evasit-i Cemaziylahir 1062; B90/295, 77b, 25 Muharrem 1082; B71/272, 47b, 20 Muharrem 1059.

(41) Bursa Sicili, B46/240, 39b, evasit-İ Şaban 1037.

(42) Bursa Sicili, B108/322, 75a, 25 Cemaziylahir 1098.

(43) Bursa Sicili, B138/353, 7b, 20 Rebiülahir 1085.

(44) Bursa Sicili, B285/513, 56b, 3 Cemaziyelevvel 1089.

ROMA HUKUKUNDA VEKALETSİZ İŞ GÖRME (NEGOTIORUM GESTIO)

Arş., Gör. Nurcan İPEK(*)

I- ROMA HUKUKUNDA BORÇ KAYNAĞI OLARAK NEGOTIORUM GESTIO VE ORTAYA ÇIKIŞI

Roma hukukunda borç kaynakları ilk devirlerde akitler ve haksız fiiller olarak ikiye ayrılmaktaydı. MS.II.yüzyılın ikinci yarısında yazılmış olan Gaius'un Institutiones'inde bu ayrıma yer verilmişti (1). Bu ayrım doğru ve sağlam bir ayrım olmakla beraber eksikti. Çünkü ne akit ne de haksız fiil olmayan birtakım ilişkiler de borç doğurabilmekteydi. Gerçekten de Digesta'nın bir yerinde yine Gaius'a atfedilen bir parçada borçların akitlerden, haksız fiillerden veya diğer çeşitli sebeplerden doğduğu söyleniyordu (2). Postklasik devirde ilave edilen bu diğer sebepler Iustinianus hukukunda akit benzerleri olarak belirtilmiştir (3).

Negotiorum gestio da eskiden beri biliniyor ve borçların kaynakları arasında akit benzeri bir kaynak olarak nitelendiriliyordu.

Ancak Gaius'un Institutiones'inde negotiorum gestio'dan bahsedilmemiştir (4). Oysa Iustinianus'un Institutiones'inde kaynağını akit benzerleri teşkil eden borçlar arasında negotiorum gestio sayılmaktaydı (5). Bunun nedeni negotiorum gestio'nun iki taraf arasında borç doğuran bir akit olmamakla beraber, iki tarafı birbirine borçlandırmasıydı. "Buradaki borç münasebeti bir akitten doğmuş değildir, zira akitten tam olarak bahsedebilmek için her iki tarafın da karşılıklı rızalarının bulunması lazımdır. Halbuki, burada, iş sahibinin ne rızası hatta ne de haberi vardır. Bu durum vekalet akdine benzetilmek suretiyle bir akit benzeri sayılmış ve buna da vekaletsiz iş görme denmiştir" (6). Kısaca negotiorum gestio'nun akit benzeri sayılmasının nedeni taraflar arasında ilk başta akdi bir ilişkinin olmaması, akdi ilişkinin icazet ile doğmasıdır (7).

Roma hukukunda ilk önceleri sadece dolaylı temsil söz konusu olduğundan negotiorum gestio eskiden beri bilinen ve borçların kaynakları arasında akit benzeri olarak nitelendirilen bir kurumdur (8). Buna rağmen negotiorum gestio Roma hukukunda oldukça zor şartlar altında gerçekleşmiştir. Bunun nedeni Roma hukukunun esas temellerinde şahsın kendi hareketlerini gaye olarak alması ve

(*) Arş., Gör. Nurcan İPEK, M.Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanıdır.