

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ROMA HUKUKUNDA KÖLENİN YÖNETTİĞİ
PECULIUM TEMELLİ İŞLETME:
NEGOTIATIO PER SERVOS COMMUNES

YUŞA KAYACAN
2501181912

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. ABDURRAHMAN SAVAŞ

İSTANBUL - 2021

ÖZ
ROMA HUKUKUNDA KÖLENİN YÖNETTİĞİ PECULIUM
TEMELLİ İŞLETME: NEGOTIATIO PER SERVOS
COMMUNES

YUŞA KAYACAN

Çalışmamız konusunu birden fazla efendisi olan kölenin yönettiği *peculium* işletmeleri oluşturmaktadır. Bu tarz bir işletmenin ifade ettiği anlamın anlaşılabilmesi için, Roma hukukunun kolektif ticaret yapılabilmesine hizmet eden diğer kurumları *societas* ve *societas publicanorum*'un öncelikle incelenmesi gerekmektedir. Bu sebeple ilk aşamada bu iki kurum incelenmiş, ardından modern şirketin ayırt edici unsurlarına değinilmiştir. Bu yolla hedeflenen söz konusu iki kurumun yetersizliğinin *negotatio per servos communes* ile nasıl aşılmaya çalışıldığını sonraki bölümlerde gösterebilmektir. Ancak konunun çerçevesini çizen *negotatio per servos communes* olduğu için bu kuruma mevcudiyetini veren unsurların da ayrı ayrı incelenmesi gerekmiştir. Zira kölenin yönettiği söz konusu *peculium* işletmeleri bir *lex* veya imparator iradesi ile tepeden inmemiş, aksine Roma hukuk ve ticaret anlayışı içerisinde organik bir gelişim sürecinin *de facto* bir ürünü olmuştur. Bu kapsamda ikinci bölümde köle, *peculium*, munzam davalar ve bunların bir ilişkiler yumağı haline gelerek vücut verdikleri *peculium* işletmeleri organizasyonel formları ayrı ayrı incelenmiştir. Son bölümde ise Romalıların *negotatio per servos communes* üzerinden işletmelerin ihtiyacı olan süreklilik, doğrudan temsil, sınırlı sorumluluk ve işletme malvarlığının korunması yapısal özelliklerini nasıl ve ne ölçüde karşıladıkları ya da alternatifler geliştirerek cevap vermeye çalıştıkları üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *societas*, *societas publicanorum*, malvarlığı ayrımı, sınırlı sorumluluk, işletme malvarlığının korunması, köle (*servus*), *peculium*, munzam davalar (*actiones adiecticiae qualitatis*), *negotatio per servos communes*.

ABSTRACT
SLAVE-RUN PECULIUM-BASED BUSINESS
IN ROMAN LAW: NEGOTIATIO PER SERVOS COMMUNES

YUŞA KAYACAN

The subject of our study is commonly owned slave-run *peculium*-based businesses. In order to understand the functional meaning of this type of business in Rome, firstly, the other institutions of Roman Law, which serve for collective trade, such as *societas* and *societas publicanorum* are examined separately. In the following, the distinguishing elements of the modern company are mentioned. In this way, it is aimed to show how the inadequacy of these two institutions is tried to be overcome with *negotatio per servos communes* in the following sections. However, since *negotatio per servos communes* is the main research subject that draws the framework of the study, the composing elements that give its existence to this institution also had to be examined separately. Because the slave-run *peculium*-based businesses in question, did not descend from the top with a *lex* or by the will of the emperors, on the contrary, they became a de facto product of an organic development process within the Roman mentality. In this context, in the second section, the slave, *peculium*, additional actions and the organizational forms of *peculium* businesses which the first three embody by becoming a bundle of relations, are examined separately. In the last part, it is emphasized how and to what extent the Romans met or tried to respond by developing alternatives the structural features of continuity, direct representation, limited liability and entity shielding, through *negotatio per servos communes*.

Key Words: *societas*, *societas publicanorum*, asset partitioning, limited liability, entity shielding, slave (*servus*), *peculium*, additional actions (*actiones adiecticiae qualitatis*), *negotatio per servos communes*.

ÖNSÖZ

“Roma Hukukunda Kölenin Yönettiği Peculium Temelli İşletme: Negotiatio per Servos Communes” başlıklı bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı çerçevesinde hazırlanmıştır.

Tez çalışmamın son noktasına kadar emeği geçen saygıdeğer hocam Doç. Dr. Abdurrahman Savaş’a ve kürsüye girdiğim andan itibaren hem bir hoca hem de bir abi olarak yol gösteren ve her zaman desteğini sunan Dr. Halil İbrahim Yüksel’e teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Tezin yazılması sırasında emeği geçen hocalarımın yanında hayatıma yön çizen hocalarıma da teşekkür etmek isterim. İlk öğretmenim canım annem Vildan Kayacan’a ve biricik ilkokul öğretmenim Semra Özger’e ufak bir ilkokul öğrencisine muazzam bir çalışma disiplini aşılayabilmeleri, ortaokul edebiyat öğretmenim Erbay Kızıltepe’ye Türkçeyi bir ders olarak sevdiren derslerinde okuttuğu şiirlerden ne anladığımızı sorup bıkmadan dinlediği ve bizleri düşünmeye sevk ettiği, ortaokul matematik öğretmenim Erdinç hocama matematiği sevdirmesi, lise 9. sınıf edebiyat öğretmenim Kenan Yaşar’a fazladan vakit ayırıp sınava yönelik hazırlayıp formüle ettiği ses kayıtları, ders notları ve kitapları ile bizlere kendisinden beklenenden çok daha fazlasını sunduğu, 11 ve 12. sınıf edebiyat öğretmenim Sema Özdemir Çimen’e işlediği muazzam International Baccalaureate (IB) dersleri ve edebiyat tahlilleri, 11. ve 12. sınıf matematik öğretmenim Abdullah Aydemir’e matematik ilminin mantığını her şeyden önde tutarak işlediği dersleri için teşekkürlerimi ve minnetimi borç biliyorum. IB diplomasını alabilmemde saydığım hocalarımın tümünün, YGS sınav felaketinde başıma gelenlerden sonra LYS’de toparlayabilip hukuk fakültesini kazanabilmemde belki de en kritik rolü oynayan saygıdeğer hocam Abdullah Aydemir’in emekleri sayesinde ki bugün sevdiğim işi yapabiliyorum.

Başka anne babadan kardeşlerim (harf sırasına göre) Mehmet Alperen Yıldız, Muhammed Enes Bayrak ve Yunus Emre Yaşadı’ya muhabbetleri ve hayatımdaki varlıkları için; birlikte dil öğrenme macerasına atıldığımız arkadaşım Şefika Memiş’e de bu maceradaki varlığı ve desteği nedeniyle teşekkür ediyorum.

İstanbul 2021

Yuşa KAYACAN

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNUN TİCARETİ DESTEKLEYEN ORGANİZASYONEL FORMLARI VE MODERN ŞİRKET ÖZELLİKLERİ

I. GENEL OLARAK.....	4
II. SOCIETAS, UNSURLARI, TÜRLERİ, TARAFLAR ARASI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİLER VE SONA ERMESİ.....	8
A. Societas'ın Tarihsel Kökeni	8
B. Societas'ın Tanımı ve Unsurları.....	12
1. Societas'ın Tanımı	12
2. Societas'ın Unsurları.....	12
a. Sözleşme Unsuru.....	12
b. Affectio Societatis Unsuru	14
c. Kişi Unsuru	15
d. Katılma Payı Unsuru	17
e. Müşterek Amaç Unsuru	18
C. Societas Türleri	19

1. Societas Omnium Bonorum	20
2. Societas Omnium Bonorum Quae Ex Quastu Venuint (Societas Quaestus) 21	
3. Societas Unius Rei	22
4. Societas Alicuius Negatiationis	22
5. Societas Publicanorum/ Vectigalis.....	23
D. Societas'ta Ortaklar Arası İlişkiler.....	23
1. Katılma Payı Taahhüdü.....	24
2. Ortakların Kâr ve Zarara Katılımı.....	24
3. Ortaklığın İdaresi	25
4. Masraf ve Zarar Tazmini.....	26
5. Ortakların Birbirlerine Karşı Sorumluluğu	26
E. Roma Şirketi Societas'ın Ayırt Edici Özellikleri.....	30
F. Ortaklığın (Ortakların) Üçüncü Kişilerle İlişkileri ve Temsil.....	33
G. Sınırlı Sorumluluk ve Malvarlığının Korunması	36
H. Societas'ın Sona Ermesi.....	38
1. Ortaklık Amacının Gerçekleşmesi	39
2. Ortağın Ölümü	39
a. Capitis Deminutio	40
b. Borç Ödeyemez Duruma Düşme	41
3. Öngörülen Sürenin Sona Ermesi.....	42
4. İrade ile Sona Ermesi	42
5. Dava Yoluyla Sona Ermesi (<i>actio pro socio</i>)	44
III. SOCIETAS PUBLICANORUM.....	45
IV. ŞİRKET OLUŞUMUNA İSTİKRARINI KAZANDIRAN ÖZELLİKLER.....	52
A. Sınırlı Sorumluluk.....	54

B. Devredilebilir Paylar ve Yatırımcı Mülkiyeti.....	56
C. Yetkilendirilmiş Yönetim.....	57
D. Tüzel Kişilik.....	57
1. İşletme Malvarlığının Korunması Formları	60
2. İşletme Malvarlığının Korunması Prensibinin Sağladığı Yararlar.....	62
a. Alacaklı İzleme Maliyetlerini Düşürmesi	63
b. Yönetici Temsilci Maliyetlerini Düşürmesi.....	64
c. İflasın İdari Maliyetlerini Düşürmesi	65
d. İşletme Değerinin Korunması	67
e. Sermaye Birikimi, Yatırım Çeşitliliği ve Devredilebilir Hisseler.....	68
3. Şirket Malvarlığının Korunması Prensibinin Maliyeti Olarak Fırsatçılık.....	68
4. Kişisel Malvarlığının Korunması Formları.....	69

İKİNCİ BÖLÜM

NEGOTIATIO PER SERVOS COMMUNES

I. NEGOTIATIO PER SERVOS COMMUNES VE UNSURLARI.....	70
A. Negotiatio per Servos Communes'in Tanımı.....	70
B. Negotiatio per Servos Communes'in Unsurları ve Niteliği	70
1. Emeğe Bıçılan Değer ve Sosyoekonomik Hayatta Kölenin Merkezi Pozisyonu	76
2. Servus.....	79
3. Peculium.....	84
a. Tanımı	84
b. Kısa Tarihi.....	86
c. Mahiyeti.....	88
C. Actiones Adiecticiae Qualitatis (Munzam Davalar).....	94
1. Actio de Peculio ve Actio Tributaria	98
a. Actio de Peculio	98
(1) Efendinin Duruşu.....	98
(2) Efendinin Sorumluluğunun Kapsamı	99
(3) Efendi ile Kölesi Arasındaki Alacaklılık- Borçluluk İlişkisi	100
(4) Efendinin Öncelik Hakkı	102
(5) Peculium'un Değer Tespitinde Esas Alınacak Anlar	102
(6) Actio de Peculio Annalis	104
b. Actio Tributaria.....	106
(1) Efendinin Duruşu.....	106
(2) Actio Tributaria'da Genel Durum	107
(3) Peculium'un Özelleşmiş Kısmı: Merx Peculiaris.....	109

2. Actio de in Rem Verso	110
3. Actio Exercitoria ve Actio Institoria	113
II. PECULIUM İŞLETMELERİNİN GENEL YAPISI.....	117
A. Genel Olarak	117
1. İlgili Fasılların Konuya Bakışı	118
2. Sorumlulukta Takip Edilen Genel İlke	120
3. Girişimci (Negotiator/ Exercitor) ve Yönetici (Institor/ Magister) Olabilecek Kişiler	122
B. Peculium İşletmelerinde Görülen Organizasyonel Formlar	124
1. Efendinin Girişimci, Kölesinin Yönetici Olduğu Peculium İşletmeleri	125
2. Efendinin Malik, Üst Kölenin Girişimci, Alt Kölenin Yönetici Olduğu Peculium İşletmeleri.....	126
3. Malik ve Üst Kölenin Geri Planda, Alt Kölenin Girişimci, Onun Peculium'undaki Kölenin Yönetici Olduğu Peculium İşletmeleri.....	128
4. Birden Fazla Efendinin Girişimci, Hakimiyetleri Altındaki Kölenin Yönetici Olduğu Peculium İşletmeleri.....	133
5. Birden Fazla Efendinin Hakimiyeti Altındaki Kölenin Girişimci Olduğu Peculium İşletmeleri.....	137
6. Efendi ve Aile Evladının Hakimiyeti Altındaki Kölenin Girişimci Olduğu Peculium İşletmeleri.....	140

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
NEGOTIATIO PER SERVOS COMMUNES'İ GÜNÜMÜZ ŞİRKETLERİNE
YAKLAŞTIRAN ÖZELLİKLER

I. GENEL OLARAK.....	141
II. SÜREKLİLİK.....	142
A. İşletme Malvarlığı <i>Peculium</i> 'un Eksiltilmesi.....	143
1. <i>Peculium</i> 'un Hileli Azaltılması.....	143
2. Merx Peculiaris'in Hileli Azaltılması	145
3. <i>Peculium</i> 'un Hilesiz Geri Çekilmesi.....	147
4. <i>Peculium</i> 'un Acz Hali	148
B. İşletmenin Tümüne Yönelik Değişiklikler	150
1. Kölenin Efendi Maliklerden Sadece Biri Tarafından Devri	150
2. Kölenin Efendi Malikler Tarafından Devri.....	155
C. Yönetime Yönelik Değişiklikler.....	156
1. Kölenin Ölümü.....	157
2. Kölenin <i>Peculium</i> 'la Birlikte <i>Manumissio</i> 'su	158
3. Kölenin Hileli <i>Manumissio</i> 'su	164
4. Kölenin <i>Peculium</i> 'suz Devri	165
D. Efendi Ortaklara İlişkin Değişiklikler	168
III. DOĞRUDAN TEMSİL	169
IV. SINIRLI SORUMLULUK.....	173
V. İŞLETME MALVARLIĞININ KORUNMASI	176
SONUÇ.....	188
KAYNAKÇA	192

KISALTMALAR LİSTESİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
Cod.	: Codex
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
Eds.	: Editörler
et al.	: Et alii
et seq.	: Et sequens
Gai. I.	: Gaius Institutiones
Ibid.	: Ibidem
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
n.	: Dipnot
No	: Number
op. cit.	: Opere citato
pr.	: Principium
q.v.	: Quod vide
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK:	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Vol	: Volume

GİRİŞ

Konunun Takdimi ve Önemi: Yüksek Lisans Tezi olarak hazırlanan bu çalışmada, Roma hukukunun, bireyler arası ticareti yürütmeye ihtiyaç duyulan organizasyonel formları geliştirmede, modern şirketlerin ayırt edici özelliklerine ne derece yaklaşıldığı irdelenmiştir. Söz konusu bu özelliklerin ne ölçüde gerçekleştirildiği ve bunlara ne kapsamda alternatifler geliştirilerek bir hukuk sistemi olarak kendi düşünce yapısı içerisinde cevap verebildiği araştırılmıştır.

Her ne kadar ağırlıkları dönemlere göre değişmiş olsa da teorik çalışmalar yanında günün ihtiyaçlarına cevap verme hususundaki hedefe yönelik çalışmaları Roma hukuku için ayırt edicidir. Bu kapsamda somut olaylar üzerine hukuki çözümler üretmeleri Roma hukukunun karakteristik özelliklerindendir. Bir çözüm mekanizması olarak hukuku bir araç olarak değerlendirdikleri gibi ekonomik gereklilikler de zaman içerisinde bu aracın kullanılma yönünü ve kapsamını belirleyen faktörlerden olmuşlardır. Bu doğrultuda ticaret yapmak için gerekli hukuki araçlar önem arz etmiş ve Romalılar ticaret için sermayelerini bir araya getirip risk paylaşımı yoluna gitmeyi hukuki bir zemin üzerinde gerçekleştirebilmişlerdir. Kaynaklar incelendiğinde klasik Roma şirketi olan *societas*'ın bu tarz bir amaçla organizasyonel form için Romalılarca kullanıldığı görülür. Fakat *societas*'ın, ortak sayısının az kalması ve benimsenen sorumluluk rejimi gibi nedenlerle daha büyük sermaye birlikteliklerine müsaade etmemesi göze çarpar. Bu durum ise Romalıların zaman içerisinde elde ettikleri ticaret hacmi ile kıyaslandığında tezat oluşturur. Çünkü klasik *societas*'ın özelleşmiş bir şekli olan *societas publicanorum* özelinde görüldüğü gibi Romalılar sermaye yoğunluklu projelere girişmekten kendilerini alıkoymamışlardı. Bireysel olarak mali güçlerinin ve kısaca ömürlerinin yetmediği projeleri gerçekleştirmek için devletin karşına yek vücut olmuş bir birliktelik olarak çıkmaya yabancı değillerdi. Fakat bireyler arası özel ticarete imkân tanıyacak bir organizasyonel formun eksikliği gene de günümüz araştırmacılarının gözüne çarpar. Bu husus doktrinde yer alan günümüz modern ticaret şirketlerinin Roma'da bir karşılığına rastlanmadığı yaygın ifadesinin de kaynağını oluşturmaktadır.

Societas'ın daha büyük sermaye birlikteliklerini destekleyecek altyapıdan uzak olması ve *societas publicanorum*'un sadece diğer tarafı devlet olan sözleşmelerin ihalesinde kullanılabilmesi Romalıların günümüz şirketler hukukunun karakteristik özelliklerini fiilen ihtiva edecek çözümler üretmedikleri anlamına gelmez. Bu nedenle çalışmamız kapsamında yer alan husus, *societas*'ı nitelemede kullanılamayan süreklilik, doğrudan temsil, sınırlı sorumluluk ve işletme malvarlığının korunması gibi yapısal özelliklerin bünyesinde sağlanmaya çalışıldığı kolektif nitelikli *peculium* işletmeleridir.

Konunun Kapsamı ve Sınırlandırılması: Çalışmamız “Roma Hukukunun Ticareti Destekleyen Organizasyonel Formları ve Modern Şirket Özellikleri”, “Negotiatio per Servos Communes” ve “Negotiatio per Servos Communes”i Günümüz Şirketlerine Yaklaştıran Özellikler” olmak üzere üç ana bölümden oluşmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde *societas* ve *societas publicanorum* kurumları açıklanmıştır. Önem arz ettikleri husus, sözleşme olmalarından ziyade statik bir yapıya vücut verip ticarete bireye alternatif olmaları ve ortaklar arası sorumluluk rejimi ihdas edip ticareti desteklemelerinden ileri gelmektedir. Bu kapsamda *societas*'ın bünyesi itibariyle haiz olduğu kırılğan yapısı ve *societas publicanorum*'un ise daha dayanıklı olmasına rağmen sadece karşı tarafı devlet olan işlerde etkinlik gösterebilmesi nedeniyle bölümün devamında modern şirket özellikleri açıklanmıştır.

Bir sermaye birlikteliğinde, ortakların ve ortaklığın malvarlığı ayrımının sağlanması için uygulamaya konması gereken prensipler ve bunların işletmeye yaptığı katkının anlaşılması, konumuz kapsamında *negotiatio per servos communes*'in *societas* ve *societas publicanorum*'dan ayrıştırılmasında önem arz etmektedir. Çünkü Roma ortaklığı *societas*'ın gelişmemiş statüsü ve kısmen de olsa *praetor*'un, ticari aktivitelerinin çoğu için *peculium* kurumu ile desteklediği aile yapısı organizasyon formlarına dayanması ancak bu şekilde daha iyi anlaşılabilir. Bu da bizi sınırlı sorumluluğun Roma hukukundaki bir tezahürü olan, hukuken *societas* ile doğrudan bir alakası olmayan ama tezimizde ispatlamaya çalıştığımız üzere fonksiyonel olarak onu geride bırakıp günümüz ticaret şirketlerine fonksiyonel olarak yaklaşan bir kuruma ulaştırmaktadır. *Actio de peculio* gibi munzam davalar dolayısıyla, ortakları

sınırlı sorumlu ve müştereken malik efendiler olan, kölenin şahsında tezahür eden bir çeşit ortaklık: *Negotiatio per servos communes*.

İkinci bölümde *negotiatio per servos communes*'in yapısı, nasıl nitelendirilebileceği ve unsurları yani ona işlerlik kazandıran kurumlar ele alınmıştır. Bu kapsamda her şeyden önce bir fiili durum olup bir sermaye birlikteliği olarak nitelendirilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir. Devamında köle ve ona verilen özelleştirilmiş malvarlığı olarak *peculium*'a değinilmiş, sonrasında ise bu malvarlığı nedeniyle efendinin sorumlu tutulabildiği davalar incelenmiştir. Bölümün son başlığında ise köle, *peculium* ve munzam davaların bir uyum içerisinde bir araya geldikleri organizasyonel formlar ele alınmıştır.

Üçüncü ve son bölümde *negotiatio per servos communes* modern şirketin karakteristik özellikleri yönüyle incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda kurumun belirli ölçülerde sürekliliği sağlamaya teşebbüs ettiği ifade edilmeye çalışılmıştır. Devamında doğrudan temsile Roma hukuk ve ticaret anlayışı içerisinde köle ve munzam davalar üzerinden bir alternatif geliştirdiği değerlendirilmiştir. Son olarak da efendi maliklerin kişisel malvarlığının korunması amacıyla (*peculium* miktarıyla) sınırlı sorumluluk sağladığı, ne ölçüde ve hangi yönlerden işletme malvarlığının korunmasını başarmaya çalıştığı hususları incelenmiştir.

Çalışmada hedeflenen günümüz modern ticaret şirketlerinin Roma hukukunca karşılığını bulmak ya da teklif etmek değildir. Ortaklık sözleşmesi *societas* kapsamında, kendi iradelerinin üzerine başka bir hür Romalının iradesini kabul etmeyen Romalıların, kendi hakimiyetlerine tabi bir köleyi yönetimden sorumlu olarak atayabilmeleri kanımızca *societas*'ın dar kalıplarından kendi geleneksel düşünce yapılarına uyum sağlayacak şekilde organizasyonel formlara ulaşmaya çalıştıklarını göstermektedir. Bu kapsamda hedeflenen, Romalıların günümüz şirketlerinin başarılı olmalarını sağlayan özellikleri kendilerince belirli ölçülerde sağlamayı başardıklarını ele alabilmektir. Yoksa modern şirketlerde sözü geçen özelliklerin Roma hukuku ve ticaret uygulamalarından doğrudan etkilenip etkilenmediği hususu üzerinde durulmamıştır. Çünkü böyle bir konu sadece Roma hukuku ile günümüz hukuk ve ticaret uygulamaları tetkik edilerek çözülebilecek bir konu olmayıp tüm aradaki sürecin de incelenmesi gerekir ki bu da çalışmamızın hem konusu hem de kapsamı itibari ile mümkün değildir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNUN TİCARETİ DESTEKLEYEN ORGANİZASYONEL FORMLARI VE MODERN ŞİRKET ÖZELLİKLERİ

I. GENEL OLARAK

Roma İmparatorluğunun siyasi devirleri, Krallık Devri, Cumhuriyet Devri, İlk İmparatorluk Devri ve Son İmparatorluk Devri olarak incelenmektedir. Bu tarihi süreç içerisinde, Cumhuriyet devrinin sonları ve devamında İlk İmparatorluk devrinin ilk yarısı belirli açılardan göze çarpar. Her devri karakterize eden farklı özellikleri söz konusu olmakla birlikte ilk üç devir siyasi yaşamı incelendiğinde özellikle de Cumhuriyet Dönemi'nde, devlet yönetiminde birbiriyle uyumlu ve düzenli çalışan organların varlığı göze çarpar¹. *Magistra*, *senatus* ve halk meclisleri, ilk üç dönem boyunca değişen ağırlıklarda devlet yönetiminde etkin olmuşlardır. Bu doğrultuda siyasi dönemlerin isimleri de o süreçten etkili olan organlara göre belirlenmiştir. Tek *magistra*'nın bulunduğu döneme Krallık, Halk Meclisleri ve *Senatus*'un yönetimde daha etkili oldukları döneme ise Cumhuriyet denmiştir. İlk İmparatorluk Devri'nden itibaren ise hükümdarın mutlak iradesine doğru bir evrim yaşanmış ve zamanla monarşik, aristokratik ve demokratik unsurların bir arada vücut bulduğu rejim, yerini imparatorların mutlak iradelerinin² başka hiçbir bir güç odağı kabul etmediği monarşik bir rejime bırakmıştır.

Bir zamanların küçük şehir devleti Roma, Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarından İlk İmparatorluk Devri'nin büyük çoğunluğuna uzanan dönemde (MÖ III.

¹ Halil Demircioğlu, **Roma Tarihi I. Cilt Cumhuriyet I. Kısım Menşe'lerden Akdeniz Havzasında Hakimiyet Kurulmasına Kadar**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, Dizi: XIII , Sayı 10^{a6}, 7. Baskı, Ankara, 2019, 71-76 ve 174-180; Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 2 ve 3.

² Tahiroğlu/ Erdoğan, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 32 et. seq. İmparatorların bu mutlak iradeleri kapsamında, herhangi bir konuda karar verme gücü en yüksek düzeyde bizzat kendilerinde olup bu iradelerinin düzgün şekilde anlaşılıp icra edilebilmesi için oldukça eğitilmiş ve sistematik-iş tanımları belirli olan geniş bir devlet memuru kadrosu ihdas edilmişti. Q.v.: Stephen Mitchell, **Geç Roma İmparatorluğu Tarihi MS 284-641**, Çev. Turhan Kaçar, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, Dizi: A-2-1.1, Sayı 21¹, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 252 et. seq.

– MS II. yüzyıl arası) yöresel kırsal bir toplumdan tüm İtalya ve ötesi Akdeniz çevresinde (batı ve güney Avrupa ile kuzey Afrika, yakın doğu, küçük Asya ve Mısır’da) hakimiyet icra eden bir imparatorluğa dönüştü. Bir yandan da kendi hakimiyeti içerisinde uzun süreli bir barış ortamı karakterize edebildi ve buna eşlik eden gelişmiş hukuk sistemi ile Akdeniz havzasında ticaretin görülmemiş şekilde artmasını sağladı³. Bu süreçte (*Pax Romana*: MÖ 27 – MS 180) Roma savaşı kalmadı, fakat ülkeyi tehlikeye düşürecek bir işgal ve iç savaş da yaşanmadı⁴. İç eyaletler savaştan göreceli olarak uzaktayken, sınır bölgelerinde ise çatışmalar daima Roma’nın kontrolündeydi. Böyle bir tabloda, başarı ile çıkılan savaşlar⁵ ve Akdeniz’de ticaretin korsanlar veya düşmanlar tarafından engellenmeden yapılabilmesi Roma’nın ekonomik, sosyal ve politik yapısını derinden etkiledi. Bu durum doğaldır ki özel hukuk itibarıyla mevcut kurumların değişip gelişmesine ve hatta yenilerinin doğmasına imkân tanıdı. Bu dönemde, Romalılar eskiden düşman olarak gördükleri yabancılarla ticaret yapabilmenin ve ortak paydada buluşup kâr elde edebilmenin yararlarına olduğunu görüyor ve *ius civile*’nin buna karşı durmasına bir çözüm

³ Barry Hawk, **Law and Commerce in Pre-Industrial Societies**, Brill Nijhoff, Boston, 2015, s. 69; Ulrike Malmendier, “Law and Finance at the Origin”, **Journal of Economic literature**, 2009, Vol. 47, No. 4, s. 1079; özellikle Sanayi Devrimi ve demiryolunun icadı öncesi dönemde deniz yolu ile nakliye maliyetleri çok daha elverişliydi. Bu nedenle, denizciliğin elverdiği kapsamlı Akdeniz ticareti bölgesel uzmanlaşmayı da teşvik edip bu üstünlük İmparatorluk genelinde gelirlerin artmasına da katkı sağladı: Q.v.: Peter Temin, **The Roman Market Economy**, Princeton: Princeton University Press, 2013, s. 2; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 112; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 192-193; Dünya deniz ticaret hacminin, kara ticaretine nazaran geçmişte de üstünlüğe sahip olduğu günümüzde *communis opinio* olarak kabul edilmektedir. Akdeniz’in, büyük medeniyetlere ev sahipliği yapmış olup aynı anda birden çok medeniyetin beraber var olduğu, ilişki içerisinde bulunduğu bir alan olarak önemi geçmişte de hayli gözler önündeydi. Nihayetinde tüm Akdeniz’in bir Roma gölü (*mare nostrum*) haline gelmesi de bu önemin ticaret yönünden ne denli arzulandığına bir delildir. Rodos Denizcilik Yasaları konumuz kapsamında olmasa da Rodos’un Akdeniz ticaretindeki üstünlüğü ve bunun sonucunda birikimini sağlayıp tekamül ettirdikleri (müşterek avarya vb.) denizcilik kuralları, Roma’nın Rodos ile olan ilişkisi ve özellikle onların kanunlarına atıfta bulunup içselleştirmeleri ile MÖ II. yy.’ın ikinci yarısından itibaren bölgede giderek gelişen ve genişleyen bir ilişkiler ağına sebebiyet vermişti (Ayrıntılı bilgi için q.v.: Erkan Kurul, “Rhodos Denizcilik Yasaları: Tarihsel Süreç ve Kapsam”, **Uluslararası Genç Bilimciler Buluşması II: Anadolu Akdenizi Sempozyumu**, 04-07 Kasım 2015, Antalya, s. 519 et. seq.).

⁴ Bülent Tahiroğlu, “Roma Devleti’nin İktisadi Krizleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 45, Sayı 1-4, 1981, s. 687.

⁵ Öncelikle orta İtalya’nın, ardından güney İtalya’nın fethi (Demircioğlu, **op. cit.**, s. 115 et. seq.), devamında Birinci Pön Savaşı ile deniz aşırı coğrafyalarda teşkilatlanabilmesi ve sonrasında İkinci ve Üçüncü Pön Savaşları ile hakimiyetini pekiştirirken (Demircioğlu, **op. cit.**, s. 209 et. seq.) bir yandan da helenistik devletlerle savaşarak kendisine bütün bir bölgede rakip bırakmaması (Demircioğlu, **op. cit.**, s. 279 et. seq.) geniş sınırları içerisinde tek bir devletin hakimiyetine tabi siyasi bir otoriteyi barış ve ticaretin bekçisi yapabilmıştır.

bulmaları icap ediyordu. Zira yabancılarla olan münasebetler giderek artıyor, ticaret sürekli gelişiyor ve hacmi büyüyor, bu kapsamda denizcilik, ticaret ve bankacılık üçlüsü arasındaki bağlar sıkılaşıyor, taşınır servet önem kazanıyor ve kredinin yayılması ihtiyacı kendisini gösteriyordu⁶. Geniş kapsamlı, uzun vadeli ve yüksek riskli, genelde bireylerin servetlerinin yeterli olmadığı, gerekli teminatları sağlayamadığı tüm bir eyaletin vergi toplama işinin kiralanması türden işlemler özellikle Cumhuriyet Devrinde sıkça yapılır oldu⁷. Kısacası farklı ve daha önce karşılaşılmadık problemler doğuyor ve bunların çözülmesi gerekiyordu. Deyim yerindeyse toplumdaki değişiklikler hukukta da karşılık bulmak istiyordu. Böylece Romalının problem çözme araçlarından biri olarak hukuk, bu problemlere cevap vermek durumunda kaldı⁸. İşte, ekonomik olsun veya olmasın değişen şartlara yeni çözümler bulmak (*mutatis mutandis*)⁹ dinamik Roma hukukunun karakteristik bir özelliği olarak kendisini asıl bu dönemde gösterdi¹⁰. Bu kapsamda Akdeniz’de güvenliğin sağlanması ile ticaret hacminin artması, *pater familias*’ların hakimiyet alanlarını kendilerine bağlı olanlar (*alieni iuris*’ler) üzerinden genişletmeleri, bunun sonucu olarak hem daha sık hem de ekonomik değeri daha yüksek hukuki işlemlere girişilmesi ufak Roma *civitas*’ı için öngörülen klasik Roma şirketi *societas*’ın yanında başka yapıların varlığını da gerekli kıldı.

Bu gelişmeler ışığında, *societas*’ın hangi ihtiyaçları karşılamada eksik kaldığına değinmek gerekir. Esasında problem, *societas*’ın bünyesiydi. *Societas*, her ne kadar başlangıçtan itibaren büyük mesafeler kat etmiş olsa da kaynağını *consortium*’un teşkil etmesi hasebiyle artık mevcut olan yeni ihtiyaçlara cevap vermek için formüle edilmemişti. Yani problem, *societas*’ı *societas* yapan karakteristik özellikleriydi. Biz de bu ihtiyaçları tespit ederken onun ayırt edici özelliklerinden

⁶ Gabriel Micolier, *Pécule et capacité patrimoniale: Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l’édit "de peculio" jusqu’à la fin de l’époque classique*, Bosc et Riou, Lyon, 1932, s. 49-55.

⁷ Fleckner Andreas Martin, *Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln/ Weimar/ Wien: Böhlau, 2010, s. 188.

⁸ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, op. cit, s. 193. Rızaî akitlerin doğuşunda yabancılarla olan ilişkilerin gelişmesi etkili olmuştur. Q.v.: Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2018, s. 70.

⁹ Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, op. cit, ÖNSÖZ, s. XIII.

¹⁰ *Ibid.*; Roma hukuku, kural olarak uygulamaya yönelik bir hukuk olduğu için önce bazı sorunlar ortaya çıkmış, sonrasında ise bu sorunların çözümü yoluna gidilmiştir (Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Hukukunda Actio de Peculio”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2005, s. 103 ve 104).

hareket edeceğiz ve Roma hukuku kaynakları incelendiğinde karşımıza çıkan, *societas*'ın günümüze dek çok az değişim geçirerek yaşadığı ve adi ortaklık olarak hukuklarımızda var olduğu ama günümüz modern ticaret şirketlerinin Roma'da bir karşılığına rastlanmadığı tespiti¹¹ nedenini ve sıhhatini inceleyeceğiz.

Söz konusu incelemeyi yapabilmemize olanak sağlayan ise Roma'nın ticarete kullandığı kurumları olan *societas*, *societas publicanorum* ve *peculium* kurumu kapsamında Roma ailesine, işletmenin ve maliklerinin ayrı ve birbirlerine karşı korunan malvarlıkları penceresinden bakma girişimidir¹². Zira ilk etapta Roma hukukunun, özel sektör faaliyetleri için işletme malvarlığını koruma prensibini zayıf veya güçlü formda ihdas eden herhangi bir işletme organizasyonu sağlamadığı ve aksine, kamusal alanda devletle yapılan işler için malvarlığının güçlüce korunduğu ve günümüz modern şirketiyle önemli benzerlikler taşıyan bir organizasyonel form geliştirmiş ve geniş çaplı olarak kullanmış olduğu görülmektedir. Öyleyse Roma hukukunun neden *societas*'a en azından zayıf şekliyle bile olsa malvarlığı koruması sağlamadığı ve bu korumayı sağladığı *societas publicanorum*'u ise neden sadece kamu sektörü için kullandığı ve sonunda da geliştirmek yerine yasakladığı sorularının cevaplanması gerekir.

Roma'da, ticaret yapmak için varlıklı aileler gibi alternatif yapıların ve soylu sınıfın ticarete bakışı gibi köklü kültürel normların varlığı, işletme malvarlığının korunması prensibinin cereyan ettiği ölçüyü belirleyen faktörler olmuşlardır¹³. Fakat bunların neden olduğu, tüzel kişiliğe sahip ticari işletmelerin genel olarak kıtlığına rağmen işletme malvarlığının güçlü olarak korunduğu iki özel form Roma hukukunda tesis edilebilmiştir. Bu formlardan ilki Roma ailesi bir tür sınırlı sorumluluk ile korunduğunda cereyan ediyor, diğeri ise *societas publicanorum* denen sadece devlet veya kamu kurumları ile ticari faaliyetlere girebilmesine müsaade edilen yapıda tezahür ediyordu. Bu kapsamda öncelikle Roma'nın genel ortaklık sözleşmesi olan

¹¹ Paul Koschaker/ Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 414, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 243; Rado, **op. cit.**, s. 113; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta, 2010, s. 371; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 241.

¹² Bu üç organizasyonel form, Romalıların müşterek ticari girişimleri finanse edebilmeleri için ellerindeki imkanları teşkil ederler: Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 117.

¹³ Henry Hansmann/ Reiner Kraakman/ Richard Squire, "Law and the Rise of the Firm", **Harvard Law Review**, Vol. 119, No. 5, March 2006, s. 1355.

societas, devamında kısaca ondan önemli yönlerden ayrılan *societas publicanorum* ve sonrasında ise onlara günümüz penceresinden bakabilmek ve konumuz kapsamını formüle edebilmek için modern şirketlerin karakteristik özellikleri ve bunların işletmeye kazandırdığı işlevsellikler üzerinde duracağız.

II. SOCIETAS, UNSURLARI, TÜRLERİ, TARAFLAR ARASI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİLER VE SONA ERMESİ

A. Societas'ın Tarihsel Kökeni

Hukuk, insanlar arasında yaşanan ilişkiler ağının bir görünümünü sunması açısından toplumsal, ekonomik ve sosyolojik nedenlerle kendisini oluşturan kültür ve insanlarla birlikte bir değişim ve gelişim içerisinde olan canlı bir organizmayı andırmaktadır. Söz konusu eski çağın Roma'sı ve Roma hukuku olunca hukuk kurumlarındaki bu gelişimi görmek ve hukukun ekonomik ve toplumsal ihtiyaçlara cevap vermeye yönelik tepkilerini inceleyebilmek mümkün olmaktadır. *Societas*'ın kaynağını incelemek de bu açıdan önem arz eder.

Roma hukukunda kaynakların bahsettiği en eski şirket Gaius'un Roma vatandaşlarına has bir şirket olarak bahsettiği *consortium/ ercto non cito*'dur¹⁴. Bu yüzden klasik hukuk *societas*'ı esasında bir tekamülün sonucu olup ulaşılan bir mertebeyi temsil etmektedir. *Ercto non cito*, klasik *societas*'a evrilmeden önce, ufak Roma *civitas*'ı içerisinde hakimiyetleri mutlak denebilecek derecedeki aile babalarının egemenliğine dayalı bir yapıda, esasında yeterliydi ve dönemin ihtiyaçlarına uygun olarak formüle edilmişti. Zira bu dönemde Eski Roma ekonomisi kendi kendine yeterlilik prensibi üzerine bina edilmiş ev (kapalı tarım) ekonomisi ile karakterize

¹⁴ Gaius, Inst. 3. 154a; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 371; Rado, **op. cit.**, s. 112; Alberto Burdese, **Manuale di Dritto Privato Romano**, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1964, s. 546; Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 7. Bası, Springer, Heidelberg Dordrecht London New York, 2010, s. 147; Paul Jörs/ Wolfgang Kunkel/ Leopold Wegner, **Römisches Recht**, 3. Auflage, Berlin, 1949, s. 240; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 240; Fulya İlçin Gönenc, **Roma Hukukunda Şirket Akti**, İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 7; Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 123-126; Nilgün Dinçer, **Klasik Dönem Roma Hukukunda Actio Pro Socio ve Actio Communi Dividundo İlişkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 7.

ediliyordu¹⁵. Bu erken dönemde benzeri görülmemiş düzeyde bir mübadele ekonomisinin varlığı söz konusuydu¹⁶. Dolayısıyla üretim genel olarak kişiye özel ve spesifik ihtiyaçları karşılamaya yönelik olup üretim fazlası oluşturmaya bir gerek görülüyordu¹⁷. Sadece aile reislerinin aile dışı aktivitelerde bulunduğu, esas olanın mübadele olduğu ve hukuki işlemlerin genelde ödünç temalı cereyan ettiği bu dönemde daha komplike işler için sermaye biriktirmek gibi dertler gündelik hayatın bir parçası değildi. Fakat MÖ III. yüzyıl henüz sona ermeden Roma'nın nüfusu 200.000'e dayanmış ve Akdeniz dünyasındaki herhangi bir şehirden daha büyük bir yapıya ulaşmıştı¹⁸

Ercto non cito sadece Roma vatandaşları arasında ve herhangi bir işleme gerek olmaksızın meydana geliyordu. Zaten bu nedenle Gaius tarafından kanuni ve tabii şirket (*legitima et naturalis societas*) olarak tanımlanmıştı. Gerçekten de Gaius'un Institutiones'inin 3.154a numaralı bölümünde, *pater familias*'ın¹⁹ ölümü halinde *sui heredes*²⁰ kimseler arasında aile malvarlığının bölünmeksizin korunması ve idaresi ile *ipso iure* meydana geldiği ifade edilmektedir²¹. Böylelikle mirasçılar arasında, malvarlığı üzerinde birden fazla kimsenin mülkiyet hakkına sahip olduğu bir birlikte

¹⁵ Özcan Karadeniz, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 396, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s. 4; Tahiroğlu bu dönemi, özellikle Pön Savaşlarına kadar kapalı ve kendi kendine yeten bir çerçevede tahıl üretimi ile karakterize olmuş kapalı ekonomi modeli olarak tanımlar: Q.v.: Tahiroğlu, **Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri**, **op. cit.**, s. 679 ve 681.

¹⁶ Benito Arruñada, "The Institutions of Roman Markets", In Giuseppe Dari-Mattiacci and Dennis Kehoe (eds.), **Roman Law and Economics, Vol. 2, Oxford Studies in Roman Society and Law** (Thomas A. J. McGinn and Paul du Plessis, eds.), Chapter 17, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 9; Demircioğlu, **op. cit.**, s. 195.

¹⁷ Arruñada, **op. cit.**, s. 5 et. seq.

¹⁸ Luuk De Ligt, "Legal History and Economic History: The Case of the Actiones Adiecticiae Qualitatis", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review**, Vol. 67, Issues 3 and 4, 1999, s. 222.

¹⁹ *Pater Familias*: Aile babasını, aile reisini ifade eden Roma hukuku terimidir. Maddi anlamda babadan ziyade hukuki manada *sui iuris* olan ve aile bireyleri üzerinde hakimiyet hakkına (*patria potestas*) sahip olan kimsedir. Roma ailesindeki tek *sui iuris* olup ölümü ile evlatlarının her biri, yaşlarından bağımsız olarak ayrı ayrı *sui iuris* olurlardı (q.v.: Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 152; Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, s. 620).

²⁰ *Sui Heredes*: Hakimiyet altında olunan kişinin ölümü ile *sui iuris* hale gelen mirasçıya verilen isimdir (q.v.: Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 82; Berger, **op. cit.**, s. 487).

²¹ W. W. Buckland/ Arnold D. McNair, **Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline**, Ed. F. H. Lawson, Cambridge University Press, 1952, s. 304; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 371; Rado, **op. cit.**, s. 111; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 10 ve 13; Honsell, **op. cit.**, s. 147; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 241; George Mousourakis, **Fundamentals of Roman Private Law**, Heidelberg, Springer, 2012, s. 234, n. 252.

mülkiyet ilişkisi tesis ediliyordu²² ki *ercto non cito*'nun yaklaşık çevirisi de “paylaştırılmamış malvarlığı”na karşılık gelmektedir. Bunun nedeni muhtemelen dönem itibariyle bireyden ziyade ailenin ön planda olması ve aile reisinin ölmesi üzerine aile malvarlığının parçalanmadan güçlü bir şekilde ailenin menfaatine bir arada kalması ihtiyacının doğurduğu hukuksal bir zorunluluktur²³.

Mirasçılar arasında kendiliğinden meydana gelen eski hukuk devrinin bu en ilkel ortaklık biriminden klasik hukuk devrinin *societas*'ına geçiş sürecinde ise kardeşler arasında doğal olarak tesis edilen bu ilişkinin bir tür benzerinin *praetor*²⁴ önünde bir *legis actio*²⁵ (kanuni dava) açılarak tesis edilebilmesi usulü yer almaktadır²⁶. Burada belirtmek gerekir ki gerek *ercto non cito*'nun doğal olarak kendiliğinden oluşması gerek *legis actio* ile bu ilişkinin benzerinin hısım olmayanlar arasında dava yolu ile *praetor* önünde *in iure cessio* işlemiyle tesis edilmesi hallerinde,

²² *Ercto non cito/ consortium*, birlikte mülkiyetin önemli bir görünüş tarzıydı ve Roma hukukunun mülkiyet hakkına birden fazla kimsenin sahip olmasından anladığı paylı mülkiyet ilişkisiydi. Fakat buna rağmen *ercto non cito*'nun bir paylı mülkiyet ilişkisinden farklı bir ilişkiye, *sui generis* bir birlikte mülkiyet haline vücut verdiği söylenmelidir. Zira bu *consortium*'u oluşturan her bir consorte, birlikte mülkiyete tabi olan her bir mal üzerinde diğerlerini de etkileyecek şekilde tasarrufta bulunabilir, mesela *mancipatio* ile devredebilir veya bir köleyi azat edebilirdi. Bu ise açıktır ki elbirliği ile mülkiyetin hukuki işlemin yapılabilmesi için aradığı temel gereksinimi olan oybirliği ile çatışmaktadır. Q.v.: Dinçer, **op. cit.**, s. 77; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 241.

²³ Rado, **op. cit.**, s. 111; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 240; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 9.

²⁴ *Praetor*: MÖ 367'de ihdas edilen ve *imperium* denen devlet iktidarını fiilen kullanma yetkisine sahip *magistra* makamını ifade eder. MÖ 242'de şehir *praetor*'luğu yanına yabancılar *praetor*'luğu da ihdas edilmiştir. Şehir *praetor*'u Romalılar arasındaki hukuki ihtilafları tetkik ederek uygulanacak hukuku belirleyip hâkime gönderirdi. Yabancılar *praetor*'u ise yabancılar arasındaki ve yabancılar ile Romalılar arasındaki ihtilafların çözümü için ihdas edilmişti. *Praetor*'ların her sene yayınladıkları *edictum*'ları özel hukuk alanında hukukun dinamikliğini sağlayan bir yapı taşı olmuştur. MS 130'da *edictum*'un değişmez hale gelmesi (*perpetuum*) ise *praetor*'ların bu geliştirici faaliyetlerini durdurmuştur (q.v.: Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s.168; Berger, **op. cit.**, s. 647).

²⁵ *Legis Actio*: Kanuni dava şekillerini ifade eden genel Roma hukuku terimidir. Üçü özel hukuk usulüne ikisi ise icra hukuku usulüne ait olmak üzere beş tanelerdi. Ortak özellikleri sıkı şekilcilikleri olup, şekle aykırılık davanın kaybına sebep olurdu. Bunlar, hakkın korunması için açılacak davalara bir şekil ve kalıp teşkil ederlerdi (q.v.: Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s.112; Berger, **op. cit.**, s. 541).

²⁶ Bu durum Gai. Inst. 3. 154^b'de de “... gerek kardeşler arasında kurulan gerekse kardeşler arasındakinin örneği üzerine kurulan ...” sözleriyle ifade edilmiştir; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Çev. Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 573, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 447; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 241; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 241; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 45; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, 1996, s. 452; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 371; Dinçer, **op. cit.**, s. 7 ve 8. Öte yandan *legis actio* usulü ile kurulabilen bu tarz ortaklıkların zorunlu bir miras birlikteliğinden önce gönüllü bir birliktelik olarak kaynağını *ercto non cito* gibi ailede değil fakat ticaret ve iş hayatında bulmuş olabileceği de doktrinde ifade edilmiştir: Fleckner, **Antike Kapitalvereinigung**, **op. cit.**, s. 125.

rızaî akit olan klasik dönem *societas*'ından farklı olarak bunların borçlar hukuku sözleşmeler sistemi içerisinde değerlendirilmeleri mümkün değildi²⁷.

Ius gentium'un etkisiyle *consortium- ercto non cito* ile kardeşler arasında kendiliğinden oluşan bu birliğin, aralarında aile bağları olmayan kişilerce²⁸ başkaca müşterek amaçlara erişmek için kullanılabilecek bir tür araç olduğu MÖ III. yüzyılın sonlarından itibaren görülmeye başlanmıştı. Öte yandan salt rıza üzerine bina edilmiş *societas*'ların, *praetor*'lar tarafından ancak cumhuriyet devrinin sonlarına doğru korunmaya başlandığı görülmektedir²⁹. Zira bu dönemde ticaretin ve ticari yaşamın gelişmesi, yabancılarla münasebetlerin artması ve kâr amaçlı iş ortaklıklarına olan talebin ortaya çıkması üzerine dava yolunun neden olduğu sıkı şekil şartından kurtulmak üzere şekle tabi olmayan ve yalnızca tarafların iradeleri ile meydana gelen *societas* artık icat edilmiş ve sıkça kullanılıyordu³⁰. Böylece aralarında bir hısımlık ilişkisi bulunmayan kimseler arasında ortaklık (*societas*) kurulabilmesi, temelini kardeşler arasındaki ilişkinin özellik arz ettiği *consortium- ercto non cito*'dan aldı³¹. Eski hukuk *consortium*'undan klasik hukuk *societas*'ına doğru gerçekleşen bu evrim nihayetinde eski Roma ortaklığında doğası gereği var olan “kardeşlik fikri”nin (*fraternitas*) *societas*'a intikal etmesine neden oldu³².

²⁷ Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 14.

²⁸ Rado, **op. cit.**, s. 112; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 240; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s.15.

²⁹ Zimmermann, **op. cit.**, s. 453; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 16; Dinçer, **op. cit.**, s. 8.

³⁰ Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 241; Rado, **op. cit.**, s. 112; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 15; Zimmermann, **op. cit.**, s. 452 ve 453; Cumhuriyet devri boyunca kâr amaçlı ticari ortaklık düşüncesi kademeli olarak gelişmişti: Mousourakis, **op. cit.**, s. 234, n. 252.

³¹ W. W. Buckland, **A Text-Bok of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, 1921, s. 511; Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 198 ve 199; Berger, **op. cit.**, s. 708; Zimmermann, **op. cit.**, s. 453; Mousourakis, **op. cit.**, s. 234, n. 252; Erdoğan, **Roma Borçlar**, **op. cit.**, s. 106.

³² Di Marzo, **op. cit.**, s. 447; Honsell, **op. cit.**, s. 147; bu yönüyle Roma hukuku aile ve şirketi bir araya getiriyordu: Q.v.: Juan Javier del Granado, “The Genius of Roman Law From a Law and Economics Perspective”, **San Diego International Law Journal**, Vol. 13, Issue 1, 2011, 343; Fleckner Andreas Martin, “Roman Business Associations”, **Oxford University Press, Roman Law and Economics**, vol. I, pp. 233–272, 2020, **Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance** No. 2015-10, **Max Planck Private Law Research Paper** No. 16/10, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2472598>, s. 36.

B. Societas'ın Tanımı ve Unsurları

1. Societas'ın Tanımı

Roma hukukunun şirket sözleşmesi olan *societas*, iki veya daha fazla kimsenin, meşru bir menfaat amacıyla, mal veya emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettikleri rızaî bir sözleşmedir³³.

Bu tanımdan yola çıkarak akdin unsurları olarak; rızaî nitelikte olması, tarafların ortak olma niyet ve iradelerinin varlığı (*affectio societatis*)³⁴, iştirak hisselerinin (mal veya emeklerin) bir araya getirilmesi ve şirket amacının meşru, kanunlara, örf ve adete uygun olması sayılabilir.

2. Societas'ın Unsurları

a. Sözleşme UNSURLARI

Societas her şeyden önce bir sözleşme olup, Roma hukuku sözleşmeler sistemi içerisinde *emptio-venditio* (satış sözleşmesi), *locatio conductio rei* (kira sözleşmesi), *locatio conductio operis* (eser sözleşmesi), *locatio conductio operarum* (hizmet sözleşmesi) ve *mandatum* (vekalet sözleşmesi) ile birlikte rızaî sözleşmeler grubu içerisinde yer almaktadır³⁵. Bu nedenle *societas*'ın her şeyden önce bu grubun özelliklerini bünyesinde taşıması söz konusudur. Dolayısıyla her şeyden önce yalnızca karşılıklı iradelerin varlığı ve beyanı üzerine (*nudus consensus*) sözleşmenin meydana geldiğini ifade etmek gerekir³⁶. Sözleşmenin kurulması için bir şeyin verilmesine ya

³³ Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 198 ve 199; Berger, *op. cit.*, s. 708; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 23; William Smith, *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, 2. Edition, Boston: Little, Brown and Company, 1859, s. 1049; Max Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. Neuarbeitete Auflage, München, 1971, s. 478; Burdese, *op. cit.*, s. 546; Di Marzo, *op. cit.*, s. 446; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 241; Rado, *op. cit.*, s. 110; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 370; Zimmermann, *op. cit.*, s. 451; Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 504; Honsell, *op. cit.*, s. 147; Antonio Guarino, *Dritto Privato Romano*, 8. Edizione, Ed. Jovene, Napoli, 1988, s. 813; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 243-244; Erdoğan, *Roma Borçlar*, *op. cit.*, s. 106; Pervin Somer, *100 Soru – 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 76; Şahin Akıncı, “Roma Hukukunda Şirket (*Societas*) Akdi ve Bunun Türk Hukukuna Etkisi”, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996, s. 137; Mousourakis, *op. cit.*, s. 234; Salvo Randazzo, “The Nature of Partnership in Roman Law”, *Australian Journal of Legal History*, vol. 9, 2015, s. 120.

³⁴ Roma hukuku metinlerinde ortak olmak niyet ve iradesi “*animus contrahendae societatis*” veya “*affectio societatis*” olarak ifade edilmiştir. (q.v.: Berger, *op. cit.*, s. 356; Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 24.)

³⁵ Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 241; Rado, *op. cit.*, s. 110; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 241; Erdoğan, *Roma Borçlar*, *op. cit.*, s. 70; Akıncı, *op. cit.*, s. 138.

³⁶ Berger, *op. cit.*, s. 408.

da belirli bir şekle uyulmasına gerek yoktu³⁷. Tarafların kelimeleriyle, eylemleriyle ve hatta iradelerini haberci üçüncü kişiler aracılığıyla açıklamaları ile kurulması mümkündü³⁸. Yani sözleşmenin akdedilmesinde asıl olan tarafların şirket kurma niyet ve iradelerini açık veya örtülü olarak herhangi bir şekilde beyan etmeleri olup sözleşmenin kurulması için tarafların iradelerinin uyuşması yeterliydi³⁹. Bu kapsamda tarafların irade beyanları müşterek amacı, katılma payını ve *affectio societatis* hususlarını içermeliydi.

Dahası *societas* sözleşmesinden doğan davalar iyiniyet davaları olup sözleşmeden doğan borçların ifasında dürüstlük kuralının (*bona fides*) dikkate alınması söz konusudur⁴⁰. Gelişimi ticaret uygulamaları doğrultusunda *ius gentium* kapsamında olmuş ve bu nedenle de hem Romalılar hem de yabancılar (*peregrinus*'lar) tarafından akdedilebilme özelliğini sağlamıştır⁴¹.

Tarafların *societas* sözleşmesi ile birbirlerine karşı borçlanmış oldukları edimlerin mahiyeti bu sözleşmeyi diğer rızâî sözleşmelerden ayırır. Zira taraflar sözleşmeden doğan borçların yanında birbirlerine karşı iyiniyetin gerektirdiği her şeyi borçlanmış olsalar da edimleri arasında bir karşılık ilişkisi bulunmamakta ve ortaklar daha ziyade çizginin aynı tarafında birlikte bulunmaktaydılar⁴². Bu yönüyle de *societas* akdi diğer çok taraflı hukuki işlemlere nazaran özellik göstermektedir. Taraflardan birinin ediminin diğerinin alacağını teşkil etmemesi etkisini sözleşmeden doğan davada da göstermiştir. Öyle ki eksik iki taraflı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda verilen davalar *directa* ve *contraria* gibi alacaklılara ve borçlulara yönelik olarak farklı farklıdır. Yine aynı şekilde tam iki tarafa borç yükleyen

³⁷ Zimmermann, **op. cit.**, s. 455; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 24.

³⁸ Smith, **op. cit.**, s. 1049; rızâî akitler açık, örtülü irade beyanlarının kullanılması ve habercilerin devreye girmesi ile oluşabilirdi: Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 192-193; Mousourakis, **op. cit.**, s. 234.

³⁹ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison, op. cit.**, s. 301; Mousourakis, **op. cit.**, s. 234.

⁴⁰ *Societas* akdi *bona fides*'e dayanır: Kaser, **op. cit.**, s. 478; Burdese, **op. cit.**, s. 547.

⁴¹ **Ibid.**; Honsell, **op. cit.**, s. 147; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 193 ve 240; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 21.

⁴² Zimmermann, **op. cit.**, s. 455; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 25; Honsell, **op. cit.**, s. 147; Roberto Fiori, "Contracts, Commerce and Roman Society", **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**, Editors: P. J du Plessis, C. Ando, K. Tuori, Oxford University Press, 2016, s. 588.

sözleşmelerde de taraflara konumları gereği farklı davalar verilir. Fakat ortaklık sözleşmesinden dolayı taraflara verilen yegâne dava *actio pro socio*⁴³dur⁴⁴.

b. Affectio Societatis Unsuru

Societas kurulması için tarafların birbirlerine uygun irade beyanları yeterliyse de bu iradeler özellikle şirket kurma niyet ve iradesi olarak tecelli etmeliydi⁴⁵. Söz konusu sözleşmeyi kurmaya yönelik iradenin özelleşmiş bu haline *affectio societatis* denip şirketin devamı boyunca var olması gerekir⁴⁶. Bu kapsamda söz konusu olan salt iradelerin uyuşması değil, ortaklık amacının gerçekleşmesi için gerekli faaliyetlere katılma, bu yolda çaba sarf etme ve bu amaca aykırı eylem ve işlem yapmaktan kaçınmaktır⁴⁷.

Sözleşme kurma niyet ve iradesi, zorunlu olmamakla birlikte üzerinde birlikte malik olunan bir malvarlığının tesisini de beraberinde getirebilirdi. Ortakların paylı mülkiyetine sahip oldukları bu malvarlığı tesis edilmek istenen ortaklığın türüne göre ortakların tüm malvarlığını veya malvarlıklarının daha sınırlı bir kısmını teşkil edebilirdi. Böyle bir halde, sözleşme ile tesis edilen durumun birlikte mülkiyet tesis edilen hallerden farkını ortaya koymak, konunun kavranması açısından önem arz eder.

Roma hukukunda birlikte mülkiyetin temel görünüş tarzı paylı mülkiyet (*condominium*)⁴⁸. Paylı mülkiyete sahip olan kişiler malın tamamı üzerinde ancak belirli paylarla mülkiyet hakkına sahiptiler⁴⁹. Dolayısıyla şirket kurma niyeti olmaksızın bir takım malvarlığının birlikte mülkiyetine sahip olunabilmesi Roma hukuk düşüncesinde mümkündü. Malvarlıkları üzerinde birlikte mülkiyet iradi olarak akdi (*communio – communio cum societates*) veya irade uyuşması olmaksızın (*communio incidens – communio sine societates*) vücut bulabiliyordu.

⁴³ Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s.11; Berger, **op. cit.**, s. 708.

⁴⁴ Zimmermann, **op. cit.**, s. 454.

⁴⁵ Berger, **op. cit.**, s. 708.

⁴⁶ Kaser, **op. cit.**, s. 478. Rado, **op. cit.**, s. 110; Honsell, **op. cit.**, s. 147; Guarino, **op. cit.**, s. 820; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 243.

⁴⁷ Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 29.

⁴⁸ Belgin Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 46-48.

⁴⁹ D. 13. 6. 5. 15 (Ulpianus libro 28 ad edictum); Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 424.

Ulpianus tarafından aktarıldığına göre⁵⁰, aynı malın iki kişiye vasiyet edilmesi, bağışlanması, birlikte satın alınması ve bağışında *communio incidens* tezahür ediyordu. Çünkü bir irade uyuşması olmaksızın birlikte mülkiyet tesis ediliyordu. Gaius'tan haber veren bir başka Digesta paragrafı⁵¹ ise bir malın birlikte satın alınması halinde *societas*'a mevcudiyet verileceğini bildirmektedir. Birbiriyle çelişiyor gibi görünen bu paragraflar arasındaki ince husus *societas* akdinin her zaman birlikte mülkiyeti beraberinde getirmedeği gibi birlikte mülkiyetin de her zaman bir ortaklık durumuna sebebiyet vermeyeceği bilinciyle açıklığa kavuşturulabilir⁵². Bu ise ancak *affectio societatis* ile mümkündür. Dolayısıyla ortak olma niyet ve iradesi ile bir birlikte mülkiyet ilişkisinin kurulması ortaklık ilişkisi tesis ederdi fakat böyle bir irade mevcut olmaksızın salt birlikte hareket ederek bir birlikte mülkiyet ilişkisi de kurulabilirdi⁵³. Nihayetinde paylı mülkiyetli *societas*'ı diğer paylı mülkiyet hallerinden ayıran *affectio societatis*'tir.

c. Kişi Unsuru

Bir *ius gentium* kurumu olarak *societas*'ın Romalılar arasında, yabancılar arasında ve Romalılar ile yabancılar arasında kurulabilmesi mümkündü⁵⁴. Fakat bundan daha fazla önem arzeden husus ortakların kimliği idi. Roma'daki genel anlayışa göre kendi özgürlüklerinin üzerinde bir irade kurmak arzu edilen bir durum değildi. Dolayısıyla başka hür Romalılar ile aralarında bir tür hiyerarşi ilişkisi tesis edecek bir birliktelik oluşturmak amaçlanmıyordu. Hür Romalı kendi işini kendi görür ve bu kapsamda ancak ailesinden yardım alırdı. Ailenin yeterli gelmediği bir zanaat veya ticaret bilgisi gerektiren işlerde ise o işi yapmayı bilen bir köle satın alınır ve yine kölenin dahil olduğu o aile bütünlüğü ile meseleler halledilirdi⁵⁵. Bu durum doktrinde

⁵⁰ D. 17. 2. 31 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum)

⁵¹ D. 10. 3. 2 pr. (Gaius libro septimo ad edictum provinciale)

⁵² Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 504; fakat doktrinde bunun tam tersi olarak, klasik hukuk döneminde tarafların rızası ile birlikte mülkiyet ilişkisinin oluşturulduğu her durumun bir *societas* anlamına geldiği de ifade edilmiştir: Q.v.: Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 300.

⁵³ Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 25-29; Dinçer, *affectio societatis*'in kurulacak olan birlikte mülkiyet ilişkisinin *societas*'a sebebiyet verip vermeyeceğindeki belirleyici etkisini D. 17. 2. 52 (Ulpianus libro 31 ad edictum) ile desteklemektedir: Q.v.: Dinçer, **op. cit.**, s. 79 ve 80.

⁵⁴ Honsell, **op. cit.**, s. 147; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 30.

⁵⁵ Hawk, **op. cit.**, s. 212.

Roma hukukunda günümüz ticaret şirketi benzeri yapıların yeterince gelişmemiş olmasının nedenlerinden biri olarak ifade edilmiştir⁵⁶. Zira şirket teorisi kapsamında, şirketleri diğer benzeri oluşumlardan ayırıp yükselişlerini teşvik eden en mühim özelliğin organizasyonel yapı içerisindeki otorite ve hiyerarşi olduğu doktrinde belirtilmektedir⁵⁷. Fakat gerçekten de Romalıların yararlanabilecekleri esas örgütsel form olan *societas*, statü üzerine⁵⁸ değil ortaklarının kardeşçe eşitliği üzerine bina edilmişti⁵⁹.

Romalıların söz konusu tavrının sağlaması çalışmamız özelinde aile (-*peculium*) işletmeleri nazarından yapılabilir. Zira aile işletmeleri söz konusu olduğunda *patria potestas* temelli net bir hiyerarşi sağlanabiliyor yani temelde statü üzerine bina ediliyordu. Şirket sözleşmesi kapsamında dahi, kendi iradelerinin üzerine başka bir hür Romalının iradesini yönetim birimi (organı) olarak kabul etmeyen Romalıların, kendi hakimiyetlerine tabi bir köleyi, hukuki işlemlerinden sorumlu oldukları yönetimden sorumlu organ olarak atayabilmeleri kanımızca *societas*'ın dar kalıplarından kendi geleneksel düşün yapılarına karşı gelmeyecek şekilde *status* temelli organizasyonel formlara ulaşmaya çalıştıklarını göstermektedir.

Nihayetinde ortak bir amaca ulaşmak için bir araya gelenler en az iki kişi olmalıydılar. Üst bir sınır ise yoktu. Bununla birlikte Digesta'nın *societas*'a ayrılan faslında çoğu metin sadece iki kişiden oluşan ortaklıklara ayrılmış haldedir⁶⁰. Fakat ikiden fazla ortak ile oluşturulan ortaklıklara ilişkin paragraflara rastlamak da mümkündür⁶¹. Sırf bu husus bile *societas*'ın ortak sayısının artmasını destekleyecek mekanizmalardan yoksun olduğuna ilişkin bir delildir.

⁵⁶ Fleckner, **Roman Business Associations**, *op. cit.*, s. 36.

⁵⁷ Ronald H. Coase, "The Nature of the Firm", **Economica**, Volume 4, Issue 16, 1937, s. 386 et. seq.

⁵⁸ Fleckner, **Roman Business Associations**, *op. cit.*, s. 42.

⁵⁹ Dinçer, *op. cit.*, s. 22.

⁶⁰ D. 17. 2. 6 (Pomponius libro nono ad Sabinum); D. 17. 2. 24 (Ulpianus libro 31 ad edictum); D. 17. 2. 38. 1 (Paulus libro sexto ad Sabinum); D. 17. 2. 39 (Pomponius libro 13 ad Sabinum); D. 17. 2. 52 pr., 4 ve 5 (Ulpianus libro 31 ad edictum).

⁶¹ D. 17. 2. 28 (Paulus libro 60 ad edictum); D. 17. 2. 63. 10 (Ulpianus libro 31 ad edictum); D. 17. 2. 65. 6 ve 9 (Paulus libro 32 ad edictum).

d. Katılma Payı Unsuru

Ortalığın kurulma nedeni olan amacın gerçekleşmesi için bir araya getirilmesi gerekli mal ve emek, ortakların katılma payını oluşturur⁶². Bu yönüyle katılma payı unsuru her ne kadar ortaklık sözleşmesinin olmazsa olmaz bir unsurunu teşkil etse de *societas*'ın rızâî nitelikte olması nedeniyle sözleşmenin kurulabilmesi için katılma payının sadece taahhüdü yeterli olup fiilen getirilmiş olması gerekmezdi. Bu doğrultuda henüz bir ortaklık malvarlığı tesis edilmeden önce de taahhüt üzerine sözleşme kurulmuş olurdu⁶³. Çünkü sözleşmeden ortaklar için doğan borçlardan biri de katılma payının ifası olurdu. Bu nedenle de taahhüt edilen katılma paylarının fiilen yerine getirilmemesi, somut *societas*'ın türüne ve hedefine göre ortak amacın gerçekleşmesini engelleyecek nitelikteyse ortaklar için şirket sözleşmesinden doğan iyiniyet davası olan *actio pro socio* açma imkânı doğardı⁶⁴.

Katılma payı olarak ortaklığa getirilebilecek değerler taşınır ve taşınmaz mallar, para, haklar, kişisel yetenek ve emek olabilirdi⁶⁵. Malın mülkiyetinden farklı olarak mal üzerindeki kullanım hakkının da getirilmesi mümkündü⁶⁶. Herkesin sadece mal veya sadece emek getirmesi söz konusu olabileceği gibi ortakların hem mal hem emek getirmesi de mümkündü. Katılma payı edimleri konusunda ortaklığa getirilecek eşyanın malvarlığına dahil olabilen türde (*res in patrimonio*) olması gerekirdi. Bu kapsamda ilahi hukuka tabi mallar (*res divini iuris*), herkesin ortak malları (*res communes omnium*) niteliğindeki şeyler ve kamu malları (*res publicae*) sözleşmeden doğan borcun ifası olarak ortaklığa getirilemezdi.

Katılma payının ifası, sözleşmeden doğan borç olduğuna göre borcun konusu olan edim olarak emek, özellik arz eder. Zira Roma hukukunda genel bir kaide olarak edimin para ile ölçülebilir olması yani maddi değer taşıması gerekirdi⁶⁷. Bu nedenle de şarkı söylemeyi veya konferans vermeyi taahhüt etmek şeklindeki vaatler, değerleri

⁶² Kaser, **op. cit.**, s. 479; Rado, **op. cit.**, s. 110; Honsell, **op. cit.**, s. 147; David Daube, "Societas as Consensual Contract", **Cambridge Law Journal**, Volume 6, No. 3, 1938, s. 389.

⁶³ Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 31.

⁶⁴ **Ibid.**, s. 95.

⁶⁵ Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 504 ve 505; Berger, **op. cit.**, s. 708; Mousourakis, **op. cit.**, s. 235; Randazzo, **op. cit.**, s. 120; Guarino, **op. cit.**, s. 818.

⁶⁶ Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 36 ve 37; Dinçer, **op. cit.**, s. 12 ve 13.

⁶⁷ Çünkü klasik devrin muhakeme usulüne hâkim olan esas ilke mahkumiyetin ancak paraya dair olabileceğiydi: Rado, **op. cit.**, s. 10; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 23.

para ile ölçülemeyeceklerinden borç doğurmazlardı⁶⁸. Fakat *societas* sözleşme türü özelinde borcun konusunu oluşturan edimin maddi bir değer taşımasına gerek yoktu. Çünkü somut ortaklığa göre katılma payı olarak taahhüt edilen emek gerçekten de en az bir eşya veya alacak kadar değerli olabilirdi. Romalı hukukçular da bu konuda “emeğin ve kişinin mesaisinin para yerine geçtiğini” ifade etmişlerdi⁶⁹.

e. Müşterek Amaç Unsuru

Ortaklığın kurulma nedeni olan hedefin, ortaklar için müşterek olması gerekir. Ortakların sözleşme amacını gerçekleştirmede menfaatleri olmalıydı. Dolayısıyla da müşterek amacın tesisi için akde katılanların hepsinin müşterek menfaati gerekliydi⁷⁰. Bu menfaat kâr elde etmek gibi bir menfaat olmak zorunda değilken çoğunlukla öyleydi⁷¹. Bu nedenle de ortaklardan birinin yalnız kâra diğerinin ise yalnızca zarara katılacağı tarzındaki bir anlaşma⁷² *societas*’a vücut vermez, hukuki işlem geçersiz olurdu.

Kurulacak ortaklığın meşru amacı yanında amacın başlangıçta imkânsız olmaması da gerekli diğer bir husustur. Zira müşterek amacın elde edilmesi veya elde edilmesinin imkânsız hale gelmesi ortaklığın sona erme nedenlerindendi.

Müşterek amaç aynı zamanda ahlaka aykırı olmayan meşru bir hedef olmalıydı⁷³. Meşru olmayan amaç için *societas* tesisi geçerli değildi⁷⁴. Bu kapsamda üçüncü kişileri aldatmak, kaçakçılık ve hırsızlık yapmak gibi haksız fiilleri gerçekleştirmek amaçlı olarak kurulan ortaklık hükümsüz olurdu⁷⁵.

Societas, varlık nedeni müşterek amacı doğrultusunda kısa süreli yani geçici veya sürekli yani ortaklardan biri ölene kadar devamlı olarak da kurulabilirdi⁷⁶.

⁶⁸ Rado, **op. cit.**, s. 11.

⁶⁹ Gai. Inst. 2. 149; Smith, **op. cit.**, s. 1049; Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 371; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 243; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 63.

⁷⁰ Mousourakis, **op. cit.**, s. 235.

⁷¹ Smith, **op. cit.**, s. 1049; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian, op. cit.**, s. 504.

⁷² *Societas Leonina* – D. 17. 2. 29. 2 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum); Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 244.

⁷³ Mousourakis, **op. cit.**, s. 235.

⁷⁴ D. 17. 2. 3. 3; Zimmermann, **op. cit.**, s. 454, n. 21; Rado, **op. cit.**, s. 110; Honsell, **op. cit.**, s. 148; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 244.

⁷⁵ D. 17. 2. 57; Rado, **op. cit.**, s. 111; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 40 ve 41.

⁷⁶ Smith, **op. cit.**, s. 1049; Honsell, **op. cit.**, s. 147; Guarino, **op. cit.**, s. 819.

Müşterek amacın alabileceği farklı formlara göre zaman içerisinde farklı *societas* türleri gelişmişti.

C. Societas Türleri

Societas, birden fazla kişinin bir araya gelerek herhangi bir amaç için kullanabilecekleri, ticaret yapabilecekleri en basit formu ifade ediyordu⁷⁷. Yani konumuz özelinde *societas* sadece bir sözleşme değil aynı zamanda statik karakterli bir kurumdu⁷⁸ ve ticarete, günümüz adı ortaklığına nazaran çok daha önemliydi⁷⁹. Bu kapsamda *societas* olarak örgütlenen işletmeler; halka finansal hizmetler sunmaktan (*argentarius*'lar), deniz taşımacılığına (*exercitor*'lar), sığır yetiştiriciliğinden (*pecus*) mezar yapımı ve satışına (*monumentum*), toprak tarımından (*ager*) satış dükkanlarının işletilmesine (*taberna*), gramer derslerinden (*grammaticam docere*) zeytin yağı (*oleum*), şarap (*vinum*), tahıl (*frumentum*), köle (*mancipium*), mücevher (*margarita*), kıyafet ticaretine (*sagaria*) ve kölelerin eğitim ve öğretimine (*puerum docere/ nutrire*) kadar geniş kapsamda faaliyet gösterebiliyorlardı⁸⁰. İşte gündelik hayatın hemen her alanında bu kadar kapsamlı şekilde fonksiyon icra edebilmesi bu yapının zaman içerisinde farklı türlere vücut verebilmiş olmasıyla da yakından ilişkiliydi⁸¹. Bu kapsamda öncelikle geleneksel *consortium*'dan bir kopuş ile aile dışı bireyler arasında da yapılabilen fakat yine aynı şekilde tarafların bütün malvarlıklarının bir araya geldiği *societas omnium bonorum*'dan, zaman içerisinde doğan konusu sınırlı ortaklık ihtiyaçlarını karşılamaya hizmet edecek şekilde çeşitlenen başka *societas* türlerine doğru bir gidişat söz konusu olmuştur⁸².

⁷⁷ Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen*, **op. cit.**, s. 119; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, **op. cit.**, s. 1356.

⁷⁸ András Földi, "Remarks on the legal structure of enterprises in Roman Law", *Revue Internationale des Droits de L'antiquité*, No. 43, 1996, s. 185.

⁷⁹ Boudewijn Sirks, "Law, Commerce, and Finance in the Roman Empire", *Oxford Studies on the Roman Economy: Trade, Commerce and the State in the Roman World*, Editors: Andrew Wilson and Alan Bowman, Oxford University Press, 2018, s. 73.

⁸⁰ Fleckner, *Roman Business Associations*, **op. cit.**, s. 7.

⁸¹ Pietro Cerami, "Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero", *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 2008, s. 104; Guarino, **op. cit.**, s. 815 ve 816.

⁸² Honsell, **op. cit.**, s. 148; bu gidişat Daube'ye göre kardeşlik hukukundan ticari gayeye doğru bir evrimin işaretidir. Q.v.: Daube, **op. cit.**, s. 383. Böylece zaman içerisinde bünyesindeki aile hukuku etkisini (muhtemelen bir ticaret toplumu haline bürünmesiyle de olsa gerek) giderek yitirmiştir: Kaser, **op. cit.**, s. 477 ve 478.

1. Societas Omnium Bonorum

Ortakların tümünün, mevcut ve gelecekteki bütün mallarını ortaya koyarak oluşturdukları bir tür ortaklık yani bütün mallar ortaklığıdır⁸³. En eski tür olan bu tarz *societas*'ın erken dönem formu olarak *consortium/ ercto non cito* gösterilmektedir⁸⁴. Bu tür ortaklığın diğerlerinden farkı ortaklık malvarlığının oluşumundaydı. Zira konusu sınırlı ortaklıkların tesisinde ortaklık malvarlığı olacak şeyler üzerinde paylı mülkiyet kurulması zorunlu olmayıp isteniyorsa gerekli devir işlemlerinin de yapılması gerekiyordu⁸⁵. *Societas omnium bonorum*'da ise sözleşmenin akdedilmesiyle tarafların mevcut olan bütün malvarlıkları üzerinde kendiliğinden birlikte mülkiyet (paylı mülkiyet) tesis edilmiş oluyordu⁸⁶. Bu hususu Paulus, *societas omnium bonorum*'un kurulmasıyla birlikte, ortakların tüm malvarlığının, bütün ortaklara müştereken ait olacağı şeklinde ifade etmiştir⁸⁷. Yani tarafların ayrıca bir devir işlemi yapmalarına bu ortaklık özelinde gerek yoktu. Bunun nedeni ise Gaius tarafından malvarlığının teslimi fiilen gerçekleşmese de yapıldığının zımnen varsayıldığı ile açıklanmıştır⁸⁸. Fakat ortaklık kurulduktan sonra elde edilen malvarlığı üzerinde doğrudan birlikte mülkiyet kurulmaz⁸⁹, ortakların bunlar üzerinde paylı mülkiyetin tesisi için gerekli devir işlemlerini yapmaları gerekirdi⁹⁰. Sonradan kazanılan mallar için özellik arzeden bu durum ortakların sözleşme ile altına girdikleri borç kapsamında olduğundan yerine getirilmemesi o ortağı ortaklık davası (*actio pro socio*) ile sorumlu kılardı⁹¹.

⁸³ Di Marzo, *op. cit.*, s. 447; Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 504; Guarino, *op. cit.*, s. 816; Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 199; Berger, *op. cit.*, s. 709; Rado, *op. cit.*, s. 112; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 240.

⁸⁴ Di Marzo, *op. cit.*, s. 447; Kaser, *op. cit.*, s. 479; Rado, *op. cit.*, s. 112; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 41; Mousourakis, *op. cit.*, s. 235; Daube, *op. cit.*, s. 382.

⁸⁵ Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 43.

⁸⁶ Smith, *op. cit.*, s. 1049; Kaser, *op. cit.*, s. 479; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 242; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 43; Mousourakis, *op. cit.*, s. 235; Erdoğan, *Roma Eşya*, *op. cit.*, s. 46.

⁸⁷ D. 17. 2. 1. 1 (Paulus libro 32 ad edictum)

In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur, "Bütün mallar ortaklığında ortaklığa girenler için her şeye derhal müştereken malik olunur."

⁸⁸ D. 17. 2. 2 (Gaius libro decimo ad edictum provinciale)

quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

"Çünkü teslimat fiilen gerçekleşmese de yine de zımnen gerçekleştiği varsayılmaktadır."

⁸⁹ D. 17. 2. 73 (Ulpianus libro primo responsorum).

⁹⁰ D. 17. 2. 73 (Ulpianus libro primo responsorum): "Societas omnium bonorum kurulduğunda, kişilerin mülkleri tamamıyla yani herhangi birinin sonradan elde edilecekleri mülkler de müşterek malvarlığına dahil edilmelidir."; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 46.

⁹¹ D. 17. 2. 74 (Paulus libro 62 ad edictum)

Sonuçta ortaklar, sözleşme ile kurulacak ortaklığın türüne göre ya doğrudan malvarlıklarının tümü üzerinde bir müşterek mülkiyet tesis etmiş olurlardı ya da tek bir iş, mesleki kazançları bir araya getirmek veya belirli bir çeşit ticari faaliyet için gerekli olan sermaye ve emeğin ortaklığa getirilmesini borçlanırlardı. Bu husus şirket akdinin aynı tesiri olmamasıyla açıklanır. Fakat görüldüğü üzere bunun istisnası *societas omnium bonorum*'dur⁹². Yine de bu hususta bir görüş birliği yoktur. Zira Zimmermann *societas omnium bonorum* özelinde klasik hukuk döneminde ortaklık sözleşmesinin kurulmasıyla müşterek mülkiyetin kendiliğinden meydana gelmesinin (*nudus consensus* ile) mümkün olmasını güvenilir bulmuyor. *Societas omnium bonorum* kökenini eski *consortium*'da bulduğundan ve o da *certa legis actio* ile oluşturulduğundan bu *legis actio*'nun zaman içerisinde yaşayıp modernize olmuş bir versiyonunun ortakların tüm malvarlıkları üzerinde müşterek mülkiyetin tesisini sağlamasının imkânsız olmadığını ifade etmektedir⁹³.

Nihayetinde kural olarak malvarlığındaki ortaklığın şirket sözleşmesinin yapılması ile meydana gelmediği söylenebilir. Ortakların birbirlerine karşı sözleşmeyle borçlandıkları husus genel olarak, şirket malvarlığı olacak şeylerde birbirlerine müşterek mülkiyeti nakletmektir⁹⁴.

2. Societas Omnium Bonorum Quae Ex Quastu Venuint (Societas Quaestus)

Gerçekleştirilen işlemlerden elde edilecek kârların tümünü müşterek hale getirmek üzere ortakların anlaşmaları ile yapılan şirket akdidir⁹⁵. Ulpianus'a göre bu tarz bir ortaklıkta, ortakların üzerinde paylı mülkiyete sahip oldukları malvarlığı sözleşme doğrultusunda elde edilen kazançlardan oluşurdu⁹⁶. Ayrıca bağış, vasiyet ve

⁹² Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 243.

⁹³ Zimmermann, **op. cit.**, s. 466. Guarino da benzer şekilde hukuken bir *communio*'nun oluşmasının gerekli olmadığını bununla birlikte önemli olanın, ortakların ortaklık amacının gerçekleşmesi için gerekli olan hukuki işlemleri yerine getirebilmeleri için ekonomik malvarlığı değerlerinin muhasebe ve operasyonel düzeyde birleştirilmesi olduğunu ifade etmektedir. Q.v.: Guarino, **op. cit.**, s. 816.

⁹⁴ Müşterek mülkiyetin tesisi için ise ortakların, ortaklığa getirdikleri malların çeşidine göre, *res mancipi*'ler için *mancipatio* veya *in iure cessio* ve *res nec mancipi*'ler için ise *traditio* olmak üzere gerekli devir muamelelerini yapmaları gerekirdi. Q.v.: Zimmermann, **op. cit.**, s. 466; Rado, **op. cit.**, s. 114 ve dn. 50.

⁹⁵ Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s.199; Berger, **op. cit.**, s. 709; Mousourakis, **op. cit.**, s. 235.

⁹⁶ D. 17. 2. 7 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum)

miras yollarıyla ortakların elde ettikleri malların ortaklığın dışında kalacağı da yine aynı hukukçu tarafından bildirilmiştir⁹⁷. Öte yandan Buckland neyin ortaklık kârı neyin ortakların özel kârı olduğu noktasındaki tespitin kâğıt üzerinde ifade edildiği gibi kolay olmadığı da belirtmiştir⁹⁸.

Ortaklar sözleşme yaparken ortaklığın türüne bir açıklık kazandırmamışlarsa tesis edilmek istenen ortaklığın *societas quaestus* olduğu varsayıldı⁹⁹.

3. Societas Unius Rei

Ticari olsun olmasın, belirli bir malın ortaya konularak işletilip kâr elde edilmesi veya tek bir işlemin yapılması için kurulan şirket türüdür¹⁰⁰. Yani bir tek mal veya tek işin ortaklığıdır. Bu kapsamda belirli bir malın satılması, kiralınması, bir araziye bina yapımı, yarış atı işletmek veya manzaralarının kapanmaması için yan arazinin satın alınması gibi durumlar için kullanılmıştır¹⁰¹.

4. Societas Alicuius Negatiationis

Taraflarca konusu belirlenmiş bir ticari işin gerçekleştirilmesi için yapılan şirket akdi olup muhtemelen en yaygın ortaklık türüydü¹⁰². Belirli bir ekonomik, endüstriyel veya ticari faaliyetin devamlı olarak yürütülmesi ile karakterizedir¹⁰³. Bütün malvarlığı değil, şirket amacının gerektirdiği miktarda katılım payı taahhüt

⁹⁷ D. 17. 2. 9 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum); bu hususa ilişkin örnek olay için q.v.: D. 17. 2. 71. 1 (Paulus libro tertio epitomarum Alfeni digestorum): “Aynı efendinin iki azatlısı aralarında, yapılacak işlemlerden elde edilecek kâra birlikte malik olunacağı konulu bir ortaklık sözleşmesi yaptıklarında birinin sonradan efendi tarafından mirasçı yapılması ve diğerine de mal vasiyet edilmesi durumunda her ikisinin de elde ettiklerinin müşterek malvarlığına dahil olması gerekmediğine hükmedilmiştir.”

⁹⁸ Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 504.

⁹⁹ Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 504; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 49; Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen*, *op. cit.*, s. 128.

¹⁰⁰ Smith, *op. cit.*, s. 1049; Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 504; Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s.199; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 241; Berger, *op. cit.*, s. 709; Rado, *op. cit.*, s. 112; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 371; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 240; Mousourakis, *op. cit.*, s. 235.

¹⁰¹ Berger, *op. cit.*, s. 709; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 50, Mousourakis, *op. cit.*, s. 235; Dinçer, *op. cit.*, s. 24; Cerami, bir geminin donatılması ve işletilmesini de bu neviden bir şirket olarak göstermektedir: Q.v.: Cerami, *op. cit.*, s. 106.

¹⁰² Gai. Inst. 3, 148; Smith, *op. cit.*, s. 1049; Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 504; Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s.199; Berger, *op. cit.*, s. 709; Erdoğan, *Roma Borçlar*, *op. cit.*, s. 106; Mousourakis, *op. cit.*, s. 235.

¹⁰³ Cerami, *op. cit.*, s. 106.

edilirdi¹⁰⁴. Bu tür şirketlerin köle, buğday ve tarım araçlarının ticareti için kullanıldığı bilinmektedir¹⁰⁵. Ayrıca vergi toplama şirketlerinin de bu neviden oldukları doktrinde ifade edilmiştir¹⁰⁶.

5. Societas Publicanorum/ Vectigalis

Societas publicanorum daha ziyade devlet ile yapılan sözleşmelere bağlı olarak, bayındırlık faaliyetleri, orduya erzak sağlanması ve devlet gelirlerinin toplanması gibi kamu hizmeti olarak nitelendirilebilecek işleri yapan şirketleri ifade ederken, *societas vectigalis* sadece vergi toplama şirketlerini ifade etmektedir. Bu bağlamda *societas vectigalis*'in *societas publicanorum*'un vergi toplama alanında ihtisaslaşmış bir şekli olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷. Klasik *societas* türlerinden farklı olarak bu yapı tüzel kişiliği haiz olması yönüyle önem arz etmektedir ki sıra dışı nitelikleri dolayısıyla bu tür şirketler ileride ayrıntılı olarak işlenecektir¹⁰⁸.

D. Societas'ta Ortaklar Arası İlişkiler

Societas'ın kendisi ortaklarından ayrı bir yapı teşkil etmeyip, ortaklar arası ilişkiden anlaşılması gereken sadece ortaklık sözleşmesi tarafı olan kişilerin yani ortakların kendi aralarındaki ilişkileridir¹⁰⁹. Bu ilişkilerin konusunu ise sözleşme ile altına girilen borçlar ve kazanılan haklar teşkil eder.

Bir iyiniyet sözleşmesi olması dolayısıyla ortakların sözleşmeden doğan borçlarının ifasında dürüstlük kuralının rol oynaması, iç ilişkinin tesisinde ortakların iradesini ön plana çıkarmıştır¹¹⁰. Bununla birlikte sözleşmenin niteliği gereği söz

¹⁰⁴ Rado, **op. cit.**, s. 112; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 49.

¹⁰⁵ Rado, **op. cit.**, s. 112; Umur, **Lügat, op. cit.**, s.199; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 240; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 49.

¹⁰⁶ Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian, op. cit.**, s. 504; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 49; Cerami, *societas publicanorum, societas argentariorum, societas venaliciaria, societas exercitorum* türü ortaklıkları kamu yararının yoğunlaştığı ekonomik-ticari sektörlerde faaliyet gösteren ve güçlü bir meslek ile karakterize edilen *societas alicuius negotiationis*'in türleri olarak zikretmektedir. Q.v.: Cerami, **op. cit.**, s. 98.

¹⁰⁷ Pervin Somer/ Fulya İlçin Gönenç, "Roma Hukukunda Vergi Toplama Şirketleri (Societas Publicanorum veya Societas Vectigalis), **Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan**, Cilt 12, Sayı 1-3, İstanbul 2006, s. 723.

¹⁰⁸ Birinci Bölüm, III.

¹⁰⁹ Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 242.

¹¹⁰ Zimmermann, **op. cit.**, s. 458.

konusu olan bazı hususların aksine, taraf iradelerinin uygulanabilmesi ise mümkün değildir¹¹¹.

1. Katılma Payı Taahhüdü

Ortaklar başka türlü anlaşmış olmadıkça, müşterek amacın gerçekleştirilmesi için gerekli nitelikte ve birbirlerine miktar olarak eşit katılma payı koymayı taahhüt etmiş olurlardı¹¹². Böylece özellikle konusu sınırlı bir ortaklıkta ortakların getirmeyi taahhüt ettikleri katılma payları ortaklığın bir nevi başlangıç sermayesini¹¹³ oluşturuyordu. Bu kapsamda katılma payının kapsam ve türünün ortakların kâr ve zarara katılımları bakımından etkili olmadığını da belirtmek gerekir¹¹⁴.

Katılma payının ifa edilmemesi ortaklık amacının gerçekleşmesi önündeki bir engel olduğu takdirde ortakların *actio pro socio* açmaları mümkündü. Bu ise klasik devirde ortaklığı sona erdirirdi. Çünkü sözleşme ile taahhüt edilen, müşterek amacın gerçekleşmesi için gerekli mal ve emeğin bir araya getirilmesi olduğu için her ortağın söz konusu borcun yerine getirilmesinde menfaati vardır.

2. Ortakların Kâr ve Zarara Katılımı

Sözleşme kapsamında ortaklar için doğan haklardan ve borçlardan biri de elde edilen kârdan faydalanmak ve varsa zarara katlanmaktır. Kâr ve zararın paylaşımı hususunda ortakların iradi olarak vardıkları anlaşma hükümlerine öncelik verilirdi¹¹⁵. Bu bağlamda her bir ortak için kâra ve zarara katıldığı oranın da eşit olması şart değildi¹¹⁶. Öyle ki katılma payı olarak emeğini getiren ortağın sadece kâra katılımı ve zarardan mücerret tutulması söz konusu olabilirdi ve fakat *societas leonina* olarak

¹¹¹ Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 57.

¹¹² Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 506; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 241; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 58 ve 64; Mousourakis, *op. cit.*, s. 235, n. 256.

¹¹³ Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 371.

¹¹⁴ Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 505.

¹¹⁵ Kaser, *op. cit.*, s. 479; Burdese, *op. cit.*, s. 549; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 371; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 244; Mousourakis, *op. cit.*, s. 235.

¹¹⁶ Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 505; Zimmermann, *op. cit.*, s. 458; Honsell, *op. cit.*, s. 148; Kaser, *op. cit.*, s. 479; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 242; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 59; Buckland/ D. McNair, *Roman Law Comparison*, *op. cit.*, s. 302; Peter Birks, *The Roman Law of Obligations*, Ed. Eric Descheemaeker, Oxford University Press, 2014, s. 111, Randazzo, *op. cit.*, s. 120.

isimlendirilen bunun tam tersi durum geçerli bir ortaklığa müsaade etmezdi¹¹⁷. Ayrıca aksi kararlaştırılmamışsa kâr ve zarardan yalnızca biri için öngörülen oran diğeri için de kabul edilirdi¹¹⁸.

Tarafların bu konuda bir düzenleme öngörmemeleri halinde katılma paylarından mücerret olarak *ius fraternitas* gereğince kâr ve zarar paylaşımının eşit olarak yapılması gerektiği sonucuna varılırdı¹¹⁹. Öte yandan bu oranın tespiti ortaklardan birine veya bir üçüncü kişiye de bırakılabilirdi¹²⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki ortakların kâr ve zarara katılımı hususunda bazı ortakların şirkete daha iyi şartlarla katılımının kabul edilebilmesi *societas*'ın gelişimi açısından ticari ihtiyaçlar tarzındaki dış şartlara verilen bir tepkiyi ve hukuk düşüncesindeki olgunluğu da ifade ediyordu.

3. Ortaklığın İdaresi

Ortaklar arası ilişkideki *ius fraternitas* faktörü ve ortakların kendileri için en hakkaniyetli ve elverişli olana yine kendilerinin karar verecekleri yolundaki toplumsal anlayış, Roma hukukunun, ortaklığın iç işleyişine müdahalesini engellemiştir¹²¹. Bu nedenle de ortaklığın yönetiminin *bona fides* esaslarına göre ortaklara müştereken ait olması söz konusu olmuştur. Bu kapsamda ortaklar henüz sözleşme kurulurken veya

¹¹⁷ D. 17. 2. 29. 2'de *societas leonina*, ortaklıkların en adaletsiz şekli olarak ifade edilmiş ve geçerli bir ortaklığa vücut vermeyeceği ifade edilmiştir; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 505; Burdese, **op. cit.**, s. 549; Kaser, **op. cit.**, s. 479; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 371; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 241; Honsell, **op. cit.**, s. 148; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 242; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 244; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 67- 69; Mousourakis, **op. cit.**, s. 235; Birks, **op. cit.**, s. 111; Zimmermann bu tarz bir sözleşmeye müsaade edilmemesini sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması olarak zikretmektedir: Q.v.: Zimmermann, **op. cit.**, s. 457-459.

¹¹⁸ I. 3. 25. 3; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 65; Burdese, **op. cit.**, s. 549.

¹¹⁹ Zimmermann, **op. cit.**, s. 458; ayrıca kar ve zarara katılım oranları konusunda şüphe bulunması halinde de katılım eşit olarak yapıldı: Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 242.

¹²⁰ Burdese, **op. cit.**, s. 549; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 505 ve 506; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 65 ve 66; söz konusu üçüncü kişinin iyi bir aile babası olarak hakkaniyete uygun karar vermesi gerekirdi. Bu kişi kâr ve zararın paylaşımına ilişkin adilane olamayan bir şekilde öngöründe bulunursa sözleşme buna rağmen devam eder. Fakat hakkaniyete aykırı böyle bir durumun bir iyiniyet davasıyla düzeltilebileceği D. 17. 2. 79'da ifadesini bulmuştur. Zira D. 17. 2. 76'da belirtildiği üzere bu tarz bir kişinin paylaşım konusunda vereceği karar makul bir insanın vereceği karar ile kıyaslanmak durumundadır (*arbitratus bonis viri*).

¹²¹ Kaser, **op. cit.**, s. 480; gerçekten de ortaklığın işleyişini, yönetimini düzenleyen özel kurallar yoktur: Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 242.

sonradan anlaşarak ortaklığın idaresi konusunda bir düzenleme yapıp, yönetimi ortaklardan birine ya da ortaklık dışı bir üçüncü kişiye bırakabilirlerdi¹²².

Ortaklığın idaresi hususu, temsil ilişkisini de beraberinde getirmektedir. Fakat temsil kurumunun Roma hukukunda özellik arz etmesi nedeniyle bu husus ileride ayrıca incelenmiştir¹²³.

4. Masraf ve Zarar Tazmini

Her ortak sözleşme kapsamında müşterek amacın gerçekleşmesi için gerekli işlemleri tek başına yapmakla yetkili ve görevli olduğu için ortağın bu kapsamda yaptığı işlemler birtakım masraflara neden olabilir ve ortak bu yolda çeşitli zararlara uğrayabilirdi. Yapılan masraflar ve uğranılan zararlar kaynağını, ortaklık amacının tesisine yönelik faaliyetlerden aldığı takdirde de söz konusu ortağın diğer ortaklara payları nispetinde başvurma hakkı doğardı¹²⁴. Başvurunun gereğinin yapılmaması üzerine masraf yapıp zarara uğrayan ortak *actio pro socio*'ya başvurabilirdi. Ayrıca, işlemin aynı zamanda müşterek mal dolayısıyla yapılmış olması da söz konusu ise *actio communi dividundo*'ya¹²⁵ da başvurulabilirdi¹²⁶. Nihayetinde bu sınırlı alanda yani ortaklık amacının tesisi için yapılan işlemin ortaklığın müşterek malvarlığına ilişkin olması halinde bu iki davanın yarışması söz konusu olurdu¹²⁷. Dahası, bu davalar ile ortaklık ilişkisinin sonu da gelmiş olurdu.

5. Ortakların Birbirlerine Karşı Sorumluluğu

Societas ile, müşterek amacın gerçekleşmesi için gerekli çabayı göstermek ve amacın gerçekleşmesini engelleyecek hususlardan kaçınma borcu altına giren ortakların bu borcu ve iyiniyetin gerektirdiği diğer her şeyi yerine getirmemeleri,

¹²² Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, *op. cit.* s. 506; Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.* s. 69; Milena Polojac, "Societas and its Management", **Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies**, vol. 2, no. 1, 2013, s. 144; Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 372.

¹²³ Birinci Bölüm, II, F.

¹²⁴ Zimmermann, *op. cit.* s. 461; Burdese, *op. cit.* s. 548; Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.* s. 70; Mousourakis, *op. cit.* s. 236.

¹²⁵ Umur, **Lügat**, *op. cit.* s. 3; Berger, *op. cit.* s. 342.

¹²⁶ Misal olarak birlikte malik olunan su kanalının bakımının yapılmasından Ulpianus (D. 17. 2. 52. 12) bahsetmiştir. Q.v.: Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.* s. 70.

¹²⁷ Zimmermann, *op. cit.* s. 465; Burdese, *op. cit.* s. 551; Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.* s. 124-128; Dinçer, *op. cit.* s. 29 ve 101-104.

edimin ifa edilmemesi halinde ne olacağı sorumluluk kavramının kapsamı dahilinde açıklanır. Ortaklık sözleşmesi nezdinde bu sorumluluk zaman içerisinde değişime uğradığı ve kapsamı genişlediği için Roma hukukunun borçlunun sorumluluk esaslarına dair kabullerine kısaca değinmek gerekmektedir.

Roma hukukunda zaman içerisinde geçerli iki sorumluluk rejimi ihdas edilmiştir: Objektif (kusursuz) ve subjektif (kusura dayanan) sorumluluk.

Özellikle klasik hukuk döneminde asıl olan objektif sorumluluk rejimi ve bu rejimin kapsamı içerisinde bir şeyi muhafaza etmenin onu muhafaza edenin menfaatine olduğu akitlerde *custodia* (nezaret) sorumluluğuydu¹²⁸. Mücbir sebepten kaynaklanan haller dışında borcun gereken şekilde yerine getirilmemesinin, borçlunun, alacaklının uğradığı zararın tazmini ile sorumlu tutulması için yeterli olarak kabul edildiği bu rejimde, taahhüt edilen sonucun gerçekleşmemesi ön plandaydı¹²⁹.

Klasik sonrası dönemde (özellikle Iustinianus döneminde) ise subjektif sorumluluk cari olmuştu. Bu doğrultuda borcun yerine getirilmemesi sorumluluk için yeterli olmayıp ayrıca kusurun (kastın veya ihmalin) varlığı aranmıştır¹³⁰. Ancak kusurun varlığı halinde borçlu sorumlu tutulabilmiştir. Bu kapsamda kusurdan anlaşılması gereken nedir sorusu gündeme gelir.

Kusur (*culpa*), ağırlık derecesine göre kast (*dolus*)¹³¹ ve ihmal (*culpa*)¹³² olarak ayrılmaktadır. Bunlar kusurun derecelerini ifade etmek için kullanılırlar. Zira kusur her zaman aynı derecede cereyan etmez. Bu durumun farkında olan Romalılar için de borca aykırı davranışta bulunan kişinin sorumluluğunun tespitinde kusurunun ağırlığını saptamak subjektif sorumluluk rejimine geçiş ile birlikte gerekli olmuştu.

¹²⁸ Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 68; Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.*, s. 84; Somer, **100 Soru**, *op. cit.*, s. 33.

¹²⁹ Rado, *op. cit.*, s. 22; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 42-43.

¹³⁰ Rado, *op. cit.*, s. 23; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 43.

¹³¹ Kötü niyeti ve kötü niyetli kötü davranışı ifade eder. *Dolus*'ta aslolan borca aykırı davranışın bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Aldatma ve hile manasına da gelip zaman içerisinde iyiniyete aykırı her türlü hareketi ifade etmiştir.

¹³² Buradaki dar anlamda *culpa* ile ise borçlunun, edimin ifasındaki özensizliği, dikkatsizliği ve tedbirsizliği karşılanır. *Dolus*'taki gibi hukuka aykırı bir niyetin bilenip istenmesi söz konusu değildir. Daha ziyade gerekli önem ve özenden kaçınılması mevzu bahistir. Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 57.

Ayrıca ihmal de aynı nedenlerden kendi içerisinde ağır ihmal (*culpa lata*)¹³³ ve hafif ihmal (*culpa levis*)¹³⁴ olarak ikiye ayrılmıştı. Hafif ihmalin takdirinde ise ya soyut ölçüt (*culpa in abstracto*) olarak iyi aile babası bir Romalının varsayımsal olarak söz konusu durumda nasıl davranacağı (*diligentia boni patris familias*) ya da somut ölçüt (*culpa in concreto*) ile borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsünü (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*) göstermiş olup olmadığı kriterleri kullanılmaktaydı¹³⁵.

Sözleşmeler için klasik sonrası devirde Iustinianus döneminde ağır ihmalin kasta eşit sayılması kabul edilmişti¹³⁶. Böylece sözleşmelerde borçlunun kusurunun kast veya ağır ihmal olarak tespiti, borçlunun sorumluluğu için yeterliydi. İyiniyete dayanan sözleşmelerde ise istisnaları olmakla birlikte¹³⁷ yarar-menfaat ilkesi doğrultusunda sözleşmede menfaati olan taraf tüm kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutuluyor, menfaati yoksa sadece kastından ve ona eşit kabul edilen ağır ihmalinden sorumlu oluyordu¹³⁸.

İşte ortakların birbirlerine karşı hangi hallerde sorumlu tutulacaklarını bu kapsamda açıklamak gerekir ki klasik devirde bu sorumluluk *dolus* ile sınırlıydı¹³⁹. Bu noktada belirtmek gerekir ki *actio pro socio* ile mahkumiyetin ortağın *infamia*'sı ile sonuçlanması ve daha ağır muhtemel bir sorumluluğun ortakların hareket özgürlüklerini kısıtlayacak olması yalnızca *dolus* ile sorumluluk için motivasyon olmuş olabilir¹⁴⁰. Bununla birlikte yine klasik devirden itibaren ihmalin de dikkate

¹³³ *Culpa Lata*: Ağır ihmal. En büyük tedbirsizlik olup herkesin anladığını anlamamak, bildiği şeyi bilmemek ve yapacağı şeyi yapmamaktır. Açıklanması ve affedilmesi zor bir düşüncesizlik derecesidir. İrade unsuru olmadığı için kast değildir. Fakat o denli bir düşüncesizliktir ki sonuçları benzetilir. D. 50. 16. 213. 2; Tahirolu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 58; Umur, **Lugat**, **op. cit.**, s. 51; Berger, **op. cit.**, s. 420.

¹³⁴ *Culpa Levis*: Hafif ihmal. Dikkatli bir insanında göstermesi mümkün bir tedbirsizlik halidir. Tahirolu, **op. cit.**, s. 58; Berger, **op. cit.**, s. 420.

¹³⁵ Umur, **Lugat**, **op. cit.**, s. 51; Rado, **op. cit.**, s. 26; Tahirolu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 61 ve 59; Berger, **op. cit.**, s. 419.

¹³⁶ Kimi ihmal (*culpa*) hallerinin (yani ağır ihmalin) kasta (*dolus*) olan yakınlıkları dolayısıyla onun gibi değerlendirilmeleri gerektiği hususunda q.v.: D. 16. 3. 32 (Celsus libro 11 digestorum); D. 50, 16, 226; Berger, **op. cit.**, s. 420; Rado, **op. cit.**, s. 25; Tahirolu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 59.

¹³⁷ Vekalet sözleşmesinde vekilin menfaati olmamasına rağmen tüm kusurlarından sorumlu olması bu prensibin istisnası olup bunun nedeni sözleşmenin güven temeli üzerine bina edilmesi idi. Tahirolu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 65; Rado, **op. cit.**, s. 28.

¹³⁸ Rado, **op. cit.**, s. 27; Tahirolu, **op. cit.**, s. 62 ve 63.

¹³⁹ Zimmermann, **op. cit.**, s. 462; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 241; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 372; Tahirolu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 242; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 74.

¹⁴⁰ Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 76.

alınmaya başlandığı görülmektedir¹⁴¹. Sözleşmesel düzlemde *dolus*'tan anlaşılması gereken *societas* özelinde kast olup iyiniyetin karşısında yer alan her şey bu kapsamdaydı¹⁴². Iustinianus dönemine gelindiğinde ise tüm kusurlarından (*omnis culpa*) sorumluydu. Hafif ihmalin (*culpa*) tespitinde ise daha hafif olan somut ölçüt kullanılıp¹⁴³ ortağın kendi işlerinde gösterdiği özen esas alınıyordu¹⁴⁴.

Her ne kadar ortağın kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsü, ortaklık davası (*actio pro socio*) sonucu mahkûm olmanın *infamis* olmayı da beraberinde getirmesi gibi sebeplerden dolayı¹⁴⁵ hakkaniyete uygun bulunup kabul edilmiş olsa da ortağın kendi kişiliği özelinde sahip olduğu niteliği ve yeteneği de kusurunun değerlendirilmesine artırıcı bir etki olabiliyordu¹⁴⁶. Mesela ortağın uzmanlığı çerçevesinde bir sözleşme yapılması durumunda, o ortaktan şirket işlerinde ihtisasının ve becerisinin gerektirdiği bir derecede özen göstermesi beklenirdi. Bu gibi işlerde en yakın sözleşmenin kusura ilişkin kuralları uygulanıyordu ki bunlar da genelde *locatio conductio* türü iş görme amacı güden sözleşmeler oluyordu¹⁴⁷.

Bir başka özellik arzeden durum da katılma payı olarak emeğini getiren ortağın sorumluluğu ile hizmet sözleşmesindeki iş gören ile eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumlulukları arasında paralellikler kurulabileceğidir. Zira bir eser sözleşmesi kapsamında kişi eser sonucunu meydana getirmekle yükümlü olurken emeğini getiren ortak da ortaklık malvarlığı üzerinde bir eser meydana getirmekle şirket sözleşmesi gereği yükümlü olabilirdi. Bu örneklerde iş gören kişi ve emek getiren ortağın farklı sorumluluk rejimlerine tabi tutulmalarını gerektirecek bir durum yoktur¹⁴⁸.

¹⁴¹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, **op. cit.**, s. 108; Somer, **100 Soru**, **op. cit.**, s. 76; D. 16. 3. 32 (Celsus libro 11 digestorum); D. 17. 2. 72 (Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum); Honsell ise başlangıçta ortağın yalnızca *dolus*'tan sorumlu olduğunu, klasik dönemde ise *culpa* ve *custodia*'dan da sorumluluğun olduğunu yazmaktadır: Honsell, **op. cit.**, s. 150.

¹⁴² Rado, **op. cit.**, s. 24; zira *formula* kapsamında önemli olan iyiniyet kaidesine uyulup uyulmadığıydı: Zimmermann, **op. cit.**, s. 462.

¹⁴³ Burdese, **op. cit.**, s. 551.

¹⁴⁴ Berger, **op. cit.**, s. 419; Zimmermann, **op. cit.**, s. 464; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 372; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 241; Honsell, **op. cit.**, s. 150; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 243; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 242; Erdoğan, **Roma Borçlar**, **op. cit.**, s. 108; Mousourakis, **op. cit.**, s. 236.

¹⁴⁵ İhmalin takdirinde somut ölçütün kullanılmasının bir diğer nedeni de kişinin, ortağını seçerken ne kadar dikkatli olacağını kendisinin belirlemesidir. Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 372; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 242.

¹⁴⁶ Ortağın özel durumunun, ondan beklenecek özen derecesinde bir artışa neden olup bu doğrultuda *culpa*'dan sorumluluğa sebebiyet hususunda q.v.: D. 17. 2. 52. 2 (Ulpianus libro 31 ad edictum).

¹⁴⁷ Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 242.

¹⁴⁸ Zimmermann, **op. cit.**, s. 465.

Dolayısıyla kendi işlerinde gösterilmesi gereken özenden daha yüksek bir özen gösterilmesi gerekiyordu. Zira mesleki bir sözleşme yapıp böylece teknik nitelikteki bir edimin borçlusu olan kimse, ifasının teknik eksikliklerinden yeterli mesleki ve teknik donanımına sahip olması gereken kişi olarak sorumluydu¹⁴⁹. Yine kendisine değeri takdir edilerek verilen bir malvarlığı değerinden dolayı ortağın *custodia* ile sorumlu olabileceğine de Digesta’da değinilmiştir¹⁵⁰.

Nasıl ki özellikle klasik hukuk döneminde uygulaması geniş yer işgal eden objektif sorumluluk ilkesi zaman içerisinde yerini kusura dayanan subjektif sorumluluk ilkesine bırakmış ve özellikle Iustinianus hukukunda kusur sorumluluğu etkili olup objektif sorumluluk ancak bir istisna haline gelmişse¹⁵¹ ortaklık sözleşmesi kapsamında da aynı gidişat gerçekleşmişti. Ortakların sorumluluğu zaman içerisinde dönemin diğer akitlerinde de görüldüğü üzere bir genişlemeye tabi olmuştu¹⁵².

E. Roma Şirketi Societas’ın Ayırt Edici Özellikleri

Roma *societas*’ı statik karakterli bir kurum olsa da her şeyden önce ortaklar arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir sözleşmeydi¹⁵³. Bu kapsamda, bir tüzel kişiliği yoktu¹⁵⁴ ve karakteristik özellikleri de ya kaynağını bu eksiklikten alıyor ya da bu eksiklikle bağlantılı olarak vücut buluyorlardı. Öyle ki tüzel kişiliği olmadığı için hiçbir zaman ortaklarından ayrı bir varlık kazanamamış, bu yüzden sürekliliğini sağlayacak bir organizasyonel forma dönüşmemiş, doğrudan temsil edilmemiş ve ortaklarına karşı korunan ayrı bir malvarlığı ihdas edemediği gibi ortaklarının malvarlığı da kendisine karşı korunmamıştır¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Berger, **op. cit.**, s. 419; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 55-56.

¹⁵⁰ D. 17. 2. 52. 3 (Ulpianus libro 31 ad edictum).

¹⁵¹ Rado, **op. cit.**, s. 23; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 44.

¹⁵² Zimmermann, **op. cit.**, s. 462; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 77 ve 81.

¹⁵³ Honsell, **op. cit.**, s. 148; Kaser, **op. cit.**, s. 479.

¹⁵⁴ Burdese, **op. cit.**, s. 554; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 242; gerçekten de Ulpianus’un D. 3. 4. 7. 1’deki ifadesi ile karşılaştırınca *societas*’ın ortaklarından ayrı bir varlığı *corpus*’u olmadığı daha net anlaşılır. Buna göre, “Si quid universitate debetur singuli non debetur; nec quod debet universitas singuli debent.”: “Bir tüzel kişiye olan borç bireylere değildir ve bireyler de tüzel kişinin borçlu olduklarını borçlu değildir.” *Societas*’ın bir *corpus*’u yoktu: Kaser, **op. cit.**, s. 479.

¹⁵⁵ Q.v.: Birinci Bölüm, II, G; Fleckner, **Roman Business Associations, op. cit.**, s. 27; Polojac, **op. cit.**, s. 143; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm, op. cit.**, s. 1356; Henry Hansmann/ Reiner Kraakman/ Richard Squire, “Incomplete Organizations: Legal Entities and Asset Partitioning in Roman Commerce”, **European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper**, No.

Roma *societas*'ının tüzel kişilikten yoksun olmasından hareketle Roma hukukunun tüzel kişiliği bilmediği veya tüzel kişiliğe sahip kurumlardan¹⁵⁶ yoksun olduğu sonucuna varılması yanlış olur¹⁵⁷. Zira Roma hukuku tüzel kişiliği başta Roma Devleti'ne (*Populus Romanus*), *municipia*'lara, dini derneklere (*sodalitas*), Roma devlet hazinesine (*fiscus*), vakıflara, esnaf ve zanaat sahiplerinin kurdukları topluluklara (*collegia*), hayır kuruluşlarına (*piae causae*), *hereditates iacentes*'lere ve vergi toplama şirketlerine (*Societas Publicanorum/ Vectigalis*) tanımıştır¹⁵⁸. *Societas*'a tüzel kişilik tanındığına ilişkin bir metin ise yoktur. Kaldı ki *societas*'ın karakteristik özellikleri de tüzel kişiliğin varlığıyla bağdaşmaz.

Gerçekten de günümüz şirketler hukuku penceresinden bakınca söz konusu süreklilik, doğrudan temsil, sınırlı sorumluluk ve işletme malvarlığının korunması hususlarındaki eksikliklerle karakterize olmuş bir *societas* ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Ortak olma hususundaki niyet ve iradenin varlığının şirketin kuruluş ve devamı boyunca yer alması gereği ve bu niyetin ortaklardan biri için bile ortadan kalkmasının ortaklığı tüm ortaklar için sona erdirmesi¹⁵⁹ sözleşmenin arkasındaki *ius fraternitas*¹⁶⁰ temelinden kaynaklanıyordu. Eski Roma hukukunda kardeşler arasında kendiliğinden

271/2014, **Yale Law & Economics Research Paper**, No. 511, October 2014, s. 12. Gerçekten de Roma *societas*'ı işletmeye sürekli bir yatırım için uygun değildi: Sirks, **op. cit.**, s. 74.

¹⁵⁶ Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 239; Leonardo Davoudi/ Christopher McKenna/ Rowena Olegario, "The Historical Role of the Corporation in Society", **Journal of the British Academy**, 6(s1), 2018, s. 22.

¹⁵⁷ Patrick William Duff, **Personality in Roman Private Law**, New York, Augustus M. Kelley publishers; South Hackensack, New Jersey: Rothman Reprints, Inc., 1971, s. 2; Michel Villey, **Roma Hukuku Güncelliği**, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2010, s. 81.

¹⁵⁸ Somer/ Gönenç, **Vergi Toplama Şirketleri**, **op. cit.**, s. 729 ve 730; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 96-102; Barbara Abatino/ Giuseppe Dari-Mattiacci/ Enrico C. Perotti, "Depersonalization of Business in Ancient Rome", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 31, No. 2, 2011, s. 368.

¹⁵⁹ Gai. Inst. 3. 25. 3'e göre, "Ortaklığın devamı, ortakların devam eden rızalarına bağlıdır..."; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 24 et. seq.; Rado, **op. cit.**, s. 110; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 372; Zimmermann, **op. cit.**, s. 455, 456; Guarino, **op. cit.**, s. 820-821; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 243; Erdoğan, **Roma Borçlar**, **op. cit.**, s. 106; Akıncı, **op. cit.**, s. 139; D. 17. 2. 63. 10 (Ulpianus libro 31 ad edictum).

¹⁶⁰ *Ius Fraternitas*: Doktrinde bu konuda, *societas*'ın, iyi niyet ilkesinde/ dürüstlük kuralında sıkıca temelli olduğu buna ek olarak belirgin biçimde bir kardeşlik doğasının altında yatan anlamları ihtiva ettiği, sorumluluğun böyle sağlandığı, tarihsel olarak da zaten eski *consortium*'un, doğal olarak kardeşlerin oluşturduğu birliğin taklit edilmiş hali olduğu ifade edilmiştir. Q.v.: Zimmermann, **op. cit.**, s. 454; Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 36; "*ius fraternitatis*" ifadesi lafzen doğrudan sadece D. 17. 2. 63 (Ulpianus libro 31 ad edictum)'te geçmiş olsa da *societas*'ta ortaklar arası ilişkiler başta olmak üzere *fraternitas* üzerine inşa edilmiş statik karakterli bir yapı karşımıza çıkmaktadır q.v.: Földi, **Structure of Enterprises**, **op. cit.**, s. 185; Dinçer, **op. cit.** 22 et. seq.

oluşan *consortium*'da doğası gereği varolan “kardeşlik fikri” *societas*'a da geçerek onun sürekliliğini engelleyen bir unsur olarak kalmıştı. Varlığının ortakların şahsına sıkı sıkıya¹⁶¹ bağlı olmasına¹⁶² ve ortak sayısının genelde düşük kalmasına neden oldu¹⁶³. Bu husus, “*Nulla societatis in aeternum coitio est* (Hiçbir şirket sonsuz bir birleşme değildir.)” özdeyişiyle ifade edildi¹⁶⁴. Çünkü kişi ancak kardeşi kadar güvendiği biri ile böyle bir ilişki içerisine girebilirdi. Mirasçının veya üçüncü bir kimsenin ortaklığa alınabilmesinin yolu mevcut ortaklığa son vermek ve yenisini oluşturmaktı. Dahası ortaklardan birinin kişisel özgürlüğünü (*capitis deminutio maxima*) veya vatandaşlığını (*capitis deminutio media*) kaybetmesi durumunda da sona eriyor fakat aile durumundaki (*capitis deminutio minima*) bir değişiklik üzerine bundan etkilenmeden devam ediyordu. Böylece ortaklık, bir ortağın niyetinin ortadan kalkması, statüsünün değişmesi, ölmesi ve dahi ortaklıktan ayrılması ile sona eren bir görünüm arz ediyordu¹⁶⁵. Çünkü ortaklarının varlığından ayrı bir varlığı, bir tüzel kişiliği bulunmamaktaydı.

¹⁶¹ *Societas*'ın varlığının ortaklarının şahsına sıkı sıkıya bağlı olması geniş anlamda bir bağlılıktır. Taraflar arasında kararlaştırılarak dar anlamda bir bağlılık ihdas edilmesi de mümkündür. Öyle ki D. 17. 2. 75'e göre, “Payların düzenine Titius'un karar vereceği anlayışı temelli bir ortaklık kurulduğunda ve Titius bir karar vermeden öldüğünde ortaklık hükümsüzdür (*nihil agere*). Çünkü amaç, Titius'un kararına konu olanın dışında bir ortaklığın var olmamasıdır.” Dolayısıyla, ortaklığın kuruluşunda ortaklardan birinin iradesine tabi olmadan ortaklığın var olmayacağı kastıyla mutabakata varılması halinde bu kişinin bir irade ortaya koymadan ölmesi ortaklığı hükümsüz kılar. Karıştırılmaması gereken *societas*'ta geniş anlamda bağlılığın her halde mevcut olduğudur. Dar anlamda bağlılık ise tarafların iradesine göre hayat bulur ve bir sona erme nedeni olarak karşımıza çıkabilir.

¹⁶² Ortağın şahsına bağlılık öylesine katıydı ki, ölen ortağın mirasçısı şirketin ortağı haline gelmez, üçüncü kişiler ortaklığa dahil edilmezdi. Bir ortaklığın, ortaklarının hepsinin anlaşması olmadan genişlemesi mümkün değildi. Toplam ortak sayısından daha azı buna razı olursa, yeni kişi ile onu kabul edenler arasında başkaca bir ortaklık teşekkül etmiş olurdu (Birks, **op. cit.**, s. 112; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 305); D. 17. 2. 20'ye göre, “Ortağımın ortağı, ortağım değildir.”; D. 17. 2. 19'a göre, “... ortaklık rıza ile oluştuğundan, irade etmediğim kişi benim ortağım olamaz, onu ortak olarak kabul eden ortağın ortağı olur. ...” ve I. 3. 25. 9'a göre de az özen gösteren bir ortağı seçen kimse kabahati kendisinde aramalıdır.; Koschaker/ Ayiter'in de belirttiği gibi, *consortium* zamanla tatbik edilemez olsa da bazı hükümleri nedeniyle göreceli olarak yeni olan *societas*'a tesir etmiştir (q.v.: Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 241).

¹⁶³ Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 7, 36 ve 37; gerçekten de stabil organizasyonel yapının yokluğu büyümenin önündeki engellerden biridir. *Societas* da bu kapsamda ortakların şahsına ve iradesine sıkıca bağlı olması dolayısıyla basitçe ortaklardan birinin devam yönündeki iradesinin sona ermesi ile ortaklardan herhangi biri tarafından herhangi bir zaman sona erdirilebilmesi yönüyle büyük bir birliktelik ihtiyacını gidermek üzere dizayn edilmemişti: Q.v.: s. 14 ve 24.

¹⁶⁴ Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 242.

¹⁶⁵ Gaius, Inst. 3, 25, 4 ve 3, 25, 5; D. 17, 2, 4, 1; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 91 et. seq.; Di Marzo, **op. cit.**, s. 448 ve 449; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 242; Zimmermann, **op. cit.**, s. 455-457; Rado, **op. cit.**, s. 115; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 245; Erdoğan, **Roma Borçlar**, **op. cit.**, s. 108; Akıncı, **op. cit.**, s. 147 ve 148; Malmendier, **op. cit.**, s. 1088; Fleckner, **Roman Business**

Nihayetinde görülen o ki, ortakların kişiliğine olan bu katı bağlılık kendisini hem ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkisinde hem de ortaklığın sona ermesinde gösteriyordu.

F. Ortaklığın (Ortakların) Üçüncü Kişilerle İlişkileri ve Temsil

Societas'ın ortaklarından bağımsız bir varlığı olmadığı ve bunun büyük oranda ortaklarının kişiliğine bağlılıktan kaynaklandığı, sonuçta da sürekliliği sağlayamadığı aşikârdır. Zira *ius fraternitas* gereği ortaklar birbirlerine duydukları güven açısından kardeş gibidirler. İşte *ius fraternitas*'ta temelini bulan ortak olma niyet ve iradesi unsuru yalnızca tarafların birbirlerine uygun irade beyanlarının birleşmesini değil, ayrıca şirketin gayesinin gerçekleşmesine yönelik fiillere bireysel ve gerektiğinde diğer ortaklarla beraber katılmayı, bu yolda çaba sarf etmeyi ve amaca aykırı eylem ve işlemlerden kaçınmayı da içerirdi¹⁶⁶. Bu nedenlerdir ki her ortak, *societas*'ın gayesini gerçekleştirmeye yönelik işlemleri tek başına yapmaya yetkiliydi¹⁶⁷.

Roma'da şirket akdi sadece şahsi bir etki doğurur, ortaklar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenler, onlar arasında sonuç doğururdu¹⁶⁸. *Societas*'ın sadece kendisine ait olan mülkiyet hakkı, alacakları ve borçları olamazdı. Sadece ortakların ayrı ayrı malvarlığı, alacakları ve borçları vardı¹⁶⁹. Nihayetinde üçüncü kişilerin karşısında tüzel kişiliğe sahip ayrı bir hukuk kişisi olmayıp üçüncü kişinin kendisi ile işlem yaptığı ortak vardı¹⁷⁰. Bu durumun temeli Roma'da temsil kurumunun yeterince

Associations, op. cit., s. 16-27; Kaser, **op. cit.**, s. 479; Guarino, **op. cit.**, s. 821; D. 17. 2. 63. 10 (Ulpianus libro 31 ad edictum).

¹⁶⁶ Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 29 ve 70.

¹⁶⁷ **Ibid.**, s. 85; Di Marzo, **op. cit.**, s. 448; Rado, **op. cit.**, s. 114; Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 372; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku, op. cit.**, s. 244; Akıncı, **op. cit.**, s. 143. Tersten bakınca da *societas*'ın gayesinin gerçekleşmesini sağlamaya yönelik işlemleri tek başına yapabilmek zaten, akdin unsuru olan, ortak olma niyet ve iradesinin bir tezahürüdür.

¹⁶⁸ Burdese, **op. cit.**, s. 554; Honsell, **op. cit.**, s. 148; Kaser, **op. cit.**, s. 479; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 242; Birks, **op. cit.**, s. 113; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison, op. cit.**, s. 301; Zimmermann, **op. cit.**, s. 455; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 97 ve 242; Fiori, **op. cit.**, s. 588; Randazzo, **op. cit.**, s. 120.

¹⁶⁹ Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 371; Birks, **op. cit.**, s. 113; Malmendier, **op. cit.**, s. 1088.

¹⁷⁰ Burdese, **op. cit.**, s. 554; Zimmermann, **op. cit.**, s. 455; Birks, **op. cit.**, s. 113; *Societas publicanorum, venaliciariae, argentariae* ve *exercitorum* yani vergi toplayıcıların, köle ticareti yapanların, bankacılık yapanların ve gemi sahiplerinin ortaklıkları söz konusu olduğunda ise ortaklardan biri tarafından altına girilen borcun bütün ortakların sorumluluğuna neden olması söz konusuydu: Sirks, **op. cit.**, s. 74; Polojac, **op. cit.**, s. 145.

gelişmemiş olmasıdır¹⁷¹. Bir ortak şirket adına hareket etmek için bütün diğer ortakların vekaletini alabilirdi. Fakat bu halde dahi doğrudan temsil kabul edilmediğinden dolayı yaptığı işlemlerden bizzat kendi hesabına alacaklı ve borçlu olur, bunları namına hareket ettiği müvekkillerine yani ortaklarına nakletmek borcu altına girerdi¹⁷². Yani ortaklık adına yapılan işlemde tüzel kişiliği olmayan ortaklık değil ortaklar ayrı ayrı sorumlu kılınırdı¹⁷³. Roma hukukunun temsilden anladığı dolaylı temsil olup, doğrudan temsil Romalıların hukuk anlayışına aykırı geliyordu¹⁷⁴.

Bir ortağın doğrudan diğer ortaklar veya beraber teşkil ettikleri ortaklık adına ve hesabına, üçüncü kişiler ile işlemde bulunması mümkün değildi¹⁷⁵. Yani diğer ortakların temsilcinin yaptığı bir işlemde dolayı doğrudan sorumlulukları söz konusu olmazdı meğer ki ortaklardan biri *institor* veya *magister navis* olarak atanmış olsun¹⁷⁶. Zira ortaklığın faaliyet alanı ile ilgili olan ticari veya endüstriyel bir işletmeye sahibi tarafından yönetici atanabileceği gibi atanan bu yöneticinin, ortaklık içinden veya dışından hür bir *sui iuris* Romalı, *alieni iuris* veya köle statüsündeki bir kişi olarak belirlenmesi de mümkündü¹⁷⁷. Nihayetinde kural olarak bir ortağın üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerinin sonuçlarının o ortak üzerinde doğacağını ifade etmek gerekir¹⁷⁸. Ama ortaklık ilişkisi gereği hakların, diğer ortaklara hisseleri oranında

¹⁷¹ Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.* s. 86; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.* s. 301; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.* s. 242; Rado, *op. cit.* s. 114; Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 372; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.* s. 244; Erdoğan, **Roma Borçlar**, *op. cit.* s. 107; Akıncı, *op. cit.* s. 143.

¹⁷² Roma Hukukunda hukuki temsilde vekalet akdinin bu özel durumu için q.v.: Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.* s. 252; vekalet akdinin dolaylı temsil formunda icra edildiğine ilişkin q.v.: Del Granado, *op. cit.* s. 339.

¹⁷³ Koschaker/ Ayiter, *op. cit.* s. 243; Birks, *op. cit.* s. 113; Randazzo, *op. cit.* s. 120; Esasında adına hareket edilen *societas* olmadığı gibi, *societas* da ortakların adına hareket edemez. Q.v.: Zimmermann, *op. cit.* s. 455.

¹⁷⁴ Tahiroğlu/ Erdoğan, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 224; Honsell, *op. cit.* s. 35; Aubert, Jean-Jacques, **Business Managers in Ancient Rome A Social and Economic Study of Institores, 200 B.C. – A.D. 250**, E. J. Brill, Leiden New York Köln, 1994, s. 40 et. seq; Yiğit Sayın, **Roma'da Köle ve Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 429.

¹⁷⁵ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.* s. 1356; Randazzo, *op. cit.* s. 121.

¹⁷⁶ Q.v.: İkinci Bölüm, I, C, 3; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.* s. 301; David Johnston, **Roman Law in Context**, Cambridge UK: Cambridge University Press, 1999, s. 107; Dinçer, *op. cit.* s. 34.

¹⁷⁷ Institor: Ticari veya endüstriyel bir işletmeye sahibi tarafından atanan yöneticiye verilen isim. Bu kişi bir *sui iuris*, aile evladı veya köle olabilirdi (q.v.: Umur, **Lügat**, *op. cit.* s.89; Berger, *op. cit.* s. 504).

¹⁷⁸ Di Marzo, *op. cit.* s. 448; Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 372; Birks, *op. cit.* s. 114; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.* s. 301. Doktrinde verilen örnek, ortaklardan birinin diğer tüm ortaklar adına bir şey satın alması durumunda, ortakların oluşturduğu birliğin tümünden değil, sadece

nakledilmesi, borçların da yine diğer ortaklarca hisseleri oranında yüklenilmesi gerekirdi¹⁷⁹ ve bunun da üçüncü kişilerle bir alakası yoktu¹⁸⁰. Olması gereken şekilde devredilmezse de yerine göre *actio pro socio* veya *actio communi dividundo* davaları¹⁸¹ ile devredilmesi sağlanırdı.

Dolaylı temsilin bünyesi gereği ortaya çıkan diğer bir sonuç da üçüncü kişilerin, işlemin sonuçları diğer ortaklara hukuki işlemle¹⁸² geçirilmedikçe, yalnızca sözleşmenin tarafı olan temsilci ortağa karşı alacaklı ve borçlu olabilecekleridir¹⁸³. Doktrinde bu hususun, Iustinianus dönemindeki, istisnası olarak *societas*'ta ortak kasaya konan para gösterilmektedir¹⁸⁴. Papinianus, ortaklık hukukuna göre, bir ortağın başka bir ortak tarafından altına girilen borçla, para ortak sandığa yatırılmadıkça bağlı olmadığını ifade etmiştir¹⁸⁵. Yani paranın ortak sandığa konulması hali üçüncü kişilere

onun, böyle bir *emptio- venditio* (alım- satım) altında hak iktisap edip borç altına gireceğidir (q.v.: Zimmermann, **op. cit.**, s. 455).

¹⁷⁹ Di Marzo, **op. cit.**, s. 448; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 243; Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 372; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 87; D. 17. 2. 74; D. 17 2. 26. 2. Temsilci olarak hareket eden ortağın, üstlendiği yükümlülüğün diğer ortaklarca payları oranında paylaşılmasını istemesi şirket akdinden doğan bir hakkıdır.

¹⁸⁰ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison, op. cit.**, s. 301.

¹⁸¹ D. 17. 2. 74'e göre, "Bir ortaklık oluşturulduğunda, satın alım yapılırsa, satın alınan o kişiye aittir, tüm ortaklara değil. Ama satın alan kişi ortaklıkta, bir dava ile satın alınan müşteri mülk yapmaya zorlanabilir." Ayrıca misal olarak, *societas*'ın bir borcunu ödemiş olan ortağın, bu miktar için her ortağa payı oranında başvurabilmesi de mümkündür. Diğer ortakların şirket akdinden kaynaklanan bu borçlarını yerine getirmemeleri halinde yine duruma göre *actio pro socio* veya *actio communi dividundo* açılacaktır. Ancak bu davalar ortak olma niyet ve iradesi ile çeliştiğinden ortaklığın sona ermesine neden olurlar. Bu hususta q.v.: D. 17. 2. 63. 10 (Ulpianus libro 31 ad edictum); Fleckner, **Roman Business Associations, op. cit.**, s. 23; Honsell, **op. cit.**, s. 148; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 70 et. seq; söz konusu iki davanın yarışmasına ilişkin olarak q.v.: Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 124-128; Honsell, **op. cit.**, s. 149; Dinçer, **op. cit.**, s. 101-146. Zira davaya duyulan ihtiyaç, ortaklar arasındaki karşılıklı güven ve birliktelik iradesinin (*fraternitas*'ın) yani kardeşliğin bozulduğu anlamına geliyordu: Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison, op. cit.**, s. 304; Zimmermann, **op. cit.**, s. 457; Malmendier, **op. cit.**, s. 1088. *Actio communi dividundo* ise müşterek malların paylaşımı için maliklerden birisi tarafından açılan davaydı.

¹⁸² Roma Hukuku'nda iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmelerin aksine, tek taraflı ve daha genel olan hukuki işlemin mahiyeti yani tanımı, unsurları ve türleri üzerine oluşturulmuş bir teori mevcut değildir. Fakat Roma Hukuku bağlamında bir irade beyanı ve sözleşmeler sistemi bağlamında kabul edilen kurucu unsurlardan oluştuğuna ilişkin olarak q.v.: Halil İbrahim Yüksel, **Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020, s. 4-16.

¹⁸³ Di Marzo, **op. cit.**, s. 448; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison, op. cit.**, s. 301 ve 306; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 242; Smith, **op. cit.**, s. 1049; Arruñada, **op. cit.**, s. 25.

¹⁸⁴ Burdese, **op. cit.**, s. 554.

¹⁸⁵ D. 17. 2. 82 (Papinianus libro tertio responsorum)

Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

"Ortaklık hukukuna göre, para ortak sandığa yatırılmadıkça bir ortak diğerinin borçlarından sorumlu değildir."

karşı ortaklığın sorumluluk rejiminde ufak bir değişiklik yapıyor ve sözleşme iki kişi arasında yapılmış olsa da diğer ortaklar da ifasından sorumlu tutuluyorlardı. Alacaklı olan üçüncü kişi, sadece yaptığı işlemin karşı tarafı olan, (dolaylı) temsilci olarak hareket eden, ortağa değil diğer ortaklara da başvurabiliyordu. Ayrıca diğer ortaklarca üçüncü kişiyle sözleşme yapma konusunda yetki verilmesi halinde de sözleşmenin tarafı olan ortaktan başka ona yetki veren ortaklara da başvurulabilirdi¹⁸⁶.

G. Sınırlı Sorumluluk ve Malvarlığının Korunması

Societas'ın malvarlığının korunması hususunu incelemeden önce, Roma hukukunda ortaklığın malvarlığı kavramı ile kastedileni ve bunun sınırlarını açıklamak gerekir. *Societas*'ın tüzel kişiliği yoktur ve bu yüzden bir malvarlığı da olamaz. Fakat ortaklar, sözleşme ile kurulacak ortaklığın türüne göre ya doğrudan malvarlıklarının tümü üzerinde bir müşterek mülkiyet tesis etmiş oluyorlar ya da tek bir iş görmeyi, mesleki kazançlarını bir araya getirmeyi veya belirli bir çeşit ticari faaliyet için gerekli olan sermaye ve emeğin ortaklığa getirilmesini borçlanıyorlardı. Mutlaka bir müşterek mülkiyet tesis edilmek zorunda değildi. Zira *societas omnium bonorum* dışında böylesine bir ortaklık malvarlığı zorunlu değildi¹⁸⁷. Buna ilişkin verilen örneklerden biri Digesta 17. 2. 71'de iki kişinin dil öğretmek ve elde edilen kazancı paylaşmak için ortaklık kurmalarıdır. Bu örnekte üzerinde mülkiyet rejimi tesis edilecek söz konusu bir malvarlığı dahi yoktur. Ortaklar sadece emeklerini bir araya getirmeyi borçlanmışlardır.

Dolayısıyla *societas omnium bonorum* türü bir *societas*'ta ortaklık malvarlığından kasıt ortakların tüm malvarlığıdır. Bu halde ortakların kişisel malvarlığı ve ortaklığa tahsis etmiş oldukları malvarlığı, diğer bir ifadeyle ortaklığın malvarlığı ayrımı yapmak mümkün değildi. Zira bunlar iç içe geçmiş haldeydi. Başka

¹⁸⁶ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.*, s. 306 ve 307; Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 107. Yetki verilmesinden kasıt hem *iussum* verilmesi hem de söz konusu ortağın *praepositio* ile atanması olabilirdi. Q.v.: n. 577 ve 578.

¹⁸⁷ Hatta genelde de böyle bir malvarlığı olmaksızın işlerdi (q.v.: Zimmermann, *op. cit.*, s. 465); şirket kurulduğunda şeriklerin ortak mülkiyetine tabi bir malvarlığının oluşması doğaldır ama şart değildir: q.v.: Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 243; Honsell, *op. cit.*, s. 148.

bir deyişle, ortaklıkta bir araya getirilmiş mallar, ortaklığın malvarlığı değil, fakat ortakların üzerinde müşterek mülkiyetlerinin olduğu şahsi mallarıdır¹⁸⁸.

Societas omnium bonorum dışındaki *societas*'larda ise ortakların kişisel malvarlığı ve ortaklığa tahsis etmiş oldukları bir malvarlığı ayrımını teorik olarak yapmak mümkündür. Çünkü zaten bu tür ortaklıkların oluşmasının nedeni Romalıların diğer kavimlerle ticareti geliştirmelerinin doğurduğu, konusu sınırlı bir ortaklık ihtiyacıydı¹⁸⁹. *Digesta*'da *societas quaestus* için şirket malvarlığı olarak ticari kazancın ayrımı yapılmış¹⁹⁰ ve böylece bunların dışında kalanların kişisel malvarlığı olacağı belirtilmiştir. Bir ortağın çalışarak elde ettiğinin kazanç olduğu söylenmiş¹⁹¹ ve bağışlama, muayyen mal vasiyeti ve miras ile kalan malların, ortaklığın malvarlığının dışında kaldığı belirtilmiştir¹⁹². Bu tür bir ayrım doğası gereği *societas alicuius negationis* ve *societas unius rei*'de de ortaya çıkması gerekir. Çünkü ortaklar bu hallerde de bütün mallarını değil ortaklık amacının gerektirdiği kadar ve nitelikte bir katılım payını ortaklığa getirmeyi taahhüt ediyorlardı.

Böyle bir ayrımın yapılabilmesinin teorik olarak mümkün olduğunu söylememizin nedeni, esasında ortakların ortaklığa tahsis etmiş oldukları malvarlığının da başka bir hukuk süjesinin değil yine kendilerinin şahsi malvarlığı olmasıdır. Bu nedenle de ortaklık işlemlerinden dolayı ortaklığa yani onu oluşturan ortaklara başvurulması halinde ortakların sorumluluğu, malvarlıklarının sadece belirli bir işin görülmesi için ortaklığa tahsis etmiş oldukları kısmından değil, tümündendir¹⁹³. Bu sorumluluk iç ilişkide payları oranında, dış ilişkide ise tüm borçtandır¹⁹⁴. Yani ne ortakların alacaklılarına karşı, *societas*'ın malvarlığı diyebileceğimiz ama esasında teşekkül etmek usulüne göre¹⁹⁵ ortakların tüm malvarlığı veya belirli bir iş üzere bir araya getirdikleri malvarlığı, ne de *societas*'ın alacaklılarına karşı ortakların malvarlıkları korunuyordu¹⁹⁶. Zira nihayetinde şirketin

¹⁸⁸ Rado, *op. cit.*, s. 114.

¹⁸⁹ Rado, *op. cit.*, s. 112; Di Marzo, *op. cit.*, s. 447; Zimmermann, *op. cit.*, s. 453.

¹⁹⁰ D. 17. 2. 7-9.

¹⁹¹ D. 17. 2. 8 (Paulus libro sexto ad Sabinum).

¹⁹² D. 17. 2. 9 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum).

¹⁹³ Buckland/ D. McNair, *Roman Law Comparison*, *op. cit.*, s. 307.

¹⁹⁴ *Ibid.*, s. 302.

¹⁹⁵ *bonorum* veya diğer tür *societas*'lar

¹⁹⁶ Fleckner, *Roman Business Associations*, *op. cit.*, s. 26; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, *op. cit.*, s. 1356; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Incomplete Organizations*, *op. cit.*, s. 12.

malvarlığı ortakların malvarlığıdır ve şirket işlemlerinden dolayı sorumlu tutulabilecek yegâne kimse ortaktır.

Söz konusu malvarlığı ayrımının zayıf olarak dahi yapılmaması ise doğal olarak işletme malvarlığının korunması prensibinin zayıf formda dahi benimsenmediğini göstermektedir. Oysa modern ortaklığın temel özelliği budur. Dahası her ne kadar ortaklar aralarında anlaşarak malvarlıklarını belirli süreler için geri çekmeyecekleri hususunda anlaşabilseler de¹⁹⁷ malvarlığının tasfiyesine karşı bir koruma da *societas*'ta söz konusu olmamıştır. Zira böyle bir anlaşmaya aykırı davranan ortak diğerlerinin uğradıkları zararlardan sorumlu tutuluyordu, yoksa sözleşmeye devam etmeye zorlanamıyordu¹⁹⁸. Bu kapsamda hem işletme malvarlığının korunması prensibinin hem de kişisel malvarlığının korunması prensibinin yokluğu¹⁹⁹ ile tutarlı olarak çoğu ticari *societas*'ın birkaç ortaktan fazlasına ulaşamadığı görülmektedir²⁰⁰. Çünkü ortaklığa girme inisiyatifi, maliyetlerin ve kaynakların paylaşımı açısından avantajlar getirirse de ticari faaliyeti yapılandırma aracı olarak özel bir fayda sağlamıyordu²⁰¹.

H. Societas'ın Sona Ermesi

Ortaklığı sona erdirici nedenlere ilişkin bizatihi Digesta'da bir sınıflandırmaya gidilmiştir. Ulpianus'tan bildirildiğine göre ortaklık, kişiler tarafından (*ex personis*),

¹⁹⁷ Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, *op. cit.*, s. 508; zira malvarlıklarının belirli bir zaman için geri çekilmeyeceği hususunda anlaşılmasının ortaklığın tasfiye edilemeyeceğine yönelik bir anlaşma olarak yorumlanamayacağı Ulpianus tarafından belirtilmektedir. Bu şekildeki tasfiyeye karşı çıkan bir anlaşmanın hükümsüz olacağı Pomponius tarafından da ifade edilmiştir: Dahası Pomponius bu şekilde bir anlaşma bulunmasa dahi uygunsuz bir zamanda akdin sona erdirilmesi üzerine *actio pro socio*'nun verilmesi ile (D. 17. 2. 65. 6) benzerlik kurarak fikrini desteklemiştir. Q.v.: D. 17. 2. 14 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum).

¹⁹⁸ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1356.

¹⁹⁹ *Societas*'ın tüzel kişilikten, işletme malvarlığının korunması ve ortakların malvarlıklarının korunması prensiplerinden yoksun olması şaşırtıcı değildir: Q.v.: Hawk, *op. cit.*, s. 223 ve 251.

²⁰⁰ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1356; Roma ticari işletmelerinin küçük ve genellikle iki ortakla sınırlı olduklarına ilişkin olarak q.v.: Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, *op. cit.*, s. 135-143; Fleckner, **Roman Business Associations**, *op. cit.*, s. 3 et. seq.; öyle ki Digesta'nın *societas*'a ayrılan on yedinci kitabının ikinci faslında da çoğu metnin sadece iki kişiden oluşan ortaklıklara ayrılmış olduğunu görüyoruz q.v.: D. 17. 2. 6 (Pomponius libro nono ad Sabinum); D. 17. 2. 24 (Ulpianus libro 31 ad edictum); D. 17. 2. 38. 1 (Paulus libro sexto ad Sabinum); D. 17. 2. 39 (Pomponius libro 13 ad Sabinum); D. 17. 2. 52 pr., 4 ve 5 (Ulpianus libro 31 ad edictum); fakat ikiden fazla ortak ile oluşturulan ortaklıklara ilişkin paragraflara da Digesta'da az da olsa rastlayabilmekteyiz: D. 17. 2. 28 (Paulus libro 60 ad edictum); D. 17. 2. 63. 10 (Ulpianus libro 31 ad edictum); D. 17. 2. 65. 6 ve 9 (Paulus libro 32 ad edictum): Q.v.: Dinçer, *op. cit.*, s. 17 ve 18.

²⁰¹ Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 107.

mallar dolayısıyla (*ex rebus*), irade ile (*ex voluntate*) veya dava açılarak (*ex actione*) sona erdirilebilirdi²⁰². Ulpianus'un bu sınıflandırmasında göze çarpan husus, sınıflandırmanın *societas* sözleşmesinin unsurları ile büyük oranda örtüştüğü ve onlardan kaynaklandığıdır. Gerçekten de iki veya daha fazla kişinin, meşru bir menfaat amacıyla, mal veya emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt etmeleri ile vücut bulan ortaklık sözleşmesi, unsurlarında meydana gelen değişimlerden etkileniyordu.

1. Ortaklık Amacının Gerçekleşmesi

Sözleşmenin tanımında yer alan müşterek amaç unsurunun gerçekleşmesi ile sözleşmenin akdedilme nedeni de gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla sona erme beklenen bir sonuçtur²⁰³. Böyle bir sona erme hali kendisini en belirgin olarak konusu sınırlı ortaklık ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak kurulan *societas* türlerinde gösterirdi. Mesela bir köle satma amacıyla kurulan *societas*'ın bu kölenin satımı ile amacına ulaşacağı ve sona ereceği aşikardır. Dolayısıyla bir diğer ihtimal de müşterek amacının gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi olarak ortaya çıkar. Gerçekten de müşterek amacın gerçekleşmesi kadar gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi de ortaklığı sona erdirir²⁰⁴. Zira böyle bir halde ortaklığın devam etmesinin bir manası yoktur. Mesela satılmak üzere bir araya gelinen kölenin satılmadan evvel ölmesi durumu böyledir. Ayrıca katılma payının ifasının, müşterek amaca ulaşılmasındaki etkisine göre²⁰⁵ katılma payının ifasındaki imkansızlığın da ortaklığı sona erdirebileceği mantıki bir sonuçtur.

2. Ortağın Ölümü

Ortaklık sözleşmesi kapsamında *ius fraternitas* nedeniyle ortakların birbirleri ile nasıl yoğun bir tür iyiniyet ilişkisi içerisinde oldukları gözden kaçmaz bir gerçektir. Kişiler sözleşme yapmak için bir tür kardeşlik ilişkisi içerisine girecekleri müstakbel

²⁰² D. 17. 2. 63. 10 (Ulpianus libro 31 ad edictum).

²⁰³ I. 3. 25. 6; Rado, *op. cit.*, s. 115; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 372; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 245; Erdoğan, *Roma Borçlar*, *op. cit.*, s. 108; Mousourakis, *op. cit.*, s. 237.

²⁰⁴ Rado, *op. cit.*, s. 115; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 245; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 92-96; Mousourakis, *op. cit.*, s. 237; burada bahsedilen ortaklığın kurulmasından sonra müşterek amacın imkânsız hale gelmesidir. Zira imkansızlığın başlangıçtan beri mevcut olması durumunda sona erdirilecek bir ortaklık dahi bulunmaz.

²⁰⁵ Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 95, dn. 341.

ortaklarını özenle seçerler²⁰⁶ ve seçerken ihmalkâr davranmalarının sonuçlarına da yine kendileri katlanırlardı²⁰⁷. Yani gerek açık gerek zımni olsun ortakların kimlikleri, sözleşmenin akdedilme nedeni kapsamında yer alırdı²⁰⁸. Bu nedenle de ortağın ölmesi veya şahsında meydana gelen *capitis deminutio* halleri (*minima* hali hariç) ortaklığı sona erdirirdi²⁰⁹.

Ortakların şahsına bağlılık öylesine kuvvetliydi ki sözleşme kapsamında ortakların kâra ve zarara katılma vb. pek çok hususu kendi iradelerine göre belirlemelerine izin verilmişken ölen ortak yerine mirasçısının devam edeceği konusunda anlaşmalarına müsaade edilmemiştir²¹⁰. Fakat buna rağmen sözleşmeden doğan taleplere ilişkin olarak, ortak olmasına hukuken müsaade edilmeyen mirasçının *actio pro socio* açabilmesi ve kendisine karşı da şirketin yararı için yarım kalan işlerin tamamlanmasında bir ortaktan beklenen dikkat ve özeni göstermemesi durumunda, açılabilmesi kabul edilmişti²¹¹. Burada dikkat edilmesi gereken ölüm üzerine, istenirse mirasçının da dahil olacağı yeni bir sözleşmenin yapılmasının her zaman için mümkün olduğudur²¹².

a. Capitis Deminutio

Roma hukukuna göre kişinin hak ehliyetine sahip olabilmesi için bulundurması gereken *status*'lardaki değişiklik bu kavram ile ifade edilmektedir²¹³. Bu kapsamda aile durumundaki değişiklik (*capitis deminutio minima*) hariç olarak diğer *status*'lardaki değişiklikler (*maxima* ve *media*) ölüme eşit tutularak ortaklığı sona

²⁰⁶ Gai. Inst. 3. 152.

²⁰⁷ Mousourakis, *op. cit.*, s. 237.

²⁰⁸ I. 3. 25. 5; Zimmermann, *op. cit.*, s. 456.

²⁰⁹ Zimmermann, *op. cit.*, s. 456; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 242; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, *op. cit.*, s. 245; Erdoğan, **Roma Borçlar**, *op. cit.*, s. 108; Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.*, s. 96-103; Smith, *op. cit.*, s. 1049.

²¹⁰ Burdese, *op. cit.*, s. 553; Ortaklığın, ölen ortağın mirasçısına geçmeyeceğine ve sona ereceğine ilişkin olarak q.v.: D. 17. 2. 65. 11 (Paulus libro 32 ad edictum); D. 17. 2. 65. 9 (Paulus libro 32 ad edictum); D. 17. 2. 35 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum); D. 17. 2. 36 (Paulus libro sexto ad Sabinum); D. 17. 2. 37 (Pomponius libro 13 ad Sabinum); D. 17. 2. 40 (Pomponius libro 17 ad Sabinum); D. 17. 2. 52. 9 (Ulpianus libro 31 ad edictum); D. 17. 2. 59 pr. (Pomponius libro 12 ad Sabinum); D. 17. 2. 60 pr. (Pomponius libro 13 ad Sabinum); D. 17. 2. 63. 8 (Ulpianus libro 31 ad edictum).

²¹¹ Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, *op. cit.*, s. 508; Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.*, s. 98; Smith, *op. cit.*, s. 1049.

²¹² Guarino, *op. cit.*, s. 821.

²¹³ Umur, **Lügat**, *op. cit.*, s. 32; Berger, *op. cit.*, s. 380.

erdiren nedenlerden kabul edilmişlerdir²¹⁴. Zira kişinin *capitis deminutio maxima*'ya uğraması ile özgürlüğünü yitirmesi, *capitis deminutio media*'ya uğraması ile de vatandaşlığını kaybetmesi söz konusu oluyordu. Dolayısıyla Gaius'un *capitis deminutio*'yu ölüme eş sayması²¹⁵ sonucu yönüyle anlaşılabilir niteliktedir. Fakat belirtmek gerekir ki aile durumundaki değişikliğin gerek *alieni iuris*'in *emancipatio* ile *sui iuris* haline gelmesi gerek de *sui iuris*'in *adrogatio* ile²¹⁶ *alieni iuris* olması durumunda ortaklık aynı ortak ile devam ediyordu.

b. Borç Ödeyemez Duruma Düşme

Ortağın borç ödeyemez duruma düşmesi, şahıs üzerindeki icranın yerini zamanla *praetor*'ların faaliyetleri doğrultusunda malvarlığı üzerindeki icranın almasıyla ortaklığın sona ermesi bakımından özellik göstermiştir. Bu kapsamda borcunu ödeyemeyen²¹⁷ ortağın tüm mallarının satılması hali olan *bonorum venditio* ile şirket sona eriyordu²¹⁸. Bu şekilde malvarlığını kaybeden kişinin *infamis* durumuna düşmesi gibi sakıncalı nedenlerden dolayı zaman içerisinde borçlunun mallarının borçları kadarınca satılması usulü (*distractio bonorum*) cari oldu²¹⁹. Sonraları, bütün malvarlığının kendi istediği ile alacaklılara devredilmesi usulü (*cessio bonorum*) ile borçlunun *infamis* olmasının önüne geçildi. Böylece borcun ödenememesi halinde malların toptan satımı yanında malların alacaklısına devredilmesi durumunda da ortaklık sona eriyordu²²⁰. Öte yandan malların toptan kendisine satıldığı (*bonorum emptor*) ya da borçlu ortak tarafından terkedildiği kimse ile ortaklığa devam edilmesi

²¹⁴ Hakimiyet altındaki bir aile evladının ortaklığa girdikten sonra *sui iuris* olması halinde ortaklığın devam edeceğine ve *emancipatio*'dan önceki sürece ilişkin borçlar için yalnızca aile babasına dava açılabilceği fakat *sui iuris* olan evladın hem öncesi hem de sonrasına yönelik olarak iyiniyete uygun düşmeyen eylemlerine yönelik olarak dava edilebileceğine ilişkin olarak q.v.: D. 17. 2. 58. 2. (Ulpianus libro 31 ad edictum); *status libertatis* ve *civitatis*'de yaşanan kayıpların ortaklığı sona erdireceğine ilişkin olarak q.v.: D. 17. 2. 63. 10 (Ulpianus libro 31 ad edictum) ve D. 17. 2. 4. 1 (Modestinus libro tertio regularum); Burdese, **op. cit.**, s. 552; Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 372; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian, op. cit.**, s. 509; Smith, **op. cit.**, s. 1049; Mousourakis, **op. cit.**, s. 237.

²¹⁵ Gai. Inst. 3. 153; Zimmermann, **op. cit.**, s. 456; Rado, **op. cit.**, s. 115.

²¹⁶ Şirket ortaklığının evlat edinene (*adrogator*'a) geçmeyeceğine ilişkin olarak q.v.: D. 17. 2. 65. 11 (Paulus libro 32 ad edictum).

²¹⁷ Zimmermann, **op. cit.**, s. 456; Smith, **op. cit.**, s. 1049.

²¹⁸ Gai. Inst. 3. 154; D. 17. 2. 65. 1 (Paulus libro 32 ad edictum); Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 111; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian, op. cit.**, s. 509.

²¹⁹ Rado, **op. cit.**, s. 18 ve 19.

²²⁰ I. 3. 25. 8; Gönenç, **Roma Şirket, op. cit.**, s. 112.

söz konusu değildi. Aynı durum malların müsadere edilerek satılmasında da geçerliydi²²¹. Bu yönüyle Paulus'un, kişinin mallarının müsadere üzerine yerine başkası halef olacağından öldüğünün varsayılacağını söylemesi²²² tutarlıdır.

3. Öngörülen Sürenin Sona Ermesi

Roma hukukunda şirket, niteliği ve çıkış noktası gereği zaman bakımından sınırlı olarak tanınmıştı²²³. Öngörülebiyecek en uzun süre ortakların yaşam süresi olabilirdi²²⁴. Dolayısıyla ortakların varlığını aşan, onlardan ayrı ve bağımsız olarak etki gösterebilen bir yapının formülü değildi. Bu kapsamda ortaklardan birinin ölmesi ile sona ereceği gibi sona ermesi için bir sürenin öngörülmüş olması da mümkündü²²⁵. Süre öngörülmemişse en geç ortaklardan birinin ölümü anında sona ererdi²²⁶. Dahası, süre öngörülmesi halinde müşterek amaca ulaşılammış olması da dikkate alınmazdı. Ayrıca ortakların fesih ile (*renuntiatio*) sözleşmeyi sona erdirmeleri her zaman için mümkün olup bir süre öngörülmesi bunu engellemezdi. Bununla birlikte ortaklığın süresinden önce feshedilmesi ilgili ortağın sorumlu tutulabilmesine neden olurdu²²⁷.

4. İrade ile Sona Ermesi

Sözleşmenin kurulmasında ve devamında yer alması gereken ortaklık kurma niyet ve iradesinin sona ermesi²²⁸ ortaklığı sona erdiriyordu. Ortaklardan biri için gerçekleşen sona erme sebebi ile ortaklık bütün ortaklar için sona erdiğinden²²⁹, ortaklık, bir ortağın iradesi ile (*renuntiatio*) dahi sona eren bir görünüm arz ediyordu²³⁰. Yani ortaklık tarafların iradelerinin *societas*'ı sona erdirme yolunda

²²¹ I. 3. 25. 7; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 113; Mousourakis, **op. cit.**, s. 237.

²²² D. 17. 2. 65. 12 (Paulus libro 32 ad edictum)

²²³ D. 17. 2. 70 Paulus libro 33 ad edictum

Nulla societatis in aeternum coitio est.

"Ebedi bir ortaklık kurulamaz."

²²⁴ Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 103.

²²⁵ Rado, **op. cit.**, s. 115; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 509; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, **op. cit.**, s. 245; Erdoğan, **Roma Borçlar**, **op. cit.**, s. 108; Mousourakis, **op. cit.**, s. 237.

²²⁶ Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 103.

²²⁷ D. 17. 2. 65. 6 (Paulus libro 32 ad edictum)

²²⁸ Gai. Inst. 3. 151; Zimmermann, **op. cit.**, s. 455; Kaser, **op. cit.**, s. 478.

²²⁹ Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 508.

²³⁰ Zimmermann, **op. cit.**, s. 455; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 243; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 372; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 105; Smith, **op. cit.**, s. 1049.

birleşmesi (*contrarius consensus*) ile²³¹ ya da ortaklık sözleşmesi özelinde yalnızca bir ortağın tek taraflı ortaklığı sona erdirmeye iradesinin beyanı ile evleviyetle sona ererdi²³².

Ortakların sözleşmede öngörülmesine de yasaklansa da her halükârda feshi ihbar ile ortaklığı sona erdirmeye hakları vardı²³³. Fakat bir iyiniyet sözleşmesi olarak tarafların birbirlerine olan borçları *bona fides*'e göre belirlenip iyiniyetin gerektirdiği her şeyi borçlandıkları için²³⁴ bu feshi ihbarın kötüye kullanılmaması da bir gereklilikti²³⁵. Bu kapsamda sözleşmede öngörülen süreden önce *renuntiatio*'da bulunmak, haklı bir neden yok ise iyiniyete aykırı bir davranış oluyor ve fesih ihbarda bulunan ortak Digesta'daki ifadesi ile ortaklarını kendisinden ayırırken kendisini onlardan ayıramıyordu²³⁶. Yani fesih ihbardan sonra elde edilen kazançtan pay alamazken zarara payı oranında katılmak zorunda kalıyordu. Paulus'tan aktarılan bir örneğe göre kendisine kalacak mirastan ortaklarının yararlanmasını engellemek için ortaklığın feshi kötü niyetlidir. Böyle bir durumda her ne kadar iyiniyet kurallarına aykırı şekilde yapılan feshi ihbar ile ortaklık geçerli bir şekilde sona erdirilmiş olsa da *actio pro socio* ile mirasla elde edilen kazancı paylaşmaya zorlanırdı²³⁷. Görülen o ki *renuntiatio*'nun iyiniyet kurallarına riayet edilerek kullanılması gerekiyor ve zamansız, diğer ortakların zararına kötü niyetli olarak veya hileli kullanılması ortağı *actio pro socio* ile sorumlu kılıyordu²³⁸.

²³¹ Ancak Klasik dönemden itibaren tarafların salt iradeleri (*consensus*) ile kurulan rızâî akitlerin tanınması üzerine aksi yöndeki taraf iradeleri (*contrarius consensus*) ile rızâî sözleşme ilişkilerinin ortadan kaldırılabilmesi kabul edildi: Q.v.: Abdurrahman Savaş, "Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2016, Sayı: 26, s. 107-109.

²³² D. 17. 2. 65. 3 (Paulus libro 32 ad edictum); Rado, *op. cit.*, s. 115 ve 190; Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 508; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 245; Erdoğan, *Roma Borçlar*, *op. cit.*, s. 108.

²³³ Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 508; Gönenç, *Roma Şirket*, *op. cit.*, s. 110.

²³⁴ Kaser, *op. cit.*, s. 480.

²³⁵ Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 243.

²³⁶ D. 17. 2. 65. 6 (Paulus libro 32 ad edictum); Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 508; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 245.

²³⁷ D. 17. 2. 65. 3 (Paulus libro 32 ad edictum)

²³⁸ D. 17. 2. 14 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum); Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 508; Honsell, *op. cit.*, s. 148.

5. Dava Yoluyla Sona Ermesi (*actio pro socio*)

Societas ile taraflar arasındaki iç ilişki düzenlendiğinden ortaklık üzerine davanın (*actio pro socio*'nun) da yalnızca ortaklarca ortaklara karşı bu sözleşmeden doğan borçların ihlali durumunda açılması söz konusu olabilirdi²³⁹. Klasik dönem boyunca söz konusu davanın açılması ile ortaklığın sona ermesinin²⁴⁰ nedeni, *actio pro socio* açılması ile, taraflar arası *ius fraternitas* temeline dayalı olan ortaklık ilişkisinin sona ermesiydi. Çünkü davaya ihtiyaç duyulması ortaklar arasındaki ancak kardeşler içinde bulunabilen birliktelik ve güven iradesinin sona erdiğini gösteriyordu²⁴¹. Bu ortaklık davası özelinde yine *ius fraternitas* temelli olarak ortakların *beneficium competentiae*²⁴²si bulunmakta ve dava ile mahkûm olan ortak *infamis* olmaktaydı²⁴³.

Paulus'un ifade ettiği üzere *actio pro socio*'nun açılabilmesi için mevcut bir ortaklığın bulunması şarttır²⁴⁴. Bunun için de unsurları tamamlanmış bir *societas* sözleşmesinin geçerli şekilde ayakta tutuluyor olması gerekmektedir. Dolayısıyla aynı malın birden çok kişi tarafından birlikte satın alınması veya birden çok kişiye miras bırakılması ya da bağışlanması hallerinde vücut bulan birlikte mülkiyet ilişkisi söz konusu olduğunda *actio pro socio*'nun açılmayacağını belirtmek gerekir. Zira böyle bir ilişkide birlikte maliklerin ortak olma niyet ve iradesi olmadığından bir ortaklık bulunmamaktadır. Fakat bir *societas* sözleşmesi taraflarının aynı zamanda ortaklık malvarlığı olarak birlikte malik oldukları bir malvarlığı havuzu oluşturmaları mümkündü. Böyle bir durumda *actio pro socio* sadece sözleşmeden doğan her türlü

²³⁹ Zimmermann, *op. cit.*, s. 457 ve 470.

²⁴⁰ Rado, *op. cit.*, s. 115; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 245; Honsell, *op. cit.*, s. 148; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 243.

²⁴¹ Zimmermann, *op. cit.*, s. 457; Somer/ Gönenç, *Vergi Toplama Şirketleri*, *op. cit.*, s. 727; Birks, *op. cit.*, s. 114.

²⁴² *Beneficium competentiae* ile ifade edilmek istenen kardeşlik hukuku gereği, ortakların, kendilerini bilerek, hileli olarak borç ödeyemez konuma getirmedikleri müddetçe yalnız mali imkânları nispetinde mahkûm edilip şahısları üzerinde icradan kurtulmalarıdır. Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 509; Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 28; Berger, *op. cit.*, s. 372; Birks, *op. cit.*, s. 118.

²⁴³ Buckland/ D. McNair, *Roman Law Comparison*, *op. cit.*, s. 306; Smith, *op. cit.*, s. 1049; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 243; Mousourakis, *op. cit.*, s. 236; Honsell, *op. cit.*, s. 150.

²⁴⁴ D. 17. 2. 65. 13 (Paulus libro 32 ad edictum)

talebin ileri sürülmesine hizmet eder müşterek malvarlığının bölüşülmesi ise *actio communi dividundo* ile mümkün olurdu²⁴⁵.

III. SOCIETAS PUBLICANORUM²⁴⁶

Societas publicanorum ticaretin icrasında kullanılan hukuk icatlarından biriydi. Her ne kadar sanayi devrimi öncesi toplumlarda ticaretin büyük çoğunluğunun ufak dükkan işletenler ve zanaatkarlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi karakteristik bir özellik olarak karşımıza çıkmaktaysa da uzun mesafe ticareti²⁴⁷ ve belirli projeler için bireysel sermayelerin yeterli olmaması ile büyük miktarda sermayeyi bir araya getirmek ve doğacak riskleri paylaşma ihtiyacı da toplumları farklı organizasyonel formlar geliştirmeye zorlayabiliyordu²⁴⁸. İşte klasik Roma *societas*'ının bu özelleşmiş formu Roma'nın küçük ve kapalı bir tarım ekonomisinden, zamanın bilinen tüm dünyasını kapsayan açık bir sisteme dönüştüğü bir dönemde faaliyet göstermişti. Şirket formatlarını düzenleyen yasalarda köklü bir değişiklik yapmadan büyüyen ekonomilerinin pratik ihtiyaçlarını belirli ölçeklerde ve alanlarda karşılamayı başarmıştı²⁴⁹. Milattan önce üçüncü yüzyıldan başlayarak *publicani* olarak bilinen, bayındırlık projeleri, silah temini ve vergi tahsilatı gibi projeler için devlet ihalelerine²⁵⁰ teklif veren yatırımcı gruplarından oluşuyordu.

²⁴⁵ Rado, *op. cit.*, s. 115; Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 509; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 372; Honsell, *op. cit.*, s. 150; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 243; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 246; Mousourakis, *op. cit.*, s. 237.

²⁴⁶ Kurumun İmparatorluk Devri'nde ortadan kalkması konu üzerinde neden az çalışıldığını göstermektedir. Ayrıca Roma Hukuku hakkındaki bilgilerimizin çoğu Iustinianus'un sonradan *Corpus Iuris Civilis* adı verilen derlemesine dayanmakta ve bu derleme de esaslı olarak klasik ve klasik sonrası devrin hukuk kurallarından oluşmaktadır. Dolayısıyla derleme faaliyetlerinin kurumun ortadan kalktığı tarihten sonra yapılması C.I.C.de *publican*'lardan neden sadece küçük vergi tahsildarları olarak bahsedildiğini açıklar niteliktedir. Q.v.: Malmendier, *op. cit.*, s. 1088.

²⁴⁷ Öyle ki yığın olarak yapılan hammadde ticaretinde uzun mesafelerin kat edilmesi zaten söz konusuydu. Mesafe ve buğday fiyatı arasındaki etkileşim üzerine q.v.: Peter Temin, "The Economy of the Early Roman Empire", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 20, No. 1, 2006, s. 138, et. seq.

²⁴⁸ Hawk, *op. cit.*, s. 221. *Societas publicanorum*'un böyle bir ihtiyaç sonucu ortaya çıktığına ilişkin olarak q.v.: Karadeniz, *Roma'da İş İlişkileri*, *op. cit.*, s. 14 et. seq.

²⁴⁹ Fleckner, *Roman Business Associations*, *op. cit.*, s. 4 et. seq; Malmendier, *op. cit.*, s. 1090; Duygu Özer Sarıtaş, *Cumhuriyet Dönemi Roma Vergi Sistemi*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010, s. 103.

²⁵⁰ Fleckner, *societas publicanorum*'un tarihsel önemi ve modern değerlendirmesinin anahtarı olarak devletle ilgili şirket hedeflerini göstermektedir: Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen*, *op. cit.*, s. 153.

Societas Publicanorum olarak isimlendirilen bu ticaret şirketi varlığını Roma'nın içinde bulunduğu eşsiz duruma borçluydu: Karmaşık örgütsel işlere talep üretebilecek kadar güçlü ve zengin fakat bu işleri kendi örgütsel yapısı dışından kimselere yaptırmak zorunda kalacak kadar zayıf ve tutumluydu²⁵¹. Öyle ki Cumhuriyet Devri'nin beş asır gibi oldukça uzun bir süreç boyunca büyükçe bir devlet memurları kadrosu ihdas etmekten geri durması, kamu hizmetlerinin ihale edilmesi, kamu gelir kaynaklarının ise özel girişimcilere kiralanmasını zorunlu kılıyordu²⁵².

Societas Publicanorum'un klasik Roma şirketi *societas*'tan temel farklılığı tüzel kişiliği haiz olmasıydı²⁵³. Roma'daki tüzel kişilere yönelik genel tavır doğrultusunda kendisini teşkil edenlerden ayrı bir varlık olarak hukuk nazarında kurulmalarına müsaade edilmeleri gerekiyordu. Bu kapsamda herkes tarafından dilendiğinde kurulabilmeleri mümkün olmadığı gibi *lex*'ler, *senatus consulta*'lar ve imparator emirnameleri ile de sınırlandırılmamış olmaları gerekiyordu. Vergi toplama, altın ve gümüş madenciliği, tuz üretimi üzerine kurulan ortaklıkların bu şekilde şirketleşebileceklerine Digesta²⁵⁴ 3. 4. 1 pr.'de doğrudan değinilmiştir²⁵⁵. Geniş kapsamlı faaliyet yelpazesinin içerisinde; altın (*aurum*), gümüş (*argentum*), demir (*ferrum*), kurşun (*plumbum*), kalay (*minium*), tuz (*sal*), tebeşir (*creta*) ve zift (*pix*)

²⁵¹ Malmendier, **op. cit.**, s. 1093; zaten tarihçilerin İlk İmparatorluk Devri'ni kendisinden başlattıkları İmparator Augustus'un yapmaya çalıştığı da tam anlamıyla buydu. Devleti merkezileştirip kendi egemenliğini memurları ve gücü odaklı hâkim kılmak bu dönem ve devamı devlet politikasının temelini oluşturmaktaydı.

²⁵² Malmendier, **op. cit.**, s. 1084 ve 1085; Özer Sarıtaş, **Roma Vergi Sistemi**, **op. cit.**, s. 87.

²⁵³ Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 199; Berger, **op. cit.**, s. 661; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 52; Davoudi/McKenna/ Olegario, **op. cit.**, s. 22; Malmendier, **op. cit.**, s. 1089; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 510 ve 511; Özer Sarıtaş, **Roma Vergi Sistemi**, **op. cit.**, s. 104; Hawk, **op. cit.**, s. 244.

²⁵⁴ Corpus Iuris Civilis'in çalışmamızda kullanılan Digesta kitabından alınmış olan Latince metinlerin tümü Alan Watson ve Samuel P. Scott'ın İngilizce çevirilerinden dilimize tarafıma çevrilmiştir.

²⁵⁵ D. 3. 4. 1 pr. (Gaius libro tertio ad edictum provinciale)'ye göre,

Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt.

“Bu tür ortaklıklar, collegia'lar ve kuruluşlar herkes tarafından kurulamaz. Çünkü bu imkân yasalar, senatus consulta'lar ve imparator emirnameleri ile sınırlandırılmıştır. Sadece birkaç durumda bu tür kuruluşlara izin verilir. Örneğin, vergi toplama, altın madenleri, gümüş madenleri ve tuz üretimi işlerindeki ortakların şirketleşmelerine müsaade edilir. Aynı şekilde, Roma'da senatus consulta ve imparatorluk emirnameleri tarafından kurumsal statüleri belirlenmiş bazı collegia'lar vardır. Örneğin, taşralarda da bulunan fırıncıların ve bazı diğerlerinin ve gemi sahiplerinininki gibi.”

maddeleri için maden ve taş ocaklarının kiralanması; tapınaklar (*templum*), kuyular (*lacus*), su boruları (*aqua*), kanallar (*rivus*), kanalizasyonlar (*kloaca*), pisuarlar (*forica*), yollar (*geçişler*), köprüler (*pons*), duvarlar (*murus*), sütunlar (*porticus*), su yolları (*flumen*), limanlar (*portus*), tiyatrolar (*theatrum*), satış dükkânları (*taberna*) veya marketler (*macellum*) gibi kamu binaları ve altyapı tesislerinin inşası ve bakımı, tahıl ürünleri ithali (*frumentum*) ve ordunun desteklenmesi (*exercitus*) yer alabiliyordu²⁵⁶. Bu kapsamda *publican*'ların şirketsel faaliyetlerinden üç temel alanda yararlanıldığı söylenebilir²⁵⁷: Halk için mal ve hizmet temini, kamu mallarının kullanımı ve vergi toplanması.

Herhangi bir bayındırlık faaliyeti veya orduya erzak sağlanmak için yahut da devlet gelirlerinin toplanması konulu bir ihaleyi²⁵⁸ kazanan ortaklığın devlet adına *Censor* ile yaptığı sözleşme üzerine bağımsız bir hukuk süjesi olarak tezahür ediyordu. Akdedilen sözleşmeler, muhtemelen *Censor*'un görev süresi sebebiyle beş yıllık düzenlenirdi²⁵⁹. İşte bu yapının tüzel kişiliği haiz olması ona *societas*'a nazaran bir takım ek kabiliyetler kazandırıyordu.

Societas publicanorum türü ortaklıkların bünyesinde yönetim ve hissedarlar şeklinde yasal bir ayırım söz konusuydu²⁶⁰. Devlet, ilgili husustaki sözleşme bedelinin bir kısmını teklifi kabul üzerine, geri kalanını da sözleşme tamamlandığında ödüyordu. Gruptaki lider yatırımcı ortak sözleşmenin ifası için kendi taşınmazlarını teminat olarak (*manceps- praes*) taahhüt ediyordu²⁶¹. İhalelere katılmak için karşılanması

²⁵⁶ Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen*, *op. cit.*, s. 154-166; Fleckner, *Roman Business Associations*, *op. cit.*, s. 8; Özer Sarıtaş, *Roma Vergi Sistemi*, *op. cit.*, s. 116 et. seq.

²⁵⁷ Malmendier, *op. cit.*, s. 1085; Özer Sarıtaş, *Roma Vergi Sistemi*, *op. cit.*, s. 115.

²⁵⁸ Birkaç eyalet istisna olmak üzere bu ihalelerin Roma Forum'unda halk içinde yapılmaları tercih edilen girişimcilere rekabete aykırı tahsislerin yapılmasını önlemek içindi: Q.v.: Malmendier, *op. cit.*, s. 1087.

²⁵⁹ Buckland, *Roman Law from Augustus to Justinian*, *op. cit.*, s. 510; Somer/ Gönenç, *Vergi Toplama Şirketleri*, *op. cit.*, s. 720; Malmendier, *op. cit.*, s. 1087. MÖ 122'de ikinci kez halk *tribunus*'u seçilen Gaius Gracchus tarafından çıkarılan bir eyalet yasasında vergilerin *censor* tarafından ihale ile satışa çıkarılacağı ifadesini bulması ve *societas publicanorum*'ların temsilcileri *publicanus*'lar tarafından vergilerin toplandığına ilişkin olarak q.v.: Kevser Taşdöner, *Anadolu'da Roma Eyaletleri Augustus Dönemi*, İstanbul, Bilge Kültür Sanat, 2017, s. 150.

²⁶⁰ Özer Sarıtaş, *Roma Vergi Sistemi*, *op. cit.*, s. 107.

²⁶¹ Duff, *Personality*, *op. cit.*, s. 159; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, *op. cit.*, s. 1360; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Incomplete Organizations*, *op. cit.*, s. 19; Andrea Trisciuglio, "Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna", *Atti del Seminario di studi su: Societas . Strumento di organizzazione pubblica e privata*, Sassari, 4-5 maggio 2012, in *Diritto@Storia* 11 (2013), s. 8. *Manceps* denen ortak Roma Devletiyle ortaklığı temsilen yaptığı sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin sahibi oluyordu: Özer Sarıtaş, *Roma Vergi Sistemi*, *op. cit.*, s. 105 ve 107.

gereken özel gerekliliklerin bulunmaması, teminat taahhüdü sağlamak zorunda olmaları ile dengeleniyordu²⁶². Diğer yatırımcılar ise ya yönetici ortak olarak şirket borçlarından tam sorumlu oluyorlardı (*socii- praedes*) ya da sınırlı sorumlu ortaklar olarak (*adfines* ve *particeps*'ler²⁶³) yönetimde bulunmuyor ve şirket borçlarından sorumlulukları sınırlı oluyordu²⁶⁴. MÖ I. yüzyıla gelindiğinde ise en büyük *societas publicanorum* çok sayıda, muhtemelen yüzlerce sınırlı sorumlu ve günümüz modern borsalarına benzer bir markette hisselerini alıp satabilen ortaklarıyla hem yapı hem de boyut olarak günümüz modern şirketlerine benziyordu²⁶⁵.

D. 17. 2. 59 pr.'ye göre, ölen ortak, devlet ile yapılan sözleşmenin tarafı (*manceps*) yahut şirket işlerini yöneten idareci ortak olmadıkça *societas publicanorum* ortaklarından birinin ölmesi ortaklığı sona erdirmiyordu²⁶⁶. Ölenin payının mirasçısına tahsisi üzerine ortaklık onunla devam ediyordu²⁶⁷. Zira ortaklıkta önemli olan

²⁶² Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 186. Bu tarz bir ortaklığa *socii* olarak katılımdan yasaklanan bir kısım sınıflar söz konusuydu (Duff, **Personality**, **op. cit.**, s. 159). Bu kapsamda sadece Roma vatandaşları *publicanus* ortaklıklarında *socii* olabiliyorlardı ve senatörlerin sadece hisse sahibi ortak olabilmelerine müsaade edilip yönetici ortak olmalarına izin verilmezdi. Roma *magistra*'ları ve eyalet valilerinin ise vergi yükümlülükleri üzerinde kurabilecekleri olası baskılardan dolayı pay sahibi olmalarına dahi müsaade edilmezdi: Q.v.: Özer Sarıtaş, **Roma Vergi Sistemi**, **op. cit.**, s. 107.

²⁶³ Bunlar ki ortak olmaksızın pay sahibi oluyorlardı: Q.v.: Malmendier, **op. cit.**, s. 1089; Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 27; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 510.

²⁶⁴ Duff, **Personality**, **op. cit.**, s. 159 ve 160; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1361; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, **op. cit.**, s. 19; dolayısıyla en azından bu tür ortaklar yönünden işletme malvarlığının korunması prensibi güçlü olarak uygulanmış olsa gerektir: Q.v.: Hawk, **op. cit.**, s. 254. Zira bu prensibi işletmeden, payların devredilebilirliğini sağlamak zordur:

²⁶⁵ Malmendier, **op. cit.**, s. 1089; Davoudi/ McKenna/ Olegario, **op. cit.**, s. 22; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1361; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, **op. cit.**, s. 19; Somer/ Gönenç, **Vergi Toplama Şirketleri**, **op. cit.**, s. 728 ve 729; Arruñada, **op. cit.**, s. 25. Öte yandan hisseleri serbestçe alınıp satılabilen şirketler şöyle dursun, büyük sermaye birlikteliklerinin varlığına dair bile yeterli kanıt bulunmadığı, bu tarz birlikteliklerin Eski Roma'daki varlığına yönelik popüler kanının başlıca nedeninin daha küçük ölçekli ticari girişimler için olan bulguların bolluğu olduğuna ilişkin olarak q.v.: Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 6 ve 41. Nihayetinde Fleckner *societas publicanorum*'un boyutuna ilişkin önemli belirsizlikler olduğunu, üstelik aksi yönde yani temel formu olan klasik *societas*'tan önemli ölçüde daha büyük olmadığına dair kanıtların varlığını göz önünde bulundurarak konuya kuşkuyla yaklaşmaktadır: Q.v.: Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s.207-215.

²⁶⁶ Doktrinde yönetici ortağın (*manceps* vd.) ölmesinin ortaklığı sona erdirmeyeceği ifade edildiği gibi (Malmendier, **op. cit.**, s. 1088; Arruñada, **op. cit.**, s. 25); sona erdireceği de ifade edilmiştir (Duff, **Personality**, **op. cit.**, s. 160; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 53; Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 21; Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, **op. cit.**, s. 510; Somer/ Gönenç, **Vergi Toplama Şirketleri**, **op. cit.**, s. 725 ve 726); D. 17. 2. 59 pr. (Pomponius libro 12 ad Sabinum). Bu farklılar muhtemelen *societas publicanorum*'un gelişim süreci içerisindeki farklı anlara karşılık geliyorlardı; D. 17. 2. 63. 8 (Ulpianus libro 31 ad edictum).

²⁶⁷ Burdese, **op. cit.**, s. 553; Gönenç, **Roma Şirket**, **op. cit.**, s. 53; D. 17. 2. 59 pr. (Pomponius libro 12 ad Sabinum).

şahıslardan ziyade ortaklık üzerine alınan işin görülmesi için gerekli olan sermaye idi. Bu nedenle ortakların değişimi, ölümü, şirketten çekilmesi ve *actio pro socio*'nun şirketin devamına olumsuz bir etkisinin olmaması da kurumun *societas*'tan ayrıldığı diğer özellikleriydi²⁶⁸.

Tüzel kişiliğin ihdası ile artık şirketin hakları ve borçları ortaklara değil şirkete ait oluyordu²⁶⁹. Şirket dava edebiliyor²⁷⁰, mülk edinebilip kendisine miras bırakılabiliyordu²⁷¹. Dahası şirket borçlarından sınırlı sorumlu olan bir ortaklar grubu da bulunuyordu. Böylece işletme malvarlığı korumasının Roma ticaret hayatında genel olarak bulunmayışının gözle görülür istisnası *societas publicanorum* olarak bilinen şirket oluyordu²⁷².

Bu noktada işletme malvarlığının korunduğuna yönelik kesin kanıtlardan yoksun olunsaydı bile *partes* denen ortaklık hisselerin devredilebilmesi, *societas publicanorum*'un malvarlığının en azından sınırlı ortaklarına nazaran güçlü olarak korunduğunu göstermektedir²⁷³. Zira aşağıda²⁷⁴ açıklandığı üzere işletme varlığı güçlü bir şekilde korunmadıkça hisselerin devredilebilirliğini sağlamak zordur. Bu şekilde şirketin tasfiyesini önleyerek likiditeyi sağlamayı başarmak, şirket malvarlığının güçlü korunması ile mümkün olduğuna göre, şirket paylarını serbestçe alıp satabilen ve bu şekilde ortaklıktan ayrılıp dahil olunabilen bir yapının işletme malvarlığını koruma prensibini işletmiş olması gerekirdi.

²⁶⁸ Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.*, s. 54; Malmendier, *op. cit.*, s. 1088; Arruñada, *op. cit.*, s. 25; Fleckner, **Roman Business Associations**, *op. cit.*, s. 23; Özer Sarıtaş, **Roma Vergi Sistemi**, *op. cit.*, s. 105 ve 106. Fakat Buckland'a göre bu durum *societas publicanorum*'un, muhtemelen yalnızca beş yıllık sözleşmeler olmaları nedeniyle, klasik *societas*'tan farklı olarak olağandışı bir süreklilik gösterdiği anlamına da gelmezdi: Q.v.: Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, *op. cit.*, s. 510.

²⁶⁹ Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian**, *op. cit.*, s. 511; Gönenç, **Roma Şirket**, *op. cit.*, s. 52; Somer/ Gönenç, **Vergi Toplama Şirketleri**, *op. cit.*, s. 727; Özer Sarıtaş, **Roma Vergi Sistemi**, *op. cit.*, s. 105.

²⁷⁰ D. 47. 2. 31. 1 (Ulpianus libro 41 ad Sabinum)'da Ulpianus'tan öğrendiğimize göre özellikle dolandırıcılık, sahtekarlık ve zimmete para geçirme gibi suç durumlarında ortaklık dava açabiliyordu.

²⁷¹ D. 3. 4. 1 (Gaius libro tertio ad edictum provinciale): *habere res communes* ve D. 37.1.3.4 (Ulpianus libro 39 ad edictum): *bonorum possessio*.

²⁷² Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1360; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 19.

²⁷³ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1361; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 20.

²⁷⁴ Birinci Bölüm, IV, D, 2, e.

Günümüz ticaret şirketlerine böylesi benzeyen²⁷⁵ etkili bir yapıyı daha da geliştirip kullanmak yerine (ki özel işletmeler için tüzel kişilik mevcut değildi)²⁷⁶ sadece bir tarafı devlet olan sözleşmeler için sınırlandırmak²⁷⁷ ve nihayetinde ortadan kaldırmak şüphesiz sosyal ve siyasi gelişmelerin aile bünyesinden uzaklaşan bir yapıyı engellemesindendi²⁷⁸.

Malvarlığının güçlü korunması ile şirket malvarlığını elinde tutanların fırsatçılık riskini dengeleyecek günümüzdeki gibi ayrıntılı kamusal ve özel mekanizmaların yokluğu da bir diğer neden olarak doktrinde ifade edilmiştir²⁷⁹. Gerçekten de hukuki referansların bolluğuna ve sermaye yoğunluklu girişimleri finanse etmek için daha uygun bünyesine rağmen birkaç ortaklıktan fazlasından oluşan bir *societas publicanorum*'un varlığına ilişkin bir kanıt yoktur²⁸⁰. Şirketin tek müşterisi konumunda olan devletinse, şirketin verimli ve dürüst bir şekilde yönetilmesini sağlamada güçlü bir çıkarı olup aynı zamanda ciddi bir suiistimali fark edip ona karşı önlem alma konusunda da iyi bir konumda olması ile söz konusu fırsatçılık maliyetlerinin kontrol altında tutulabilmesi ise muhtemelen mümkündü²⁸¹.

Farklı bir neden olarak Romalıların ticaretin doğası hakkındaki güçlü görüşlerinin de özel ticari faaliyetlere hukuki kişilik bahsetmeyi engellemiş olabildiği düşünülebilir. Çünkü görünen o ki Romalılar hukuki kişiliği haiz şekilde bir şirketleşme formunu yalnızca kamusal yararın açıkça ön planda olduğu çabalara yönelik bir ayrıcalık olarak benimsiyorlardı²⁸². Üstelik temelini *ius civile*'ye

²⁷⁵ Bu benzerlik ilgili yönlerden o derece dikkat çekiciydi ki *societas publicanorum* doktrinde, modern ticaret şirketinin atası olarak dahi gösterilmiştir. Q.v.: Malmendier, **op. cit.**, s. 1077.

²⁷⁶ Q.v.: Arruñada, **op. cit.**, s. 25.

²⁷⁷ Randazzo, *societas publicanorum*'un Roma Kamu Hukuku sistemi içerisinde yer aldığını yazmaktadır: Q.v.: Randazzo, **op. cit.**, s. 127.

²⁷⁸ Hawk, **op. cit.**, s. 219.

²⁷⁹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1361; Hawk, **op. cit.**, s. 233.

²⁸⁰ Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 138 ve 139; Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 8 ve 9; yazar bu durumun bilinen tek istisnası olarak Augustus'un hakimiyeti zamanında Livy'nin II. Pön Savaşı zamanında 19 *publicani*'nin bir araya gelerek savaşta Roma ordularını desteklemek üzere üç birliktelik oluşturduklarını yazdığını belirtmektedir. Fakat bu durumun istina olduğunu ve esasında klasik *societas*'tan daha büyük bir yapı olmadığını da eklemektedir. Üstelik bu birlikteliğin klasik *societas*'tan farklı olup olmadığı, nasıl oluşturulduğu ve bahsi geçen üç ortaklığın söz konusu 19 kişiden mi yoksa birkısından mı oluştuğu gibi hususlarda da net bir bilgi yoktur.

²⁸¹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1361.

²⁸² Zaten *societas publicanorum* da *collegia* da temellerinde kamu menfaatini esas alıyorlardı; D. 3. 4. 1 (Gaius libro tertio ad edictum provinciale)'e göre kamu vergilerini toplamak amacıyla bir araya gelmiş ortaklara, birliktelikleri senato tarafından onaylanmış esnaf loncalarına, bankacılık faaliyeti için bir araya gelenlere ve gemi sahipleri birlikteliklerine senato ve imparatorluk kararları ile hukuki kişilik

dayandırmaması nedeniyle gelenekler tarafından korunması gibi bir avantajı da olmadığı için egemenlikleri giderek artan imparatorlar karşısında oldukça savunmasızdı²⁸³.

Bir diğer ihtimal de modern dönem İngiliz örneğinden yola çıkılarak, büyük şirketlerin şirket sicillerinin yokluğunda ve kamuya açık ihale sürecine dayanmadıkça, tamamen sözleşmesel temele dayalı olarak düzenli bir varlık gösteremeyecekleri şeklindedir²⁸⁴. Öte yandan ticari sicillerin yokluğuna rağmen *praetor*'lar sınıf temelli kanunların muhataplarını belirlemede muktedirlerdi²⁸⁵.

Nihayetinde Cumhuriyet'ten İmparatorluk'a geçiş sürecinde giderek artan nüfuzları ve görevlerini istismar etmelerinin halkta oluşturduğu baskı²⁸⁶, kurumun zaman içerisinde önemsizleştirilmesi sonucunu doğurdu. Gerçekten de ticaretin gelişmesiyle menkul servet, eskinin tek servet kaynağı olan toprak ile yarışır hale gelmişti²⁸⁷. Cumhuriyet devri boyunca özellikle savaş zamanlarında olmak üzere bu şirketlere bağlılık devamlı olarak deneyimlenmişti²⁸⁸. Devamında imparatorların bu tecrübelerden yola çıkarak kendi mutlak hakimiyetleri yanında ayrı bir güç odağını kabul etmeme tavırları doğrultusunda örgütledikleri devlet memurları ile

tanınabiliyordu. Vergi toplamının, devletin refahı ve devamlılığı açısından; esnaf loncalarının, kaliteli hizmet verilebilmesi ve haksızlıkların önüne geçilip kamunun yararına faaliyetlere devam edilebilmesi açısından; bankacılık faaliyetlerinde bulunan kişilerin yine toplumun ihtiyaçlarına hizmet eden konumları yönünden ve gemi sahipleri aracılığıyla yürütülen ticaretin, özellikle Roma'nın beslenmesi için duyulan tahıl ihtiyacının teminindeki önemi yönüyle, kamusal yararın açıkça ön planda olduğu barizdir. Dolayısıyla söz konusu Digesta metninde sayılan kurumların özel hukuk organizasyonları olamayacağına ilişkin olarak q.v.: Jinyu Liu, **Collegia Centonariorum The Guilds of Textile Dealers in the Roman West**, Columbia Studies in the Classical Tradition, Editors: William V. Harris, Alan Cameron, Suzanne Said, Kathy H. Eden, Gareth D. Williams, Volume 34, 2009, s. 104 et. seq.

²⁸³ Malmendier, **op. cit.**, s. 1092.

²⁸⁴ Arruñada, **op. cit.**, s. 26; bununla birlikte aynı kaynakta, tüzel kişiliği haiz bir tür şirket formunun Romalılarca çeşitli faaliyetler ve endüstrilerde kullanılmamış olmasının en temel nedeni olarak basitçe, bunlara duyulan ihtiyacın oldukça az olduğu, istikrarlı ticari işletmelere yönelik yeterli talebin bulunmadığı ve mevcut teknolojinin büyük miktarda sermaye ve sürekliliği gerektirecek altyapı veya tren yolu projeleri gibi girişimlere müsaade etmemesi gösterilmiştir.

²⁸⁵ András Földi, "Eine alternative Annäherungsweise: Gedanken zum Problem des Handelsrechts in der römischen Welt", **Revue Internationale des Droits de L'antiquité**, No. 48, 2001, s. 77.

²⁸⁶ Berger, **op. cit.**, s. 661; Somer/ Gönenç, **Vergi Toplama Şirketleri**, **op. cit.**, s. 720; Hawk, **op. cit.**, s. 232.

²⁸⁷ Tahiroğlu, iş adamları, tüccarlar, armatörler, bankacılar, sarraflar, gümrük mültezimleri, savaş malzemesi sağlayıcıları gibi parayla oynayan yeni aktörlerin yeni bir sosyal grup oluşturduğunu ifade ediyor. Öyle ki zenginleşen iş adamları, siyasi hayata müdahale eden ekonomik bir güç haline gelebilmişti: Q.v.: Tahiroğlu, **Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri**, **op. cit.**, s. 681 ve 685.

²⁸⁸ Malmendier, **op. cit.**, s. 1092.

publican'ların faaliyet alanları giderek kısıtlandı²⁸⁹. Sonraları vergi toplama ile sınırlandı ve zaman içerisinde bu işin dahi devlet memurları tarafından görülmesi ile ortadan kaldırıldı²⁹⁰. Gerçekten de ekonomik, politik, sosyal ve hukuki nedenlerin büyük sermaye birlikteliklerini destekleyememelerinin daha sağlam oluşumların önünü tıkamış olduğu ifade edilebilir²⁹¹.

IV. ŞİRKET OLUŞUMUNA İSTİKRARINI KAZANDIRAN ÖZELLİKLER

Borç, kişisel bir ilişki doğurur ve asıl olan borçlu kişinin bütün malvarlığı ile sorumluluğudur. Kişinin malvarlığının, borcunun güvencesini oluşturması da bu yönüyle sorumluluk kavramına ışık tutar. İşte bu hususun aynı şekilde şirkete de uygulanabilmesi²⁹² onu bir hukuk süjesi kılar ki sayıları sürekli değişmekte olan alacaklılara karşı malvarlığı ile sorumlu, ortaklarından ayrı bir varlığı bulunan şirket hayata gelmiş olur²⁹³.

Hukuk sistemleri ve aynı hukuk sistemi içerisinde değerlendirilen farklı ülkeler arasında bulunan esaslı yasal farklılıklara rağmen şirket oluşumuna istikrarını kazandıran yasal özellikler ve yasal problemler temelinde aynıdır. Bu karakteristik özellikler; tüzel kişilik, sınırlı sorumluluk, devredilebilir paylar, bir kurul yapısı altında merkezileşmiş yönetim ve yatırımcı mülkiyetidir²⁹⁴.

²⁸⁹ Hawk, **op. cit.**, s. 232; Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 12 ve 13; böylece İlk İmparatorluk döneminde (MÖ. I. yüzyıldan MS. III. yüzyıla uzanan süreçte) *societas publicanorum*'un yok olmaya başlamasının nedenlerinden biri olarak da özel sermaye birikiminin arzu edilmeyen bir politik nüfuza dönüşmesi korkusuydu.

²⁹⁰ Somer/ Gönenç, **Vergi Toplama Şirketleri**, **op. cit.**, s. 721 ve 722; Malmendier, **op. cit.**, s. 1090-1092.

²⁹¹ Felice Mercogliano, "Fondamenti 'Romanistici' delle Società per Azioni?", **Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino**, N. 3, 2014, s. 5.

²⁹² Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketler için bu durum madde 329'da "... borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir." denilerek ifade edilmiştir.

²⁹³ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1337; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, **op. cit.**, s. 12.

²⁹⁴ İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirali Çelik/ Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1 Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu**, Sözkesen Matbaacılık, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2013, s. 5; Reinier H. Kraakman, **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**, Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 1 ve 5; Davoudi/ McKenna/ Olegario, **op. cit.**, s. 20; Robert Pennington, "Origins of Corporations", **Corporate Practice Review**, 1931, vol. 3, no. 5, s. 36.

Her ticari girişimin bu özelliklerin hepsini aynı anda ihtiva etmediğinin bilincinde olarak bu özelliklerin ticari şirketlerin ortak paydası ve temel nitelikleri olarak sayılabılmesinin nedeni; bunların, büyük modern ticari girişimlerin ekonomik ihtiyaçlarına cevap vermelerindendir. Zira bu özelliklerdir ki organizasyonel form olarak şirket türlerini benimseyecek girişimlerin dış finansman sağlamalarını, istikrarlarını, uzun ömürlülüklerini, bireysel yöneticiler tarafından temsil edilmelerini, hak elde edip borç altına girebilmelerini sağlarlar²⁹⁵. Gerçekten de bazı şirketler tüzel kişiliği haizken bazıları değildir; bazılarında ortak sayısı az olup temellerinde güven ilişkisi varken²⁹⁶ diğerlerinde güvenden ziyade sermayenin korunması ilkesi ön plandadır; bazılarında ortakların şirket borçlarından sorumluluğu sınırsız veya sınırlı olabilirken²⁹⁷ bazılarında ise sorumlulukları dahi yoktur. Bu nedenledir ki ticari girişimler bu özelliklerden ihtiyaçları olanlarını ihtiva eden şirket türlerini organizasyonel form olarak benimserler²⁹⁸. Öte yandan piyasa ekonomisi içerisinde geniş ölçekli ticari şirketlerin hemen hepsinin bu özelliklerin tümünü ihtiva ediyor olması işte bu nedendendir. Bu beş temel niteliği bünyesinde benimsemiş bir şirketin esas işlevi ve varlık nedeni, katılımcılarına kendi bünyesi, hukuki kişiliği üzerinden kolayca ve düşük maliyetten²⁹⁹ işlem yapabilmelerini sağlamasıdır³⁰⁰.

²⁹⁵ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 5; Malmendier, **op. cit.**, s. 1078; gerçekten de yönetimin maliklikten ayrılması, şirket malvarlığının ve kişisel malvarlıklarının korunması ve dahi hisselerin devredilebilirliği bu özelliklerin sağlanması ile gerçekleştirilebilecek mahiyettedir: Q.v.: Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 38.

²⁹⁶ Gerçekten de hukukumuzda adi şirketler, kolektif şirketler ve adi komandit şirketler şahıs şirketleri olup (TTK m. 124/ f. 2) temellerinde güven ilişkisi vardır. Dolayısıyla sermaye şirketlerine nazaran ortak sayıları az olup (en az iki) bu şirketler nazarında yeni ortak katılımı veya ortakların mevcut şirketten ayrılmaları zordur. Asıl olan ortakların emekleri ve hizmet edimleri olup asgari bir sermaye getirme şartı yoktur. Yani kişisel malvarlıklarına da başvurulabilmektedir.

²⁹⁷ Şahıs şirketi tarzı ortaklıklarda, ortaklar şirket borçlarından dolayı ikinci dereceden, sınırsız ve müteselsilen sorumludurlar. Dolayısıyla adi şirket ortaklarının, kolektif şirket ortaklarının ve komandite ortakların sermaye şirketleri ortakları gibi sadece taahhüt ettikleri sermaye ile (fiilen ödemedikleri miktarla) ve şirkete karşı, sınırlı bir sorumlulukları söz konusu değildir. Şirket borçlarından dolayı onların şahsi malvarlıklarına da başvurulabilir (TBK m. 638, TTK m. 211/ f. 1 ve m. 304/ f. 1 ve 2). Fakat anonim ve limited şirket ortakları, şirkete karşı sorumlu olup üçüncü kişilere karşı şirket borçlarından dolayı bir sorumlulukları yoktur.

²⁹⁸ Öyle ki kuruluş gayeleri yönünden bir inceleme yapıldığında anonim ve limited şirketlerin hukuka aykırı olmayan her türlü ekonomik amaç ile kurulabildikleri (TTK m. 331/ f. 1 ve m. 573/ f. 3), kolektif ve adi komandit şirketlerin ticari işletme işletmek amacıyla (TTK m. 211/ f. 1 ve m. 304/ f. 1), kooperatiflerin ise ortaklarının ekonomik menfaatlerini korumak amacıyla (KK m. 1) kuruldukları görülür.

²⁹⁹ Katılımcıların ticari şirketlerde faaliyetlerini organize etme maliyetlerini düşürmeye hizmet etmesi.

³⁰⁰ Kraakman, **The Anatomy**, **op. cit.**, s. 1.

Gerçekten de günümüz modern dünyasında ekonomik faaliyetlere hâkim olan gerçek kişiler değil; malvarlığı edinebilen, sözleşmelere taraf olabilen, borç altına girebilen ve sahiplerinden yasal olarak ayrı bir varlığı bulunan şirketlerdir. Bu ticaret şirketlerinin evrensel özelliği hukuki işlemleriyle malvarlıklarını taahhüt edebilmeleri ve devamında bu malvarlıklarının, şirket ortaklarının kişisel alacaklılarına karşı korunmasıdır³⁰¹. Bu özellik işletme malvarlığının korunması³⁰² prensibi olarak ifade edilmektedir.

Kişisel malvarlığının korunması³⁰³ prensibi ise işletme malvarlığının korunması prensibinin işlevsel olarak karşıtı olup ortakların malvarlıklarının şirket alacaklılarına karşı korunmasını ifade eder³⁰⁴. Bu husus sınırlı sorumluluk olarak da ifade edilmektedir. Ortakların sınırlı sorumlulukları her ne kadar işletme malvarlığının korunmasını tamamlayıcı nitelikte olsa da şirketin, sahiplerinden ayrı ve bağımsız bir ekonomik faktör olarak varlığı için ne gerekli ne de yeterlidir³⁰⁵.

A. Sınırlı Sorumluluk

Sınırlı sorumluluk ile ifade edilen, şirket alacaklılarının yalnızca şirket malvarlığına başvurabilmeleri fakat ortakların malvarlığına erişememeleridir³⁰⁶. Sınırlı sorumluluk, ortakları şirket alacaklılara karşı korur. Çünkü ortaklar yalnızca

³⁰¹ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 121; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm, op. cit.**, s. 1336; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations, op. cit.**, s. 11; Henry Hansmann/ Reiner Kraakman, “The Essential Role of Organizational Law”, **The Yale Law Journal**, Vol. 110, No. 3 (Dec., 2000), s. 394; sermayenin gerektiği şekilde yerine getirilmesine ilişkin olarak TTK m. 332 ve 342, ortaklara iade edilmemesi ve ortaklığın içinin boşaltılmaması için öngörülen tedbirler olarak m. 480/ f. 3, sermayenin korunmasına aykırı yönetim kurulu ve genel kurul kararlarının batıl olduklarına ilişkin m. 391/ f. 1/ b. b ve m. 447/ f. 1/ b. c hükümleri Türk Ticaret Kanunu’nun malvarlığının korunması prensibinin işlevselliğinin anonim ortaklıklarda sağlanmasına yönelik düzenlemeleridir. Q.v.: Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 311-313.

³⁰² Terimin ingilizce karşılığı olarak doktrinde “entity shielding” ve “affirmative asset partitioning” ifadeleri kullanılmaktadır.

³⁰³ Terimin ingilizce karşılığı olarak doktrinde “owner shielding” ve “defensive asset partitioning” ifadeleri kullanılmaktadır.

³⁰⁴ Şener, **op. cit.**, s. 311; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s.108; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm, op. cit.**, s. 1336; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations, op. cit.**, s. 11; Hansmann/ Kraakman, **The Essential Role, op. cit.**, s. 395.

³⁰⁵ Öğretide günümüzde sınırlı sorumluluk prensibi benimsenmeden kayda değer başarı yakalamış bir işletme olmadığı belirtilmektedir. Q.v.: Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm, op. cit.**, s. 1336; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations, op. cit.**, s. 11; Hansmann/ Kraakman, **The Essential Role, op. cit.**, s. 396.

³⁰⁶ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 121; Şener, **op. cit.**, s. 84; Kraakman, **The Anatomy, op. cit.**, s. 9.

şirkete karşı sorumludurlar ve bu sorumlulukları da taahhüt edip fiilen ödemedikleri miktar ile sınırlıdır³⁰⁷. Sorumluluklarının sınırsız olması halinde riski olabildiğince azaltmak için girişimin işleyişine aktif olarak dahil olmak ortakların menfaatine olacaktır ki bu da bizi şahıs şirketlerine götürür. Zaten bu nedenledir ki şahıs şirketlerinde, yani ortakların sermaye şirketlerine nazaran yönetiminde doğrudan etkili olabildikleri şirketlerde ortakların şirket borçlarından dolayı sorumlulukları sınırsızdır³⁰⁸. Sınırsız sorumluluktan anlaşılması gereken ise taahhüt edilen sermaye miktarı ile sınırlı bir sorumluluğun olmaması ve işletme borçları için ikinci dereceden de olsa ortakların kişisel malvarlığına başvurulabilmesidir.

Denebilir ki sınırlı sorumluluk ile sağlanmaya çalışılan, işletme malvarlığının korunması prensibi ile sağlanmaya çalışılanın bir nevi tersidir³⁰⁹. Çünkü ortakların sınırlı sorumlulukları, kişisel malvarlığının korunmasına hizmet eder. Yani işletme malvarlığının korunması ile şirketin malvarlığı şirket ortaklarının kişisel alacaklılarına karşı korunurken sınırlı sorumluluk ile de şirket ortaklarının kişisel malvarlığı şirketin alacaklılarına karşı korunur. Bu iki husus beraber malvarlığı ayrımını tesis etmekte ve

³⁰⁷ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 43 ve 127;

³⁰⁸ Türk Borçlar Kanunu'na göre adi ortaklığın dolaylı temsil edildiği durumlarda temsilci dışındaki ortakların bir sorumluluğu doğmazken, doğrudan temsil kurumunun işletilmesi durumunda veya ortakların müştereken yapmış oldukları hukuki işlemlerden dolayı ortakların sınırsız, müteselsil ve ortaklığın tüzel kişiliği olmaması nedeniyle birinci dereceden sorumlulukları doğar: Q.v.: Şener, **op. cit.**, s. 81-86. Bu kapsamda adi komandit şirkette, yönetim hakkı olmayan ve bu nedenle de sorumluluğu yalnızca koyduğu veya taahhüt ettiği sermaye miktarı kadar olan komanditer ortakların asli bir yönetim görevini üstlendikleri durumda söz konusu sınırlı sorumluluklarından yararlanamayıp şirket alacaklılarına karşı kişisel malvarlığıyla da sorumlu olan komandite ortaklar gibi muamele görmeleri gerçekten de dikkate değerdir (TTK m. 319, m. 321/ f. 5 ve m. 325). Bu noktada sınırsız sorumlu olmanın şahıs şirketini gerektirmesi ve işleyişe aktif olarak katılım yoğunluğunun sorumluluğu genişletme ihtiyacını doğurması ile Roma Hukuku *peculium* işletmeleri arasındaki muazzam paralellige dikkat çekmek gerekir. Efendi ortakların işleyişe *voluntas*'ları aracılığı ile aktif olarak katıldıkları durumda sorumluluklarının, geri planda durdukları hallere nazaran genişleyerek *in solidum* olması belli ki benzer bir mantalitenin ürünüydü. Ayrıca bu durum Di Porto ve onun çizgisindeki İtalyan yazarların neden kendisine *peculium* verilen birlikte sahip olunan kölenin (efendinin işletmeye yönelik tavrının *ignorantia* veya *scientia* olduğu haller için) modern anonim ve limited ortaklıkların temeli olduğunu düşündüklerini de açıklar mahiyettedir.

³⁰⁹ Gerçekten de anonim şirketlerde geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesi şirket alacaklılarının özel olarak korunması gereğini beraberinde getirmektedir. Türk Ticaret Hukuku açısından anonim şirketlerde, malvarlığının korunması ilkesinin, sınırlı sorumluluğun bir neticesi olması ve birbirlerini tamamladıklarına ilişkin olarak q.v.: Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 121 ve 125; ayrıca söz konusu prensiplerin birbirlerini tamamlamalarına ilişkin olarak bir madalyonun iki yüzü tarzında bir analogi Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe numara 66'da şu şekilde ifade edilmiştir: "Güvenli kuruluş ile sermayenin korunması, anonim şirketin sınırlı sorumlu bir ticaret şirketi olmasından kaynaklanan ve birbirini tamamlayan iki taşıyıcı ilke veya bir taşıyıcı ilkenin iki yüzüdür..."

şirketin malvarlığını şirketin alacaklılarına şirket ortaklarının malvarlığını ise kendi alacaklılarına ayırmaktadır³¹⁰.

B. Devredilebilir Paylar ve Yatırımcı Mülkiyeti

Devredilebilir paylar, sermaye şirketlerini adi ortaklık ve diğer tüzel kişiliği haiz oluşumlardan ayıran bir özelliktir. Devredilebilirlik, şirketin, ortakların kimlikleri değişirken dahi kesintisiz olarak iş yapılabilmesine imkân verir ki böylece adi ortaklık ve diğer form girişimlerdeki üyenin çekilmesinden kaynaklanan karışıklıklardan kaçınılmış olunur³¹¹.

Tüzel kişiliğin sağladığı şirket malvarlığının tasfiyeye kaşı korunması hususu ile devredilebilir paylar birbirini tamamlar niteliktedir. Zira bu sayede şirket ile sözleşen karşı tarafın, şirketi oluşturan sözleşmeler ağının³¹² bir arada duracağına ilişkin güveni güçlü bir şekilde sağlanmış olurken bir yandan da likidite sağlanarak şirket paydaşlarının katılımda bulunmaya devam etmelerine yönelik bir kurala gerek kalmaz³¹³. Öyle ki payların kolay devredilebilirliği zaten müstakbel pay sahiplerinin yatırımlarını çeşitlendirerek risklerini azaltabilmelerini kendiliğinden sağlar³¹⁴. O nedenledir ki tek kişi ile sözleşme durumunda sözleşmenin devri, ifanın beklenen performansını düşürebilecekken³¹⁵, şirket ile sözleşilmesi durumunda pay devrinin sözleşmenin ifası açısından böyle bir etkisi olmamaktadır. Üstelik sözleşmenin devri durumunda karşı tarafın rızası da gerekeceğinden böyle bir durumda girişimi satmak ve yatırımları paraya çevirmek de zorken pay devrinin böyle güçlükleri yoktur³¹⁶.

³¹⁰ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 82 ve 83; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I Giriş, Adî Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, (Perdenin Kaldırılması, Birleşme, Bölünme Tür Değişirme) Kollektif, Komantit, Anonim, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 108.

³¹¹ Kraakman, **The Anatomy**, **op. cit.**, s. 10; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 109 ve 111.

³¹² Terimin ingilizce karşılığı olarak doktrinde “bundle of contracts” ifadesi kullanılmaktadır.

³¹³ Kraakman, **The Anatomy**, **op. cit.**, s. 10; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 111 ve 112.

³¹⁴ Öte yandan hukukumuz açısından payların serbest devredilebilirliği ilkesinin payın devrinin sınırlandırılmayacağı anlamına gelmediğini de belirtmekte fayda vardır. Zira hamiline yazılı payların devri zilyetliğin devri ile kolayca mümkünken (TTK m. 489) nama yazılı paylar söz konusu olduğunda devrilerinin kanunen (TTK m. 491) veya esas sözleşme hükmü ile sınırlandırılabilmesi söz konusudur (TTK m. 490/ f. 1). Q.v.: Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 111.

³¹⁵ Bu nedenledir ki sözleşmenin devri için karşı tarafın rızası aranır. TBK m. 205/ f. 2 “Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.”

³¹⁶ Kraakman, **The Anatomy**, **op. cit.**, s. 10.

Yatırımcı mülkiyeti ise sermaye yatırmaya bağılı olarak şirketi kontrol etme hakkı ve şirketin net karını elde etme hakkı olmak üzere iki hususu kapsar ki bu hakların kullanımı da şirkete yatırılan sermaye miktarı ile orantılı olur³¹⁷.

C. Yetkilendirilmiş Yönetim

Şirketin, fiil ehliyetini kazanabilmesi için zorunlu organlarını oluşturması gerekmektedir. Yönetim ve temsil yetkisini kullanabilmesi için ise yetkilendirilmiş bir yönetime ihtiyacı vardır. Böylece yönetim için ortaklar tarafından seçilen ve kendilerinden ayrı bir yapısı olan, birden çok üyeden oluşan bir kurul şirketlerin özelliklerinden olmaktadır³¹⁸. Şirketin sahiplerine nazaran bu şirket yöneticileri, sözleşmelerle şirketi bağlayabilme gücüne sahiptir. Zira adi ortaklıkta olduğu gibi olağan işlerin her ortak tarafından görülebildiği ve daha önemli işler için nitelikli çoğunlukların arandığı bir düzen öncelikle çok sayıda olan ve sürekli değişen ortaklar yüzünden ticaret şirketleri için işleyemez.

D. Tüzel Kişilik

Ticaret hukukunun bir ticari girişime yaptığı en önemli katkı, kendisini yöneten veya kendisine sahip olan bireylerden ayrı olarak, kendisi adına işlem yapmaya yetkili yöneticileri ile tek bir sözleşme tarafı olarak faaliyetlerde bulunabilmesine müsaade etmesidir³¹⁹. Öyle ki böylece şirket olarak örgütlenmiş bu girişimin malvarlığı ile onun sahibi pozisyonundaki hissedarlarının malvarlıkları arasında bir sınır çizilmiş olur.

Şirketin kendi malvarlığı üzerindeki yetkileri; onlar üzerinde tasarruf edebilmesi ve özellikle de alacaklılarının erişimine açık olması yönüyle önem arz eder. Malvarlığı ortaklardan ziyade şirkete ait olduğundan dolayı, onların kişisel alacaklıları

³¹⁷ Kraakman, *The Anatomy*, op. cit, s. 13;

³¹⁸ Gerçekten de şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi için yapılması gerekli bütün iş ve işlemler yönetim kurulunun yetkisindedir. Q.v.: TTK m. 374/ f. 1'e göre, "Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir."; Kraakman, *The Anatomy*, op. cit, s. 12; Hansmann/Kraakman, *The Essential Role*, op. cit, s. 392; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, op. cit, s. 112-115.

³¹⁹ Kraakman, *The Anatomy*, op. cit, s. 5.

tarafından müdahale edilmeleri de mümkün değildir. Malvarlığındaki bu ayrımın temel işlevi işletme malvarlığının korunmasıdır³²⁰.

İşletme malvarlığının korunması; şirketin borçlarına teminat olarak şirket malvarlığında şirket alacaklılarının öncelik hakkı bulunması³²¹ ve ortakların (ve alacaklılarının) şirket malvarlığından kendi paylarını borç ödemekten aciz duruma düştükleri vakit bile geri çekememeleri³²² ile sağlanmaktadır. Nihayetinde bu şekilde şirketin işletme değeri korunmuş olmaktadır.

Öncelik kuralı, hukukumuzda adi ortaklıklarda bulunurken, şirket malvarlığının tasfiyeye karşı korunması kuralı ise bulunmamaktadır. Gerçekten de TBK m. 638/ f. 2'ye göre, bir ortağın şahsi alacaklısı olan kimse hakkını ancak o ortağın tasfiye payı üzerinde kullanabilir. Kanunda öncelik kuralının benimsenmiş olması esasında adi ortaklıklar için genel kural olarak benimsenen elbirliği mülkiyet rejimi ile de tutarlıdır. Zira TMK m. 701/ f. 2'ye göre, elbirliği ile mülkiyette ortakların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri belirlenmiş bağımsız ve ayrı payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yayılmış haldedir. Böylece üçüncü kişiler kişisel alacakları için doğrudan ortaklık malvarlığına başvurudan (hacizden) menedilmişlerdir. Ortağın şahsi alacaklısının elindeki imkân o ortağa düşecek tasfiye payına veya kâr payına başvurmadır³²³. TBK m. 639/ b. 3'de sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın tasfiyedeki payının cebri icra ile paraya çevrilmesi, ortaklığı sona erdiren nedenlerden biri olarak sayılmıştır. Yani söz konusu olan ortaklık malları üzerinde haciz değil, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesidir. Böyle bir durumda ortaklığın devamı arzusunda olan diğer ortaklar TBK m. 633'deki şartlar doğrultusunda söz konusu kişiyi ortaklıktan çıkarabilirler. Dahası TBK m. 643'e göre, ancak ortaklığın borçları ödendikten sonra ortaklara katılım payları verilip varsa tasfiye bakiyesi kazanç paylaşılır.

Ortaklardan birinin alacaklısını tatmin için ortağın tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesinden başka, ortaklık kaynaklanan nedenlerle de tasfiye

³²⁰ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 82.

³²¹ Terimin ingilizce karşılığı olarak doktrinde “priority rule” ifadesi kullanılmaktadır.

³²² Terimin ingilizce karşılığı olarak doktrinde “liquidation protection” ifadesi kullanılmaktadır.

³²³ Şener, **op. cit.**, s. 26.

söz konusu olabilirdi. Zira TBK m. 633'e göre, sözleşmede ortaklığın, ortaklardan birisi nedeniyle sona ermesine neden olan belirli durumlarda ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm bulunması durumunda, söz konusu durum şahsında gerçekleşen ortağın kendisinin ayrılabilceği veya diğerleri tarafından yazılı bir bildirimle çıkarılabilceği öngörülmüştür. Dahası sözleşmede hiç kararlaştırılmamış olsa dahi niteliği gereği, bir ortağın diğer ortakların onayıyla ortaklıktan çıkarılması da her zaman için söz konusudur. Böyle durumlarda m. 634'e göre, çıkan veya çıkarılan ortağın payı kendiliğinden mevcut ortaklara geçer ve ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş gibi tasfiye payı kendisine ödenir³²⁴. Burada bahsedilen pay, ortağın ayrılma payı olup ortaklık sıfatının sona ermesiyle doğar³²⁵. Bu kapsamda ayrılma payı, ayrılan ortağın nisbi bir alacak hakkı olup ayrılma payının borçlusu da ortaklık yani diğer ortaklardır. Üçüncü kişi gibi değerlendirilen ayrılan ortağa karşı diğer ortaklar, ayrılma payından birinci dereceden, sınırsız ve müteselsilen sorumludurlar³²⁶.

Nihayetinde öncelikle ortaklık alacaklılarının tatmin edilmesi yönüyle öncelik kuralının işletildiği ve fakat ortağın tasfiyedeki payının gerek ortakların kişisel alacaklıları gerek de ortakların kendi alacakları nedeniyle cebri icra ile paraya çevrilip ortaklığın sona ermesine neden olabilmesi yönüyle de tasfiyeye karşı koruma kuralının işletilmeyerek adi ortaklıklarda zayıf bir malvarlığı korumasının benimsenmiş olduğu sonucuna ulaşıyoruz. Tasfiyedeki öncelik anonim şirketler için ise TTK m. 542/ f 1/ b. a'da şirketin tasfiyesinde tasfiye memurlarının, ilk tasfiye bilançosundan ve alacaklılara yapılan çağrı sonucundan anlaşılan duruma göre ortaklık borçları ortaklık varlığından fazla olmadıkça borçları ödemekle yükümlü oldukları şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca bir sonraki maddede de ortaklara pay bedellerinin, tasfiye halindeki

³²⁴ TBK m. 634'e göre, ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtarılacak, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payı kendisine ödenir. Madde 642 kıyasen göz önüne alındığında (çünkü iki durumda da ortağın payı tasfiye edilmektedir) katılım payı olarak bir şeyin mülkiyetini getiren kimseye tasfiye sonucunda o şeyin mülkiyeti olduğu gibi geri verilmez. Fakat koyduğu katılım payına ne değer biçilmişse o değer elde edilebilir.

³²⁵ Ayrılma payı, ayrılan ortağın diğer ortaklardan ifasını istemeye yetkili olduğu edimdir. Q.v.: Emre Türkmen, **Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019, s. 199 et. seq.

³²⁶ Türkmen, **op. cit**, s. 221.

ortaklığın borçları ödendikten sonra ödenebileceği belirtilmiştir³²⁷. Bu nedenle ticaret şirketlerinde güçlü bir malvarlığı koruması benimsenmişken adi ortaklıklarda ise zayıf malvarlığı koruması formu benimsenmiştir.

Malvarlıklarının korunmasına ilişkin bahsettiğimiz prensiplerin işlerlik kazanması tüzel kişilik ile birlikte bir malvarlığı ayrımı³²⁸ meydana getirir³²⁹. Bahsedilen ayırım tam olabileceği gibi kısmi de olabilecektir. Zira şirket alacaklılarının pay sahiplerine değil de yalnızca şirkete başvurabilmeleri, tüzel kişiliğin zorunlu sonucu değildir. Öyle ki şahıs şirketleri nazara alındığında tüzel kişiliğin varlığına rağmen, ortaklarının şartlar sağlandığında şirket alacaklılarına karşı sorumlu oldukları görülmektedir³³⁰.

İşte hangi tip alacaklıların hangi malvarlığından tatmin edilecekleri sonucuna da bu ayrıma göre ulaşılır. Buna göre işletme malvarlığının korunması prensibi ile şirket alacaklılarının öncelikle başvurabilecekleri malvarlığı, kişisel malvarlığının korunması prensibi ile de ortakların kişisel alacaklılarının başvurabilecekleri malvarlığı ayırt edilmiş olur³³¹.

1. İşletme Malvarlığının Korunması Formları

İşletme malvarlığının korunması prensibi³³² ile şirketin malvarlığını şirket ortaklarının kişisel alacaklılarından koruyan kurallar anlaşılır. Bu kuralların mahiyetine göre de söz konusu prensip üç şekilde tezahür edebilmektedir: Zayıf, güçlü ve tam malvarlığı koruması.

İşletme malvarlığının zayıf korunması ile şirket alacaklılarının şirket malvarlığının tasfiyesinde kişisel alacaklılara nazaran öncelik hakkına sahip olması

³²⁷ Şener, **op. cit.**, s. 642-649.

³²⁸ Terimin İngilizce karşılığı olarak doktrinde “asset partitioning” ifadesi kullanılmaktadır.

³²⁹ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 81; Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, **op. cit.**, s. 108.

³³⁰ Bu da demek oluyor ki Türk hukuku özelinde anonim şirketlerde bu tarz bir malvarlığı korumasının bir tercih olması söz konusudur. Q.v.: Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.**, s. 109; öte yandan tüzel kişiliklerinin varlığına rağmen kollektif şirketlerin ortakları, komandite ortaklar ve komanditer ortakların şirket alacaklılarına karşı ikinci dereceden sorumlulukları gündeme gelebilmektedir.

³³¹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1337; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, **op. cit.**, s. 12.

³³² Şirket malvarlığını şirket sahiplerinin kişisel alacaklılarına karşı koruyan kurallar özel olarak ihdas edilmek gerektiğinden işletme malvarlığının korunması prensibi -kişisel malvarlığının korunması prensibinden farklı olarak- şirketin ayrı bir hukuk süjesi olarak varlığının olmazsa olmazıdır. Q.v.: Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1340-1343; Kraakman, **The Anatomy**, **op. cit.**, s. 5-9.

sağlanır³³³. Bu da şirket ortaklarının kişisel alacaklılarının, şirket varlığına ancak şirket alacaklılarının alacaklarını tam olarak elde edebilmeleri halinde başvurabilecekleri anlamına gelir.

İşletme malvarlığının güçlü korunması ile ise öncelik hakkının yanında bir de tasfiyeye karşı koruma kuralı³³⁴ işletilir. Bu kural ile hem şirket ortaklarının³³⁵ hem de onların kişisel alacaklılarının³³⁶, malikin şirketin net varlıklarındaki payını tasfiyeye zorlama becerileri kısıtlanır³³⁷. Böylece şirket alacaklıları yalnızca şirket varlıklarına öncelikle başvurabilmeleri yönüyle değil, ayrıca başvuracakları varlığın önceden tasfiyesine karşı da korunmuş olurlar.

Şirket malvarlığının tam korunması durumunda ise şirket alacaklısı olmayan kimselerin şirket malvarlığına başvurabilmeleri, tasfiyede şirket alacaklıları tatmin edildikten sonra kalabilecek net varlığa başvurabilmeleri dahi, artık tümüyle mümkün değildir³³⁸. Zayıf korumada olduğu gibi şirket alacaklılarının tatmin edilmelerinden sonra kişisel alacaklıların da başvurabilmesi gibi bir durum bu halde mümkün değildir.

³³³ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1337; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 12; Türk hukukunda anonim şirketler için tasfiyedeki bu öncelik TTK m. 542/ f 1/ b. a’da şirketin tasfiyesinde tasfiye memurlarının, ilk tasfiye bilançosundan ve alacaklılara yapılan çağrı sonucundan anlaşılan duruma göre ortaklık borçları ortaklık varlığından fazla olmadıkça borçları ödemekle yükümlü oldukları şeklinde ifade edilmiştir. 543’üncü maddede de ortaklara pay bedellerinin, tasfiye halindeki ortaklığın borçları ödendikten sonra ödenebileceği belirtilmiştir. Q.v.: Şener, *op. cit.*, s. 642-649. Yine adi ortaklıklar için de TBK m. 643’te tasfiyede ancak ortakların borçları ödendikten sonra ve ortaklardan her birinin ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklık için yaptığı giderler ve koymuş oldukları katılım payları verildikten sonra bir şey artarsa (ki buna tasfiye bakiyesi denir), bu kazancın ortaklar arasında paylaştırılacağı öngörülmüştür.

³³⁴ Terimin İngilizce karşılığı olarak doktrinde “rule of liquidation protection” ifadesi kullanılmaktadır.

³³⁵ Terimin İngilizce karşılığı olarak doktrinde “liquidation protection against owners” ifadesi kullanılmaktadır.

³³⁶ Terimin İngilizce karşılığı olarak doktrinde “liquidation protection against creditors” ifadesi kullanılmaktadır.

³³⁷ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1338; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 12; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, *op. cit.*, s. 82; Türk hukukunda da TTK m. 133/ f. 2 düzenlemesine göre, sermaye şirketlerinde kişisel alacaklılar, alacaklarını pay sahibine düşen kar ve tasfiye payından elde edebilir ve ayrıca senede bağlanmış veya bağlanmamış payların haczedilerek paraya çevrilmesini de sağlayabilirler. Dolayısıyla anonim ortaklıklar için bir prensibin iki yüzünü temsil eden işletme malvarlığının ve kişisel malvarlığının karşılıklı olarak birbirlerinin alacaklılarına karşı tüzel kişilik maskesi altında korunması ile elde edilen malvarlığı ayrımı sayesinde şirketin zamansız tasfiyesi veya ortaklardan biri tarafından tasfiye tehdidi altında kalıp mevcut ve müstakbel ortakların ve dahi alacaklıların durumlarının olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmiş ve hem bağımsız bir hukuki kişilik olarak hem de bağımsız bir ekonomik faktör olarak şirketin zuhur edebilmesi sağlanmıştır.

³³⁸ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1338; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 12.

2. İşletme Malvarlığının Korunması Prensibinin Sağladığı Yararlar

Günümüzde ticari bir girişimin, organizasyonel form olarak kendisine tüzel kişiliği haiz kimi şirketleri seçmesi halinde, malvarlığı ayrımının da beraberinde geldiğinden ve bunun işletme malvarlığının korunmasına hizmet ettiğinden bahsettik. Zira günümüz dünyasında bu prensibin işlerliğine duyulan ihtiyaç ticaret şirketlerince benimsenmesine neden olmuştur. Öte yandan Roma, hukukunun gelişmişliği ve yüksek ticaret hacmine rağmen ticareti karşılayan temel araçlarından *societas*'a en azından zayıf şekliyle bile olsa malvarlığı koruması sağlamamıştı³³⁹. Sağlamış olduğu *societas publicanorum*'u ise sadece kamu sektörü için kullanmış ve nihayetinde de ilga etmişti. Bu nedenle bu başlık altında işletme malvarlığının korunması prensibinin sağladığı yararları kısaca değinmek yerinde olacaktır. Çünkü prensibin sağladığı yararların Roma ticaretine de hizmet edebileceğinden ve ihdası için gerekli araçların Roma hukukunca hali hazırda kullanımda olduğundan hareketle Romalılarca pratik edilmemiş olduğunu düşünmüyoruz.

Prensibin sağladığı yararlardan alacaklı izleme maliyetlerini düşürmesi, yönetici temsilci maliyetlerini düşürmesi ve iflasın idari maliyetlerini düşürmesi şeklindekiler sadece şirket alacaklılarının şirket malvarlığına başvuruda öncelikli olmalarından doğdukları için zayıf, güçlü veya tam formuyla olsun şirket malvarlığının korunduğu her halde söz konusudur³⁴⁰. İşletme değerinin korunması, devredilebilir hisseler ve sermaye birikimi ile yatırım çeşitliliği şeklindeki diğer yararlar ise daha ziyade tasfiyeye karşı koruma kuralından kaynaklanmakta ve bu yüzden de şirket malvarlığının güçlü korunduğu hallerde söz konusu olabilmektedir³⁴¹.

³³⁹ Conison, Roma Hukukunun, *peculium castrense* hariç (ki bir organizasyonel form değildir) hiçbir Roma özel işletmesi organizasyonel formuna zayıf haliyle bile olsa malvarlığı koruması sağlamadığını savunmaktadır: Q.v.: Alexander Conison, **The Organization of Rome's Wine Trade**, Phd Dissertation, Michigan, 2012, s. 77.

³⁴⁰ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, op. cit, s. 1343 ve 1344.

³⁴¹ **Ibid.**

a. Alacaklı İzleme Maliyetlerini Düşürmesi³⁴²

İşletme malvarlığının korunması prensibi ile alacaklılar önceden görüp değerlendiremeyecekleri risklere karşı korunarak daha düşük maliyet sağlanmaktadır. Sağlanan faydayı daha iyi anlamak üzere doktrinde incelenen bir düşünce deneyini³⁴³ özü itibariyle ifade etmekte yarar görüyoruz:

Floransa, Bruges ve Roma’da bulunan farklı ortaklıkların ortağı olan bir tüccar düşünelim. Ortakların sorumluluklarının müştereken ve müteselsilen olduğu bir halde, bu farklı bölgelerdeki işletmelerin malvarlıklarının birbirlerine karşı korunmadığı bir durumda Floransa işletmesinin alacaklıları tüccarın tüm malvarlığına dolayısıyla da diğer şehirlerdeki ortaklık paylarına başvurma hakkına sahip olacaklardır. Dolayısıyla Floransa işletmesinin borçlarını ödemekteki bir başarısızlığı, Bruges ve Roma işletmelerinin alacaklıları için mevcut güvenceyi, malvarlığını tehdit edebilecektir. Bu da demek oluyor ki Roma işletmesi ile iş yapacak kişinin bu işletmenin kredibilitesini tespit edebilmesi için sadece onun verilerini değil ayrıca Floransa ve Bruges işletmelerinin verilerini de değerlendirmesi gerekir. Fakat Roma’daki potansiyel bir alacaklının Floransa ve Bruges’teki işletmeler hakkında bilgi edinmesi masraflı olacağı gibi ayrıca işletmelerin faaliyet alanlarının farklı olması halinde elde edilen bilgiyi değerlendirmek de zor ve masraflı olacaktır. Fakat eğer Roma işletmesinin malvarlığı, zayıf formda dahi olsa, korunuyor olsaydı, bu halde işletmenin potansiyel müşterileri için kredibilite tespitinde değerlendirilmesi gereken sadece Roma işletmesinin durumu olurdu. Potansiyel müşterilerin/ alacaklıların ayrıca Floransa ve Bruges işletmeleri/ ortaklıkları hakkında bir değerlendirmede bulunmaları gerekmezdi. Zira Roma işletmesinin malvarlığı üzerinde kendi alacakları için diğer işletmelerin alacaklılarına nazaran öncelik hakkına sahip olurlardı. Ancak onlar tatmin edildikten sonra diğer işletmelerin alacaklıları başvuruda bulunabilirlerdi.

Bu düşünce deneyi sonucunda ulaşılan sonuçlar şöyledir:

-İşletme malvarlığının korunuyor olduğu durumda, Roma ortaklığının/ işletmesinin malvarlığı öncelikle bu işletmenin alacaklılarına tahsis edilmiş oluyordu. Bu durumda Roma işletmesinin alacaklılarının diğer işletmelerin alacaklılarına

³⁴² Hansmann/ Kraakman, *The Essential Role*, op. cit, s. 399-401.

³⁴³ Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, op. cit, s. 1344.

nazaran daha avantajlı duruma geçecekleri düşünülebilir. Fakat belirtmek gerekir ki diğer işletmelerde de işletme malvarlığının korunması prensibinin benimsenmesi üzerine bu dengesizlik aşılabilirdi.

-İşletme malvarlığının korunması prensibi, benimsendiği durumlarda alacaklılara durumunu kolayca izleyip değerlendirebilecekleri işletmeler ile yüzleşecekleri riskleri sınırlandırabilme imkânı tanımış oluyor³⁴⁴.

b. Yönetici Temsilci Maliyetlerini Düşürmesi

İşletme malvarlığının korunması prensibi aracılığıyla tesis edilen malvarlığı ayırımı ile alacaklıların başvurabilecekleri bir malvarlığının bu şekilde önceden belirlenmesi aynı zamanda, ortaklık temsilcisinin temsil (yetkisi) sınırlarını aşarak aşırı borçlanması riskini de azaltmaktadır³⁴⁵. Yukarıdaki düşünce deneyi üzerinden devam edilirse³⁴⁶:

Floransa, Bruges ve Roma’da ticari faaliyetlerde bulunmak isteyen tüccarımız iki tür ortaklık yapısından birini seçecektir: Ya üç işletmenin yöneticilerinin aynı zamanda ortağı oldukları büyük bir ortaklık ya da tüccarımızın her işletme yöneticisiyle ortak olduğu ayrı ayrı iki kişilik üç küçük, malvarlıkları birbirlerine karşı korunan ortaklık. Ortaklarının şirket hesabına ister ticari ister kişisel amaçlarla, aşırı borçlanacağını düşünen tüccarımız iki kişilik üç ortaklık yapısını benimseyecektir. Zira tek ortaklık yapısı benimsendiğinde her yönetici ortak kendi borcu için tüm işletmelerin malvarlıklarını bağlayabilecektir. Fakat malvarlıklarının korunduğu üç ortaklıklı bir yapı tercih edildiğinde prensip gereği her yönetici ortağın işletmesindeki malvarlığına başvuruda, o işletme ile işlem yapan alacaklı öncelikli olacaktır. Borç ödeyemezlik durumuna düşüldüğünde de malvarlığının korunması prensibi, işletmenin yöneticisi tarafından yapılan aşırı borçlanmanın maliyetine söz konusu işletmenin alacaklılarının katlanma oranını artırmaktadır. Bunu bilen işletme alacaklıları, işletme ile yapacakları işlemlerde daha temkinli olacaklar ve ortakların iradelerini aşma eğilimli işletme yöneticisi disipline olacaktır.

³⁴⁴ Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, op. cit, s. 1345.

³⁴⁵ *Ibid.*, s. 1346.

³⁴⁶ *Ibid.*

c. İflasın İdari Maliyetlerini Düşürmesi

Malvarlığının korunması prensibinin sağladığı bir diğer yarar iflas durumunda malvarlığının tasfiyesinde sağladığı kolaylıktır. Varsayılan ödeme kuralı; borçlunun, alacaklılarının erişimine açık olan tüm malvarlığının tüm borçlarına oranı ölçüsünde ödenmesidir ki bu icrası yavaş ve masraflı bir kuraldır³⁴⁷. Çünkü mahiyeti gereği borçlunun yasal olarak dava edilebilir tüm yükümlülükleri belirlenene kadar malvarlığının alacaklılara dağıtılmasını imkânsız kılar³⁴⁸.

Örnek üzerinden devam edersek³⁴⁹, malvarlığının korunması prensibinin benimsenmediği bir durumda Roma işletmesinin iflası halinde bu işletmenin alacaklılarına ödenecek miktarın tespitinde; işletmenin tüm ortaklarının hem şahsi alacakları, borçları ve malvarlıkları hem de ortağı oldukları başka ortaklıkların alacakları, borçları ve malvarlıkları belirlenmek gerekir. Öte yandan malvarlığının korunması prensibi, iflas mahkemesinin ortakların kişisel yükümlülükleri miktarına bakmaksızın, işletmenin malvarlığını işletmenin alacaklılarına, işletmenin yükümlülükleri belirlendiği anda dağıtımını mümkün kılar ki bu halde tasfiye daha hızlı ve masrafsız cereyan eder. Böylece mahkemenin Roma işletmesi alacaklılarına ödenecek miktarı belirlerken ortakların şahsi durumlarını ve ortağı oldukları diğer işletmelerin durumlarını tespit etmesi için masraf yapması ve zaman harcaması gerekmez.

Bay A ve Bay B'nin ortağı oldukları bir işletmeyi düşünelim.

<u>Bay A'nın aktifi</u> = 20	<u>Bay B'nin aktifi</u> = 10	<u>İşletmenin Aktifi</u> = 30
x'e borcu = 10	k'ya borcu = 25	d'ye borcu = 5
y'ye borcu = 20	l'ye borcu = 30	e'ye borcu = 15
z'ye borcu = 70	m'ye borcu = 95	f'ye borcu = 30

İşletme malvarlığının korunmadığı bir durumda alacaklıların öncelik hakkı da bulunmayacağı için işletmenin yukarıdaki gibi borç ödeyemez hale gelmesi

³⁴⁷ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, op. cit, s. 1347; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, op. cit, s. 8.

³⁴⁸ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, op. cit, s. 8.

³⁴⁹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, op. cit, s. 1347.

durumunda tasfiye orantılı olarak yapılacak bu nedenle de tüm ortakların hem şahsi hem de ortağı oldukları tüm ortaklıkların malvarlığının ve borçlarının hesaplanması gerekecektir. Yukarıdaki verilere dikkat edersek işlem kolaylığı açısından Bay A ve Bay B'nin ortağı oldukları tek bir ortaklık verilmiştir. Oysa başka ortaklıklara da katılmış olmaları durumunda daha da karmaşık bir hesaplama girişilmesi gerekeceğine dikkatleri çekmek istiyoruz.

$$\frac{\text{Tüm Aktifler}}{\text{Tüm Pasifler}} = \frac{20+10+30}{100+150+50} = \frac{60}{300} = \frac{1}{5}$$

Oranın 5'te 1 olduğu tespit edildikten sonra bu oranın tüm alacaklıların alacaklarına uygulanması ile alacaklarının ne kadarını tahsil edebilecekleri belirlenmiş olur. Böylece;

x'e = 2	k'ya = 5	d'ye = 1
y'ye = 4	l'ye = 6	e'ye = 3
z'ye = 14	m'ye = 19	f'ye = 6

birim ödenecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken bütün ortakların ve ortaklıkların aktif ve pasifleri hesaplanmadan ortaklık alacaklıları olan d, e ve f'ye ödeme yapılamayacağıdır.

Öte yandan malvarlığının korunması prensibinin geçerli olduğu olasılıkta işletme alacaklılarına yapılacak ödemenin tespitinde göz önünde bulundurulacak oran,

$$\frac{\text{İşletmenin Aktifi}}{\text{İşletmenin Pasifi}} = \frac{30}{5+15+30} = \frac{30}{50} = \frac{3}{5}$$

olarak belirlenir ve oran 5'te 3 olduğuna göre işletmeden olan alacaklara bu oran uygulanarak hangi alacaklının ne kadar alacağını tahsil edebileceğine ulaşılır.

$$d'ye = 3$$

$$e'ye = 9$$

$$f'ye = 18$$

Malvarlığının korunması prensibinin benimsenmesi işletmenin alacaklılarına ödenecek miktar belirlerken ortakların şahsi durumlarını ve ortağı oldukları diğer işletmelerin durumlarını tespit etmeyi gerektirmez. Zira işletmenin malvarlığına başvuruda işletme alacaklılarının öncelik hakkı vardır. Bu nedenle işletmenin malvarlığı işletmenin alacaklılarına, işletmenin yükümlülükleri belirlendiği anda tasfiye edilebilir. Ayrıca dikkat edildiği üzere prensibin benimsenmesi etkisini, işletme alacaklılarının alacaklarından tahsil edebildikleri kısmın artmasında da göstermiştir.

d. İşletme Değerinin Korunması

İşletme malvarlığının korunması, yalnızca işletme alacaklılarının işletme malvarlığında öncelikli olmaları yönüyle yani zayıf form ile değil, öncelik kuralıyla beraber tasfiyeye karşı koruma kuralının işletilmesi ile güçlü olarak korunduğunda elde edilen bir yarar olarak karşımıza çıkar³⁵⁰. Nihayetinde işletme malikinin dilediği vakit varlıklarını işletmeden çekebilmesi kendisi için değerli de olsa birden fazla ortağı bulunan bir işletme söz konusu olduğunda maliklerden biri tarafından bu şekilde bir geri çekilmenin işletmenin değeri üzerindeki yıkıcı etkisi tüm ortaklar üzerinde olacaktır³⁵¹. Mümkündür ki çoğu durumda ortaklardan birinin menfaati ile ortaklığın menfaati veya onu teşkil eden diğer ortakların menfaati çatışacaktır.

Bu nedenledir ki işletme sahibi ortakların sıklıkla belirli süreler için veya ortakların çoğunluğu tasfiyede karar kılana dek geri çekilme haklarından feragat ettikleri görülür. Malvarlığının çekilmesi zararlarının önlenmesi ortak sayısına da olumlu yansyarak, tasfiyeye karşı koruma kuralını ortakların sayıları arttıkça daha da değerli kılar³⁵². Geri çekilme hakkından feragatin tam olarak etkili olabilmesi için feragatin sadece malikleri değil ayrıca onların kişisel alacaklılarını da bağlaması gerekir³⁵³.

³⁵⁰ Hansmann/ Kraakman, *The Essential Role*, op. cit, s. 403 ve 404.

³⁵¹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, op. cit, s. 1348.

³⁵² *Ibid.*, s. 1349.

³⁵³ *Ibid.*

e. Sermaye Birikimi, Yatırım Çeşitliliği ve Devredilebilir Hisseler³⁵⁴

İşletme varlığının korunması prensibi, işletme sahiplerinin birbirlerinin işletme dışı iktisadi ilişkilerini izleme ihtiyacını azaltarak, özellikle aile, arkadaş ve izlenmesi veya güvenilmesi kolay kimseler dışından da ek sermaye yatırımcıları getirebilmeyi sağlar. Özellikle de tasfiyeye karşı koruma kuralının da işletildiği yani bu prensibin kuvvetli şeklinin işletildiği durumlarda, kişilerin birden fazla işletmeye yatırım yaparak risklerini değişik alanlara dağıtmalarını kolaylaştırır. Ayrıca maliklerin birbirlerinin aktivitelerini izleme ihtiyaçlarını düşürmesiyle aynı nedenden dolayı, malikin kimliği üzerindeki kısıtlamaların önemini de düşürür ve böylece payların serbestçe devredilebilirliğini destekler.

3. Şirket Malvarlığının Korunması Prensibinin Maliyeti Olarak Fırsatçılık

Bu maliyet kaynağını esasında malvarlığı ayrımını tesis etmeye yönelik prensiplerden alır. Zira ortakların, işletme malvarlığının korunması prensibini kişisel mallarını işletmeye kaydırmak suretiyle alacaklılarını zarara uğratarak kötüye kullanmaları ve kişisel malvarlığının korunması prensibini de ortaklık dışına malvarlığı kaydırarak ortaklık alacaklılarını zarara uğratmak suretiyle sınırlı sorumluluklarını kötüye kullanmaları ve fırsatçılık yapmaları mümkündür³⁵⁵. Malvarlığının bu şekilde işletme içine veya dışına kaydırılmasındaki en göze batan faktör ortak sayısıdır³⁵⁶. Karşılıklı olarak hepsi için de yararlı olmadıkça bir kısım malvarlığının fırsatçılıkla kaydırılmasına ortaklar müsaade etmeyeceklerdir. Bu da demek olur ki ortakların sayısı arttıkça fırsatçı hareketler azalacaktır. Fakat ortaklık sayısının bu etkisi daha ziyade işletme malvarlığını dışarıya kaydırma durumunda

³⁵⁴ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1350; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, *op. cit.*, 111.

³⁵⁵ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 8 ve 9.

³⁵⁶ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1351; gerçekten de tek kişilik anonim ve limited şirketlerde tek pay sahibinin kişisel ve şirket malvarlığının karışması durumu şirket alacaklıları açısından risk oluşturur. Zira böyle bir durum malvarlıklarının ayrılması ve birbirlerinin alacaklılarına karşı korunması prensiplerinin işlevsiz kılınmasına neden olur ki böyle bir kötüye kullanma durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelebilecektir. Q.v.: Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, *op. cit.*, 83.

görülür. Zira bir ortağın kişisel bir malını işletmeye kaydırmadaki menfaatinin diğer ortaklar nazarında bir değeri yoktur.

4. Kişisel Malvarlığının Korunması Formları

Kişisel malvarlığının korunması prensibi ile şirket sahiplerinin kişisel malvarlığını şirketin alacaklılarına karşı koruyan kurallar anlaşılır. Şirketin ayrı bir hukuk süjesi olarak varlığı için merkezi bir öneme haiz olmaması, -karmaşık, ayrıntılı ve hayli masraflı da olsa- sözleşme akdederek de sağlanabilmesindendir³⁵⁷. Öte yandan işletme malvarlığının korunması prensibinin kanun hükmü bulunmadan sözleşme ile sağlanması ise mümkün değildir³⁵⁸.

Kişisel malvarlığının zayıf korunması ile şirket sahiplerinin kişisel malvarlıklarına başvuruda kişisel alacaklıların şirket alacaklılarına nazaran öncelikli olması sağlanır³⁵⁹.

Kişisel malvarlığının tam korunması ile ise şirket alacaklıların şirket ortaklarının kişisel malvarlığına müdahaleleri engellenerek, şirket malvarlığına yönlendirilmeleri sağlanır³⁶⁰. Sınırlı sorumluluk şeklinde yaygın olarak tezahür etmektedir.

³⁵⁷ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.** s. 1339, 1340; Hawk, **op. cit.** s. 255.

³⁵⁸ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.** s. 1339; zira Türk hukukunda da şirket alacaklılarının pay sahiplerine değil de yalnızca şirkete başvurabilmeleri, tüzel kişiliğin zorunlu sonucu değil, fakat bir tercihtir. Q.v.: Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.** s. 109.

³⁵⁹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.** s. 1339.

³⁶⁰ **Ibid.**; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, **op. cit.** s. 108. Hukukumuzda anonim ortaklığın alacaklıları ortaklık borçları dolayısıyla paysahiplerine başvuramazlar. Bu kuralın yegane istisnası tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır. Q.v.: Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, **op. cit.** s. 306.

İKİNCİ BÖLÜM

NEGOTIATIO PER SERVOS COMMUNES

I. NEGOTIATIO PER SERVOS COMMUNES VE UNSURLARI

A. Negotiatio per Servos Communes'in Tanımı

Negotiatio per servos communes iki veya daha fazla kişinin birlikte ticaret yapmak gayesiyle müştereken sahip oldukları bir köleye yine müştereken sahip oldukları bir malvarlığını *peculium* olarak ihdas etmeleri ile meydana gelen ve üçüncü kişilerce efendiye karşı yöneltilebilen munzam davalarla desteklenen bir sermaye birlikteliği idi. Belirtmek gerekir ki bu oluşum hukuki bir form olmayıp daha ziyade fiili bir durumdu. Bu tarz bir sermaye birlikteliğine vücut verecek gerekli hukuki altyapının zaman içerisinde tekamülüne ermesi, ticarete bulunacak tarafların menfaatlerinin gerektirdiği hususların Roma hukuku özelinde *praetor*'lar tarafından dikkate alınarak çareler sunulması ile mümkün olmuştu. Klasik *societas*'a nazaran sağladığı birtakım avantajlar nedeniyle Romalılarca birlikte ticaret yapmak için başvurulan bir tercihti.

B. Negotiatio per Servos Communes'in Unsurları ve Niteliği

Negotiatio per servos communes'in yapısı incelendiğinde bu fiili durumun unsurları olarak; yönetici olan birden fazla efendinin hakimiyetine tabi bir kölenin varlığı³⁶¹, bu köleye ticaret yapıp artırması ve efendilerini zenginleştirmesi için tesis edilen sermaye olarak *peculium*³⁶² ve üçüncü kişilerin böyle bir yapıyla hukuki ilişki içerisine girmelerini teşvik edecek hukuki koruma olarak ilgili munzam davalar³⁶³ sayılabilir.

³⁶¹ İkinci Bölüm, I, B, 2.

³⁶² İkinci Bölüm, I, B, 3.

³⁶³ İkinci Bölüm, I, C.

Söz konusu fiili durum, yapıyı inceleyen veya temas eden kimi yazarlarca bir organizasyonel form olarak değerlendirilmiş³⁶⁴ bazılarınca da organizasyonel bir form olarak addedilmesi abartı bulunup *societas*'ın yapısal dezavantajlarının *peculium* ile hafifletilip desteklenmiş bir ortaklık olarak değerlendirilmiştir³⁶⁵. Öyle ki *societas*'ın ortaklarından ayrı bağımsız bir varlığı yokken bu yapının, yöneticisinin köle olması nedeniyle ortaklarından ayrı bir irade üretilip ortaya koyması, karar alıp hareket etmesi, belirli sınırlar dahilinde mümkündü. Dolayısıyla Romalıların, işletmeyi ortakların kimliğinden ayırmayı, fiili olarak, köle ve ona tahsis edilen işletme malvarlığı *peculium* üzerinden bir şekilde başarmış oldukları anlaşılmaktadır.

Negotiatio per servos communes'i *societas*'ın ileri bir versiyonu olarak görmek muhtemelen en çok farklılaşan sorumluluk rejimi nedeniyle çekici gelmektedir. *Societas*'ta mevcut olan sorumluluk rejimine göre, ortaklar şirket amacını gerçekleştirmeye yönelik işlemleri yapmaya yetkili ve görevli olup, bu işlemler nedeniyle de üçüncü kişilerce yalnızca kendileri dava edilebilirler. Ortakların, ortaklık veya diğer ortaklar adına ve hesabına doğrudan işlem yapamamalarının yarattığı bu sıkıntı ise üçüncü kişiler için istenmeyen bir durumdur. *Societas*'a nazaran bir *peculium* işletmesinde ise kölenin üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerden dolayı efendilerin *peculium* miktarı kadar sorumlu tutulabilmeleri büyük bir farklılık ve yeniliktir.

Gaius, kolektif nitelikli bir *peculium* işletmesinde yani birden fazla efendisi bulunan bir kölenin işletmesinde, alacaklı üçüncü kişinin efendi maliklerden dilediğine tüm *peculium* miktarı kadar (*dumtaxat peculio*) başvurabileceğini ifade

³⁶⁴ Andrea Di Porto, *Impresa Collettiva e Schiavo 'Manager' in Roma Antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Giuffrè, Milano, 1984; Feliciano Serrao, *Impresa e Responsabilità a Roma nell'Età Commerciale: Forme Giuridiche di un'Economia-Mondo*, Pacini Editore, 2002; Barbara Abatino/Giuseppe Dari-Mattiacci/ Enrico C. Perotti, “Depersonalization of Business in Ancient Rome”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 2, 2011; András Földi, “Remarks on the legal structure of enterprises in Roman Law”, *Revue Internationale des Droits de L'antiquité*, No. 43, 1996.

³⁶⁵ Fleckner Andreas Martin, *Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln/ Weimar/ Wien: Böhlau, 2010; Jean Andreau, *Banking and Business in the Roman World*, Cambridge University Press, 1999; Alexander Conison, *The Organization of Rome's Wine Trade*, Phd Dissertation, Michigan, 2012, s. 76-100; Silver Morris, “At The Base of Rome's Peculium Economy”, *Fundamina: A Journal of Legal History*, Volume 22, Number 1, 2016, s. 69; Milena Polojac, “Societas and its Management”, *Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies*, vol. 2, no. 1, 2013, s. 143 ve 144; Barry Hawk, *Law and Commerce in Pre-Industrial Societies*, Brill Nijhoff, Boston, 2015, s. 233 et seq.

ederken³⁶⁶ ayrıca efendi maliklerin müteselsil sorumluluğunu da bizlere haber vermiş oluyor. Ulpianus, Paulus ve yine Gaius'tan ulaşan diğer metinlere³⁶⁷ göre de sadece girişimcinin köle olduğu *peculium* işletmeleri bakımından değil ayrıca girişimcilerin efendiler olup kölenin sadece sınırları çizilmiş bir alanda yönetici görevi gördüğü organizasyonel formdaki deniz ve kara işletmelerinde de benimsenen sorumluluk rejimi efendi ortakların borcun tamamından (*in solidum*) sorumlu tutulacakları şeklindeydi.

Görülen o ki söz konusu hukukçular hem *praetor*'un artık müsaade ettiği üzere efendiyi sorumlu tutabilmenin nimetlerinden yararlanmış hem de ortaklar arası hakkaniyeti üçüncü kişiye ödeme yapan ortağın iç ilişkide diğer ortaklardan *actio pro socio* veya *actio communi dividundo* ile talepte bulunabilmeleriyle sağlamışlardır.

Söz konusu metinler ayrıca *negotiatio per servos communes*'in, *societas* üzerine bina edilen ve onu daha kullanışlı hale getiren bir versiyonu olarak görülmesini de destekler niteliktedir. Zira ortaklık davası olan *actio pro socio*'nun *peculium* işletmeleri özelinde de veriliyor olması arka planda bir *societas*'ın varlığını işaret eder niteliktedir. Dolayısıyla birkaç kişi ortak bir köle üzerinden iş yapmak için bir araya geldiğinde bir *societas* zaten düzenli olarak var olacaktır şeklinde düşünülebilir. Kanımızca da ortak bir köle aracılığı ile ticaret yapabilmek üzere bir araya gelmek çoğu zaman için bünyesinde *affectio societatis*'i barındıracaktır. Kaldı ki köle ile işlem yapacak üçüncü kişilerin böyle bir birlikteliği *societas*'tan başka tür bir girişime yorabileceklerini de düşünemiyoruz.

Öte yandan bir araya gelen efendiler bir ortak köle (*servus communis*) aracılığıyla ortak projelerini finanse edecekleri vakit aynı zamanda bir *societas* kurmak zorunda da değillerdi. Zira söz konusu metinlerde *actio pro socio*'dan başka birlikte mülkiyeti bölme davası olan *actio communi dividundo*'ya da işaret edilmiştir. Gerçekten de efendi maliklerin kendilerini işletmeye yönelik *ignorantia*³⁶⁸

³⁶⁶ D. 15. 1. 27. 8 (Gaius libro nono ad edictum provinciale).

³⁶⁷ D. 14. 1. 1. 25 (Ulpianus libro 28 ad edictum); D. 14. 1. 2 (Gaius libro nono ad edictum provinciale); D. 14. 1. 3 (Paulus libro 29 ad edictum); D. 14. 3. 13. 2 (Ulpianus libro 28 ad edictum); D. 14. 3. 14 (Paulus libro quarto ad Plautium)

³⁶⁸ *Ignorantia* ifadesi, efendinin işletmenin faaliyetlerine dahil olma derecesini ifade eden terimlerden biri olup kendisine bağımlı olanların faaliyetlerinden habersiz olduğunu ifade etmek için kullanılır. Farklı müdahale dereceleri *ignorantia*, *scientia* ve *voluntas* olarak ifade edilip karşılıklarını bu hallerde efendinin sorumlu tutulacağı munzam davalarda bulmuşlardır. İlgili bilgiler için q.v.: İkinci Bölüm, I, C, 1, a, (1) ve Üçüncü Bölüm, IV.

pozisyonunda tutarak köleye birlikte malik oldukları malvarlığını *peculium* olarak vermeleri halinde *societas* var olmaksızın hayata gelen birlikte mülkiyet üzerine bina edilmiş bir *negotiatio per servos communes* söz konusu olabileceğini de düşünmekteyiz. Nihayetinde *actio pro socio*'nun ortaklık akdinden kaynaklanan masrafların, zararların ve elde edilen kârların talepleri için sağladığı imkânı *actio communio dividundo* da tarafların birlikte mülkiyet ilişkisinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri için sağlayabiliyordu.

Diğer tür oluşumlardan farklı olarak *negotiatio per servos communes*, özellikle alacaklıları zarara uğratmayacak ölçüde bir süreklilik sağlayabiliyordu. *Societas* kapsamında bir yenisi kurulmadan gerçekleştirilemeyen yeni ortak alımı ve mevcut ortakların değişmesi, basitçe köle üzerindeki payın devri ile gerçekleştirilebiliyordu. Dahası ortaklık davasının ortaklığı sona erdirmeden açılabilmesi bir diğer avantajıydı. Zira ortaklık ilişkisi yükümlülükleri üzerine açılan *actio pro socio* ile *affectio societatis*'in sona erdiğinin zımni olarak kabul edildiği ve bu nedenle de ortaklık ilişkisinin sona erdiği şeklinde *societas* bahsinde yapılan açıklamaların *negotiatio per servos communes*'in bünyesine uyması söz konusu değildir. Kanımızca ticaret yapması için *peculium* verilen köle ve *peculium* üzerindeki hakimiyet ilişkisinin devamı, açılan ortaklık davasına rağmen *affectio societatis*'in devam ettiğine yönelik güçlü bir delildir. Yani her *actio pro socio*, *negotiatio per servos communes*'i sona erdiremezken, *peculium*'un ortaklarca köleden geri çekilmesi her durumda ortaklığı sona erdirebiliyordu. Öte yandan *actio communi dividundo*'nun açılması müştereken malik olunan *peculium* malvarlığının dağılmasına neden olacağından ortaklık ilişkisini de sona erdirmesi gerekirdi.

Ticari işletmede sorumluluğun sınırlı tutulmasına imkân tanıyarak risk paylaşımının efendilerce belirlenmesini mümkün kılması belli ki efendilerce oldukça arzulanan bir durumun yansımasıydı³⁶⁹. Buna karşılık üçüncü kişilerin de işletme

³⁶⁹ Örneğin çift dereceli *peculium* işletmelerinin efendinin sınırlı sorumluluğunu sağlayan bir denizcilik faaliyetine müsaade etmesi onu, efendiler için en ideal organizasyonel form haline getiriyordu: Q.v.: Johnstone, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 104 ve 105. Deniz ticaretinde *societas*'ın risk paylaşımı için yaygın olarak kullanılması (q.v.: Hawk, *op. cit.*, s. 223) gerçekten de *peculium* kurumu ile daha işlevsel hale getirilmiş olabilirdi.

yöneticisi tarafından yapılan işlemlerin efendileri bağlayabilmesinde mevcut olan menfaati, *praetor* icadı munzam davalarla karşılanmaya çalışılmıştı³⁷⁰.

Sonuçta ortaya çıkan durumda ortakların malvarlığı ile ortaklığın malvarlığının ayrılıp birbirlerine karşı korunabilmesi *de iure* gerçekleştirilmemiş ise de bu tarz bir sermaye birlikteliği ile *de facto* gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle olacak ki hemen herkesin üzerinde mutabık kaldığı tek husus, bu tarz bir örgütlenmenin *societas*'ın yapısı itibariyle haiz olduğu bazı dezavantajlarını hafiflettiği olmuştur.

Unsurların incelenmesine geçmeden önce bu noktada akıllara takılabilecek birkaç hususa işaret etmenin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Aile evladına da *peculium* tahsis edilebilmesi mümkün olduğuna göre kölenin tercih edilmesinin nedeni sorgulanabilir. Kölenin, söz konusu fiili durumun merkezinde olmasını hem *peculium* ile olan özel ilişkisinde hem de kendi mahiyetinde aramak gerekir. Zira köleye verilen *peculium* zaman içerisinde değişmeden kalmışken, aile evladına tahsis edilen *peculium* ise zamanla malvarlığı ehliyetine giden yolu teşkil etmiştir. Ayrıca aile evladına birlikte sahip olunabilmesi mümkün değilken kölenin *res* niteliği gereği bunun mümkün olması kolektif girişimlere imkân tanımıştır. Dahası aile evladına para ödücü verilmesinin *Senatus Consultum Macedonianum* ile yasaklanmasının ticarete büyük ölçüde ket vurmasına rağmen köleler için böyle bir yasağın hiçbir zaman getirilmemiş olması, emeğin hor görülmesinin hür Romalıları caydırıcı etkisi ve ticaretin *operae illiberalis* mahiyeti gibi pek çok nedenden dolayı nitelikli köleler bu iş için aranan kaftandı³⁷¹.

Sorgulanabilecek bir diğer husus ise *negotiatio per servos communes* kapsamında *peculium*'un, *societas* nezdindeki ortaklık malvarlığından farkıdır. Aslında *societas* kapsamında ortakların malvarlığından ayrı bir malvarlığının bulunmayışı böyle bir sorgulamayı gereksiz kılar gibi görünebilir. Fakat önceki bölümde incelendiği gibi zaman içerisinde konusu sınırlı bir ortaklık ihtiyacının artması üzerine ortaklığın türüne göre ya ortakların tüm malvarlığı üzerinde ya da ortaklık amacıyla sınırlı bir kısım malvarlıkları üzerinde müşterek bir mülkiyet tesisi mümkün olmuştu. Dolayısıyla hem ortaklık malvarlığı hem de *peculium* üzerinde

³⁷⁰ İkinci Bölüm, C.

³⁷¹ İkinci Bölüm, I, B, 1, 2 ve 3.

müşterek mülkiyet tesis edilmiş olduğuna göre böyle bir araştırmayı gereksiz kılmayan, aradaki farkın sorgulanması gereğidir.

Bu kapsamda *negotiatio per servos communes* için *peculium*'u farklılaştıran ve olmazsa olmaz kılan, *societas* nezdinde görülemeyen ölçüde bir malvarlığı ayırımına müsaade etmesidir. Bu ise doğrudan *peculium*'un söz konusu fiili durumun ve sorumluluğun ölçüsünü belirleyici rolüne işaret eder. Gerçekten de *peculium* tesisinin efendi malikin malvarlığında, kişisel malvarlığı ve *peculium* malvarlığı şeklinde bir ayırma müsaade etmesi ve bu durumun daha da girift hale getirilebilmesi ayrıntılı karmaşık yapılara müsaade ediyordu. Öyle ki bir köleye birden fazla *peculium* verilebilmesi, verilen her *peculium*'un içerisinde *merx peculiaris* denen özelleşmiş bir kısmın ayrıca bulunabilmesi, *peculium*'da başka kölelerin bulunabilmesi ve bunların da *peculium*'ları olup bu *peculium*'ların içinde de *merx peculiaris*'lerin bulunması mümkündü. Üstelik bu örneklerin birden fazla efendi tarafından *peculium* tesis edilecek şekilde genişletilmesi de mümkündü. Öte yandan *societas*'ta ise sadece konusu sınırlı ortaklıklarda görünüşte bir malvarlığı ayırımı tesis ediliyordu ki bunun efendi malikler için *peculium* işletmelerindeki gibi bir sorumluluğu sınırlama fonksiyonu icra etmesi mümkün değildi. Zira ortaklık amacı için malvarlıklarının sadece bir kısmını ayırıp üzerinde müşterek mülkiyet kurmuş olsalar da üçüncü kişilere karşı malvarlıklarının tümü ile sorumlu oluyorlardı.

Bütün bu nedenlerle de *negotiatio per servos communes*³⁷² kurumunu sadece bir ortaklık olarak tanımlamak yanlış olur kanısındayız. Daha ziyade fiili bir durumu ifade eden, *societas*'a nazaran daha esnek yapısı ve sermaye birlikteliği mahiyeti ile dikkati çeken *negotiatio per servos communes*'i şöyle tanımlayabiliriz: Esasında kölenin şahsı üzerinde birlikte malik olan iki veya daha fazla efendi ortağın malvarlığında bulunan ama kölenin, tasarrufu kendisine bırakılan *peculium* ile işlettiği ticari işletme.

³⁷² Kurumun İngilizce adı olarak kölenin işlettiği/ yönettiği işletme/ şirket anlamına gelen “Slave-run business” tabiri kullanılmaktadır.

1. Emeğe Biçilen Değer ve Sosyoekonomik Hayatta Kölenin Merkezi Pozisyonu

Eski Roma’da zanaat ve küçük ticaret öteden beri vatandaşlar tarafından müstakil olarak yapılan bir uğraş olmayıp esasında köleler ve azatlılarca yürütülüyordu³⁷³. Toplumun üst tabakası, saygıdeğer, hür bir Romalının fiziksel güç gerektiren işlerde çalışmasını “aşağılık bir durum” olarak niteliyor ve iş gücü olarak emeğin ön planda olduğu alanlarda daha çok orta ve alt tabaka Romalılar ile köleler istihdam ediliyordu³⁷⁴. Söz konusu ayrımı yapmada, Romalının emeğe değer biçmedeki sosyokültürel düşünceleri rol oynuyordu³⁷⁵. Bu kapsamda basitçe fiziksel güç gerektiren her işin küçümsendiğini söylemek de doğru olmazdı. Mesela tarım özel bir statüye sahip olup onunla ilgili her iş değerliydi³⁷⁶. Fakat rivayete göre Cumhuriyet Dönemi senatörlerinden birinin toprağını saban ile sürmesine müsaade edilmemişti³⁷⁷. Dolayısıyla yapılan işten ziyade bazen de işin kimin için ve nerede yapıldığı ona biçilen değerde rol oynuyordu. Kişinin kendi tarlasını sürmesi kıymetliyen komşusunun tarlasını sürmek için işgücüne katılmak münasip değildi. Kısaca, işin görülmesinde başkasının iradesine tabi olmak ve işin karşılık beklenerek görülmesi

³⁷³ Demircioğlu, **op. cit.**, s. 194; Serpil Altop, **Roma Hukuku’nda Kölelik**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s. 14.

³⁷⁴ Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 107 ve n. 17; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1355; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 299; Karoly Visky, “Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler”, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 40, Sayı 1-4, 1973, s. 690, et. seq; *operae illiberalis* terimi ile doğuştan hür Romalılar tarafından yapılmaya layık olan mesleklerin dışındaki işler kastedilmekteydi. Bu işler köleler ve azatlılar aracılığıyla gerçekleştirilirdi (q.v.: Berger, **op. cit.**, s. 609); çalışmanın hür insana layık olmayan bir fiil olarak görülmesi köle emeğini gerektiriyordu: Altop, **Roma Hukuku’nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 19 ve 54.

³⁷⁵ Antik çağ toplumlarının tümünde iş ve çalışmaya değer biçmede farklılıklar görülmekteyse de genel olarak çalışma bir tür ceza olarak görülüyordu: Karadeniz, **Roma’da İş İlişkileri**, **op. cit.**, s. 16.

³⁷⁶ Görünen o ki; tarıma ilişkin işler dışında, kol gücüne dayanan çalışma küçümseniyordu. Fakat doktrinde bu çeşit bir değer yargısının sadece köle işgücünün bol ve ucuz olduğu dönemlerde ve toplumun üst sınıfında söz konusu olduğu da ifade edilmiştir. Zira köleler daha mahir ve köle işgücü hür kimselerinkine nazaran basitçe daha verimliydi. Bu doğrultuda İmparator Caesar’ın bir kararında (*decretum*) büyük toprak sahiplerinin ancak üçte bir oranında hür işçi çalıştırabileceklerine hükmedilmiştir: Altop, **Roma Hukuku’nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 61; Karadeniz, **Roma’da İş İlişkileri**, **op. cit.**, s. 16 et. seq ve dn. 62; Keith Hopkins, **Conquerors and Slaves Sociological Studies in Roman History Volume 1**, Cambridge: Cambridge University Press, 1978, s. 109; Tahiroğlu Klasik dönem Romalıların ilkel dört kralları dahi aynı zamanda çiftçilik yapıyorlardı ve Roma refahının temeli esasında tarımdan başka bir şey değildi: Q.v.: Tahiroğlu, **Roma Devleti’nin İktisadi Krizleri**, **op. cit.**, s. 678 et. seq.

³⁷⁷ Zimmermann, **op. cit.**, s. 389.

Roma düşüncesine göre, gerçekleştirilen faaliyetin saygınlığını belirlemede esas ölçütlerdi³⁷⁸. Nihayetinde ticaret ile uğraşmak da bu kapsamda değerlendiriliyor ve hür Romalılar mümkün olduğunca ticarete doğrudan müdahil olmuyorlardı³⁷⁹. Ticari kazanç, kar ve ekonomik gelir hedefleyen girişimler ve şirketler saygın Romalının faaliyetlerinden olamazdı³⁸⁰. Öte yandan bu durum ticaretten kar sağlamadıkları anlamına da gelmiyor sadece güvenli bir mesafede duruyorlardı³⁸¹.

Bu kapsamda, milattan önce II. yüzyıl ile milattan sonra II. yüzyıl arasında çeşitli ekonomik aktivitelerde çok sayıda kölenin kullanıldığı görülmektedir³⁸². Çünkü MÖ III. yüzyıl ortalarından başlayan dönemde tarıma dayanan kapalı aile ekonomisi yerini, köle iş gücüne dayanan pazar üretimine bırakmaya başlamıştı³⁸³. Öyle ki klasik devirde Roma ticaretinin esas olarak kölelerin elinde olduğunu söylemenin abartı olmayacağı ifade edilmektedir³⁸⁴. Özel hayatın neredeyse hiçbir alanında kölenin

³⁷⁸ Zimmermann, *op. cit.*, s. 389; Karadeniz, **Roma'da İş İlişkileri**, *op. cit.*, s. 16 et. seq; para karşılığı çalışmayı kabul eden her nasılsa kendisini satmış gibi görünüyordu. Hür kimse ücret karşılığı çalışmamalıydı. Çünkü ücret, köleliğe dair bir şeyleri ifade ediyordu: Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, *op. cit.*, s. 57; Visky, *op. cit.*, s. 691.

³⁷⁹ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.*, s. 27; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.*, s. 107; Mousourakis, *op. cit.*, s. 232.

³⁸⁰ Mercogliani, *op. cit.*, s. 5 ve 6.

³⁸¹ Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 108; Serrao, *op. cit.*, s. 45. Sermaye verdikleri aracılara kullanıyorlardı: Karadeniz, **Roma'da İş İlişkileri**, *op. cit.*, s. 15.

³⁸² Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.*, s. 27 et. seq.; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 370; Aubert, eserinin üçüncü, dördüncü ve beşinci bölümlerini tarım arazilerinde, kilden her türlü eşya üretiminde, vergi toplamada, eğlence ve iletişim sektöründe, para basma işinde kölenin yönetici ve başka pozisyonlarda kullanıldığı farklı alanlara ayırmıştır: Jean-Jacques Aubert, **Business Managers in Ancient Rome A Social and Economic Study of Institores, 200 B.C. – A.D. 250**, E. J. Brill, Leiden New York Köln, 1994.

³⁸³ Karadeniz, **Roma'da İş İlişkileri**, *op. cit.*, s. 10; Temin, köleliğin pazar ekonomisinin karşısında durması nedeniyle Roma'nın işler bir market ekonomisine sahip olmadığı yönündeki (iktisat) tarihçilerinin görüşlerinin isabetli olmadığını, aksine pazarların Roma ekonomisini onu bir pazar ekonomisi olarak isimlendirebilecek kadar sıkı sıkıya birbirine bağladığını ifade etmektedir: Q.v.: Temin, **Roman Market Economy**, *op. cit.*, s. 2 ve 114-139. Gerçekten de siyasi yayılma ile birlikte liberal ekonomi cari olmuş (MS 193'e kadar), devamlı büyüyen başkent, devamlı savaş için yollarda olan ordu ve savaşlardan elde edilen ganimetler pazar için üretim ihtiyacını doğurmuştu: Q.v.: Tahiroğlu, **Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri**, *op. cit.*, s. 677, 681 ve 687.

³⁸⁴ W. W. Buckland, **The Roman Law of Slavery The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, 1970, s. 131; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.*, s. 107; birçok Roma ticari işletmesinin köleler aracılığıyla işletildiği iyi bilinen bir gerçektir: Q.v.: Morris Silver, "Autonomous Slaves in Greco-Roman Legal and Economic History", **Legal Roots The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law**, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 3, 2014, s. 259 et. seq. Eyaletlerle yapılan ticaret, tüccarların ve efendileri için çalışan kölelerin elindeydi: Q.v.: Tahiroğlu, **Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri**, *op. cit.*, s. 685.

nüfuz etmediği bir mesleki faaliyet alanı yoktu³⁸⁵. Akla gelebilecek her türlü işte çalıştılar, her türlü işletmeyi yönettiler. Köle filozoflardan, belirli emirleri olmaksızın bir bankacının ticaretini yürütenlere³⁸⁶ ve bir çiftlik kiralayıp kiracı olarak ürün yetiştirenlere kadar geniş kapsamlı olarak kullanıldılar. Ticari işletmelerin faaliyetlerinde yönetici olarak kullanılmaları da bu kapsam içerisinde yer almaktaydı³⁸⁷.

Cumhuriyetin son iki yüzyılı boyunca Roma Devleti İtalya'sı topraklarındaki kölelerin toplam nüfusa oranı en yüksek seviyesinde olmakla birlikte bu devirden itibaren sayıca azaltılmaları ve önemsizleştirilmeleri söz konusu olmuştur³⁸⁸. Bu durum imparatorluğun düşüşe geçtiği zorlu zamanlarda özellikle etkisini göstermiş ve hür Romalıların, her türlü istihdam alanından rekabetlerine karşı çıktıkları köleleri dışladıkları bir hâl almıştı³⁸⁹. Üstelik çalışmamız özelinde de efendilerin, kölelerini işletme temsilcisi- yöneticisi olarak çalıştırılabilmeleri nedeniyle, *sui iuris*'lere karşı köleler avantajlı bir durumda olup III. yüzyıla kadar da bu durumları devam etmişti³⁹⁰. Söz konusu avantajın önemini işaret etmek için bahsi geçen sistemin hür doğanların yönetici olabilmek için köle olmayı seçmeleri ile desteklendiğini³⁹¹ ifade etmek yeterli olur kanısındayız.

³⁸⁵ Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 7; Jean-Jacques Aubert, 'Dumtaxat De Peculio': What's in a Peculium or Establishing the Extent of the Principal's Liability, **New Frontiers: Law and Society in the Roman World**, Ed. by: Paul J. Du Plessis, Edinburgh: Edinburgh University Press, s. 192.

³⁸⁶ Jean Andreau, **Banking and Business in the Roman World**, Cambridge University Press, 1999, s. 64; Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 131; Silver Morris, "At The Base of Rome's Peculium Economy", **Fundamina: A Journal of Legal History**, Volume 22, Number 1, 2016, s. 69; Aubert, **Dumtaxat de peculio, op. cit.**, s. 192; Callistus isimli sonradan Papa da olan ve sahibi tarafından bankacılık yapmakla görevlendirilen bir kölenin varlığından da haberdarız: Q.v.: Silver, **Autonomous Slaves, op. cit.**, s. 259-260; Andreau, **op. cit.**, s. 67; ödünç para vermek üzerine bir bankacılık faaliyetinde bulunmakla görevlendirilen bir başka köleyle de D. 12. 1. 41 (Africanus libro octavo quaestionum)'de karşılaşırız.

³⁸⁷ Hopkins, **op. cit.**, s. 117; Aubert, **Dumtaxat de peculio, op. cit.**, s. 192; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome, op. cit.**, s. 46-70.

³⁸⁸ Elio Lo Cascio, "Thinking Slave and Free in Coordinates", **Bulletin of the Institute of Classical Studies**, Volume 53, Issue Supplement 109, July 2010, s. 30; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik, op. cit.**, s. 64.

³⁸⁹ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison, op. cit.**, s. 27; Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 7; Lo Cascio, **op. cit.**, s. 30; özellikle savaşlarda elde edilen kölelerin tarım işletmelerinde çalıştırılmaları ile küçük toprak sahibi hür Romalıların topraklarını elden çıkarmaları ve hür emeğin işsiz kalması kısa sürede bir işsizler ordusu doğmasına neden olmuştur: Karadeniz, **Roma'da İş İlişkileri, op. cit.**, s. 12; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik, op. cit.**, s. 60.

³⁹⁰ Arruñada, **op. cit.**, s. 25.

³⁹¹ **Ibid.**; Malmendier, **op. cit.**, s. 1084; Karaaslan, **Peculium, op. cit.**, s. 45.

İşte böyle bir konjonktürde, modern şirkete karakterini veren ve *societas*'ın yapısı itibariyle eksik olduğunu yukarıda açıkladığımız özelliklere yerine göre alternatifler geliştiren yerine göre de bu özellikleri belirli ölçülerde ihtiva eden *negotiatio per servos communes* kurumu iki temel yapı üzerine inşa edilmişti: Birlikte sahip olunan *servus* (köle) ve onun tasarrufuna bırakılan *peculium*³⁹².

2. Servus

Kölenin hem dünyada hem de Roma topluluğu içerisindeki yeri ve pratikte ifade ettiği anlam devirlere göre büyük değişiklikler göstermiştir³⁹³. Başlarda küçük Roma *civitas*'ında Romalılarla aynı soydan gelen³⁹⁴, savaşta esir edilmiş³⁹⁵ ve sayıları az olan, aile evlatlarından farklı muamele görmeyen, aileyle beraber yiyen ve beraber dini merasimlere katılan bir kesimi ifade ediyordu³⁹⁶. Daha sonraları MÖ III. yüzyıldan itibaren kazanılan savaşlar nedeniyle ülkeye kitleler halinde köle akımının başlaması ile kökeni farklı, eğitim ve kültür düzeyi epey düşük bir görünüm arz etmeye başladılar³⁹⁷. Fazla sayıları kölelerin durumunun kötüleşmesine neden olsa da Yunanistan gibi kültür düzeyi yüksek yerlerden gelen, eğitilmiş olan ve iş bilir, ticaretten anlayan köleler, yine muhasebeci, idareci, kâtip, öğretmen, gemi kaptanı, tüccar olarak istihdam ediliyorlardı ve durumları niteliksiz işgücü olarak madenlerde

³⁹² Sınırsız sorumluluğa meydan verenler ile sınırlı sorumluluğu garanti eden organizasyonel formları ayırarak belirtmek gerekirse, temel unsurun *institor* veya *magister navis* pozisyonundaki atanmış köle (veya aile evladı) ve ona tahsis edilen malvarlığı yani *peculium* olduğu yapılar söz konusuydu. Görüldüğü üzere bunlar bireysel ve kolektif nitelikli girişimlerin temelini oluşturuyorlardı. Fakat kolektif nitelikli girişimler *status*'larının niteliği gereği yalnızca köle üzerine bina edilebilirdi: Q.v.: Di Porto, **op. cit.**, s. 58.

³⁹³ Tahiroğlu/ Erdoğan, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 141 et. seq; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 25 ve 26; Buckland, **Slavery**, **op. cit.**, s. 5.

³⁹⁴ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 26; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 78.

³⁹⁵ Hopkins, **op. cit.**, s. 102; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 26; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 78; Köle için kullanılan *servus* ve *mancipium* tabirleri de zaten kaynağını savaş esirinden almaktadır (q.v.: Buckland, **Slavery**, **op. cit.**, s. 1).

³⁹⁶ Tahiroğlu/ Erdoğan, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 141 et. seq; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 53 ve 55; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 26; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 78; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması**, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onyedinci Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, Eylül 2014, s. 130.

³⁹⁷ Tahiroğlu/ Erdoğan, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 142 et. seq; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 62; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 78; Cumhuriyet Devrinin son iki yüzyılı boyunca savaş, korsanlık ve köle ticareti en önemli köle kaynakları olarak kaldılar. Öte yandan kölelerin kendi aralarında üreyip çoğalmalarının ise muhtemelen esaslı bir artışa neden olmadığına ilişkin q.v.: Lo Cascio, **op. cit.**, s.30.

ve tarlalarda çalıştırılanlara nazaran gayet iyiydi³⁹⁸. Üstelik bunların bir kısmı köle durumuna düşmeden evvel ticaretle uğraşmış ve bu konuda tecrübe sahibi kimseler olabiliyordu³⁹⁹. Önemli bir prestije, sosyal güce ve etkiye sahip olabilen bu önemli köle azınlığının sosyal statüsü yasal statüleri ile açık bir çelişki içerisindeydi⁴⁰⁰. Bu doğrultuda kölelere bakış açısı bir gider oldukları şeklinde değil, fakat bir üretim ve ticari bir değer oldukları yönündeydi⁴⁰¹. Dahası karakterleri efendileri tarafından iyi bilindiği ve geleneksel olarak da *patria potestas*⁴⁰² altında bulunduklarından emirlere itaat etmeleri konusunda bir şüphe bulunmadığı için bunların efendilerini daha iyi bir şekilde temsil edecekleri düşünülüyordu⁴⁰³. Çalışmamız kapsamındaki köleler işte bu, ticaretle uğraşması için kendisine *peculium* bırakılan nitelikli⁴⁰⁴ kölelerdir⁴⁰⁵.

³⁹⁸ Hopkins, **op. cit.**, s. 123; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 142; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik, op. cit.**, s. 62; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison, op. cit.**, s. 26 ve 27; Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 5-9; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 131.

³⁹⁹ Micolier, **op. cit.**, s. 54; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 107; öyle ki Cumhuriyet Devri'nde eyaletlerle yapılan ticaret esasen tüccarlar ve efendileri için çalışan kölelerin elindeydi: Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik, op. cit.**, s. 63.

⁴⁰⁰ Hopkins, **op. cit.**, s. 123.

⁴⁰¹ Lo Cascio, **op. cit.**, s.23; öyle ki kölelik önemli bir yönüyle de ekonomik bir kurum, kölelik hukuku ise Roma ticaret hukukunun ve finansının önemli bir bileşeniydi. Bu tarz bir işlevselliğin nasıl elde edildiğine ilişkin q.v.: Del Granado, **op. cit.**, s. 334 et. seq.

⁴⁰² *Patria potestas*: Aile reisinin, hakimiyeti altındaki kimseler ve şeyler üzerinde icra edebildiği güçtür. Aileye dahil olan çocuklar, torunlar, diğer kişiler ve dahi köleler üzerindeki hakimiyeti tümünden kapsardı. (q.v.: Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 153; Berger, **op. cit.**, s. 621). Bu hakimiyet mutlak olup Hristiyanlığın etkisi altında önemini yitirene dek ölüm dirim hakkını (*ius vitae necisque*) dahi içeriyordu: Honsell, **op. cit.**, s. 182. Ölüm, *capitis deminutio* ve *emancipatio* gibi nedenlerle sona ererdi: Kamil Doğancı/ Fulya Kocakuşak, “Eski Roma Ailesinde Pater Familias ve Patria Potestas Kavramları”, **U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 27, 2014/2, s. 246 ve 247.

⁴⁰³ Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 107; Hopkins kölelerin, iş gücünde hür Romalıların aksine tercih edilme nedenlerini açıklarken avantajlarının dezavantajlarından ağır geldiğini ifade etmiştir. Öyle ki köleler paraya mal oluyorlar ve işin niteliğine göre pahalı bir gider kalemi teşkil edebiliyorlardı. Ayrıca sıkı çalışmaya karşı isteksizlikleri gözetim masrafları ile birleşince önemli bir eksiydi. Fakat hür Romalıların aksine yıllarca sürecek bir askerlik görevine katılımları gerekmiyordu, efendilerinin emrine amadeydiler ve tüm bir yıl boyunca uzun saatler çalışabiliyorlardı: Q.v.: Hopkins, **op. cit.**, s. 108.

⁴⁰⁴ O nitelikli köleler ki kendileri ayrıcalıklılardı, efendilerin, özgürlük vaadini ufukta baştan çıkarıcı bir şekilde tuttuğu ve bu dürtü altında kendilerine iş gördürüp üzerlerinden kâr elde ettiği kimselerdi. Q.v.: Hopkins, **op. cit.**, s. 128; Silver, **Peculium Economy, op. cit.**, s. 68; Rena van den Bergh, “He’s the One Who Minds the Boss’s Business ...”, **Fundamina: A Journal of Legal History**, Volume 21, Number 2, 2015, s. 365; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik, op. cit.**, s. 62.

⁴⁰⁵ Hopkins, **op. cit.**, s. 125; bu bölümde ve çalışmanın devamında köleden bahsederken cinsiyetine yönelik bir belirtimde bulunmamamızın nedeni bu hususun önem arz etmemesidir. Zira bu husus D. 15. 1. 1. 3'te de şu şekilde ifade edilmiştir: “Bu edictum kişi kelimesinin feminen değil de maskülen formunu kullanmış olsa da kadın köle açısından da yine bu edictum’a göre dava (*actio de peculio* ve türevleri) verilir.”

Roma hukukunda kölenin hak ehliyeti olmayıp⁴⁰⁶ aksine bir hakkın konusunu teşkil ediyordu⁴⁰⁷. Fakat fiil ehliyeti vardı. Bu kapsamda öncelikle kölenin hukuk hayatındaki konumunu izah etmek gerekir. Roma’da hak ehliyetine sahip olmak için insan olmak yeterli değildi. Bununla birlikte rasyonaliteden uzak olmayan bir anlayışla Romalılar, kölelerin de insan olduklarının ve ortaya bir irade koyup fikir üretebilme, hukuki işlem yapabilme kapasitelerinin gayet farkındaydılar⁴⁰⁸. Öyle ki kölenin insan olması nedeniyle haiz olduğu bilişsel ve ahlaki nitelikleri, kölelere ilişkin hukuki düzenlemelerin bu derece bol olmasının nedenlerinden biri olarak sayılmıştır⁴⁰⁹. Köle aynı anda hem bir *res* hem de bir *persona*’ydı⁴¹⁰. Köle, insan olan tek *res* idi⁴¹¹. Sosyal hayatın günümüzde epey önemli bir kısmını teşkil eden sağlık, eğitim, kamu hizmeti, ticaret, hukuk gibi alanlarda kölelerin çalıştırılmaları da bu anlayışın bir sonucudur⁴¹². Köleler, hukuk sistemi içerisinde incelendiğinde hak ehliyetine sahip olmak için gerekli olan *status*’lardan⁴¹³ *status libertatis*’i yerine getiremiyorlardı⁴¹⁴. Zira özgür

⁴⁰⁶ Buckland, *Slavery*, *op. cit.*, s. 3; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 78; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 159; Somer, *100 Soru*, *op. cit.*, s. 11.

⁴⁰⁷ Micolier, *op. cit.*, s. 19, et. seq; Tahiroğlu/ Erdoğan, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 144.

⁴⁰⁸ Tahiroğlu/ Erdoğan, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 145; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 78; Duygu Özer Sarıtaş, *Roma Kişiler Hukuku*, Bursa, Dora, 2018, s. 82; Buckland/ D. McNair, *Roman Law Comparison*, *op. cit.*, s. 26 ve 27; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 159; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 135; Özcan Karadeniz, “Roma Hukukunda ‘Peculium’ Müessesesi”, *AÜHFD*, Cilt 25, Sayı 3-4, 1968, s. 180.

⁴⁰⁹ Buckland, *Slavery*, *op. cit.*, s. 10.

⁴¹⁰ Fulya İlçin Gönenc, *Roma Hukukunda Kadın*, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s. 17; Tahiroğlu/ Erdoğan, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 144; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 78; Özer Sarıtaş, *Roma Kişiler Hukuku*, *op. cit.*, s. 82; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 159; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 129; Aubert, *Dumtaxat de peculio*, *op. cit.*, s. 192; Romalı hukukçular *persona* tabirini insanı ifade etmek için kullanmışlardır. Yoksa hukuk düzeninin süjesi olan, hak sahibi kişiyi ifade etmek için değil (q.v.: Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 156; Buckland, *Slavery*, *op. cit.*, s. 4; Altop, *Roma Hukuku’nda Kölelik*, *op. cit.*, s. 17-19).

⁴¹¹ Buckland, *Slavery*, *op. cit.*, s. 3; bu ikilik Roma Hukuku boyunca hep yan yana bulunup kölelere ilişkin hukuk kurallarının tamamında bu ikiliğin bağdaştırılmaya çalışıldığı görülmüştür: Altop, *Roma Hukuku’nda Kölelik*, *op. cit.*, s. 19; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 129; kölenin bu ikili karakterini Grotkamp, melez statü (die Zwitterstellung) olarak ifade etmiştir: Nadine Grotkamp, "Missbrauch und Gebrauch des Peculium", *Münstersche Beiträge zur antiken Handelsgeschichte*, Bd. XXIV, 2 (2005), s. 126. *Dominium ve potestas*’ın nesnesi olarak köle için q.v.: Micolier, *op. cit.*, s. 19-26.

⁴¹² Buckland/ D. McNair, *Roman Law Comparison*, *op. cit.*, s. 27; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 370 et. seq.

⁴¹³ *Status*’lar bir kimsenin hukuk düzeni içerisindeki yerini belirlerdi. Bunlar; *status libertatis* (hürriyet durumu), *status civitatis* (vatandaşlık durumu) ve *status familiae* (aile durumu) olarak üç tanedir ve kişinin ne ölçüde hak sahibi olduğunun tespitine yararlar. Bu *status*’ların hepsine sahip olan kimse tam hak ehliyetine sahiptir (q.v.: Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 202; Berger, *op. cit.*, s. 714 ve 715).

⁴¹⁴ Özer Sarıtaş, *Roma Kişiler Hukuku*, *op. cit.*, s. 3-5.

değillerdi. Bu nedenle de *ius civile*'ye göre malik⁴¹⁵, alacaklı ve borçlu⁴¹⁶, davacı ve davalı olmaları mümkün değildi⁴¹⁷. Ama insan olmaları gereği sosyal hayatta faaliyetlerde bulunuyorlardı ve dolayısıyla da hürler için de gerekli olan şartlara sahip olmaları kaydıyla hukuki sonuç doğuran işlemlerde bulunabilmeleri kabul edilmişti. Bu demek oluyor ki fiil ehliyetleri vardı⁴¹⁸. Hak süjesi olmamasına hatta hakkın konusu⁴¹⁹ olmasına rağmen hukuki düzende değişiklikler yaratabilecek işlemler yapabilmesi nedeniyle efendisi menfaatine hukuki işlemler yapıp onun hesabına hak iktisap ederdi⁴²⁰. Gaius'un ifadesiyle "Kölelerimiz aracılığıyla durumumuz daha iyi yapılabilir fakat daha kötü yapılamaz⁴²¹." Nihayetinde efendinin bir uzantısı⁴²², iktisap organı olarak faaliyet gösterirlerdi⁴²³. Bu doğrultuda hem sosyal hayatta hem de hukuk hayatında Roma ailesinin bir unsuru olarak varlık gösteriyorlardı. Aile ise Roma şirketinin özü ve kaynağıydı⁴²⁴. Zira pek çok nesil boyunca dağılmadan bir arada kalabildiği için Roma ailesinin oldukça uzun bir ömrü vardı ve bu özelliği onu

⁴¹⁵ Malmendier, **op. cit.**, s. 1084; D. 41. 1. 10. 1 (Gaius libro secundo institutionum): "Igitur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex qualibet alia causa adquirent, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Ideoque si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest, et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis adquiritur, perinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus. Eet his convenienter scilicet legatum nobis per eundem adquiritur."

⁴¹⁶ D. 15. 1. 41'e göre, "Bir köle gerçek anlamda borçlu olamaz veya kendisine borçlu olunamaz ama biz bu kelimeyi medeni hukuktaki (*ius civile*'deki) yükümlülöklere istinaden değil, vakıaları ifade etmek için genel olarak kullanıyoruz. ..."

⁴¹⁷ Tahiroğlu/ Erdoğmuş, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 145.

⁴¹⁸ Burdese, **op. cit.**, s. 592; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 265; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 145; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 69; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 78; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 159; Somer, **100 Soru**, **op. cit.**, s. 11.

⁴¹⁹ Gönenç, **Roma Hukukunda Kadın**, **op. cit.**, s. 17; öte yandan *peculium*'u olabilmesi yönüyle kölenin sınırlı bir malvarlığı ehliyetini haiz olduğu da ifade edilmektedir: Grotkamp, **op. cit.**, s. 126.

⁴²⁰ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 26; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 265; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 78; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 159; Honsell, **op. cit.**, s. 35; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 107; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 69; Özer Sarıtaş, **Roma Kişiler Hukuku**, **op. cit.**, s. 82; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 135; Bergh, **op. cit.**, s. 361; D. 41. 1. 10 pr. (Gaius libro secundo institutionum): "Adquiruntur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus, item per servos, in quibus usum fructum habemus, item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus: de quibus singulis diligentius dispiciamus."; Inst. 2. 9 pr.

⁴²¹ D. 50. 17. 133 (Gaius libro octavo ad edictum provinciale): "Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest."

⁴²² Bergh, **op. cit.**, s. 361; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 28; Johnston, **Roman Law in Context**, **op. cit.**, s. 100; Polojac, **op. cit.**, s. 147.

⁴²³ Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 265.

⁴²⁴ Tiziana J. Chiusi, "Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr: scientia, voluntas und peculium in D. 14. 1. 19- 20", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Römische Abteilung**, Volume 124, Issue 1, 2007, s. 94.

günümüz modern çekirdek ailesinden daha geniş ve alacaklıların bakış açısından daha güçlü yapıyordu⁴²⁵.

Kölenin, *negotiatio per servos communes* kurumuna temel teşkil edebilmesi öncelikle bir *res* olmasından kaynaklanıyordu. Köle bir *res Mancipi*'ydi ve üzerinde müşterek mülkiyet kurulması mümkündü⁴²⁶. D. 45. 3. 5'te ifade edildiği üzere müşterek sahip olunan bir köle, her bir efendiye birey olarak değil⁴²⁷ fakat bölünmemiş paylarla aitti. Böylece efendiler, köle üzerinde fiziksel paylardan ziyade kavramsal paylara sahiptiler⁴²⁸. Bu şekilde birden fazla Romalının bir araya gelerek sahip oldukları köleyi *servus communis*⁴²⁹ olarak ifade ediyoruz⁴³⁰. Konumuz özelinde köleleri işletme temsilcisi olarak kullanmak en azından III. yüzyıla kadar sürmüş olmalıdır⁴³¹. *Negotiatio* ise ticari işletme manasına gelmekteydi⁴³². Kölenin kendisine

⁴²⁵ Görünen o ki borcunun ifasında direnerek alacaklılarından kaçan bir aile üyesinin, malvarlığını devretme eğiliminde olduğu kişiler genelde aynı ailenin parçası olan yakın akrabaları ve özellikle torunları olup bunların da borçtan sorumlu olmaya devam etmeleri alacaklılar için bir artıydı. Q.v.: Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm, op. cit.**, s.1357; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations, op. cit.**, s. 5.

⁴²⁶ Köleye müştereken sahip olunduğuna değinen birkaç Digesta metni için q.v.: D. 45. 3. 5 (Ulpianus libro 48 ad Sabinum); D. 15. 1. 1. 6; D. 15. 1. 7. 1; D. 15. 1. 15; D. 15. 1. 27. 8; D. 45. 3. 28. 1; D. 41. 1. 45; D. 9. 4. 10; D. 17. 2. 63. 9; D. 11. 3. 9 pr. Mülkiyet hakkının çeşitleri mevzu bahis olduğunda konumuz özelinde önem arzeden ayrım, hakkın sahipleri bakımından yapılandır. Zira hakkın konusu üzerinde ya bir kişi ya da birden fazla kişi mülkiyete sahip olabilir. Birden fazla kişinin mülkiyet hakkına sahip olduğu durumda müşterek mülkiyet cereyan eder. Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 424 ve 425; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 370.

⁴²⁷ Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 120.

⁴²⁸ Roma Hukuku kapsamında müşterek mülkiyetten anlaşılan paylı mülkiyettir. Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison, op. cit.**, s. 103. Bu türde, bir mal üzerindeki mülkiyet hakkı, paylı olarak birden fazla kişiye aittir. D. 13. 6. 5. 15'e göre, bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının tümüne aynı anda birden fazla kişi sahip olamazdı. Fakat o mal üzerindeki mülkiyet hakkına belirli (soyut) paylarla sahip olunabilirdi. Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 424; Erdoğan, **Roma Eşya, op. cit.**, s. 46-48; gerçekten de müşterek malik taksim edilmemiş olan hissesinin maliki olup yalnız bunun üzerinde serbestçe tasarruf edebilirdi: Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 129 ve 121.

⁴²⁹ Bu tür köleler, *servus communis* olarak birinci el kaynaklarda ifadesini bulurlar: Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik, op. cit.**, s. 38.

⁴³⁰ Berger, **op. cit.**, s. 705. Kurumun temelinde daha ziyade kendilerini sözleşme ile köle durumuna düşüren yani kârlı olduğu (veya olacağını düşündükleri) için kendilerini satan kişilerin yer aldığı (q.v.: Malmendier, **op. cit.**, s. 1084), hukuk ilmi literatüründe hala kabul edildiği üzere zorla köle olarak alınan ve bunların alt soyu köleler için *peculium*'un yeterince teşvik edici olmadığına ilişkin q.v.: Silver, **Peculium Economy, op. cit.**, s. 67-93.

⁴³¹ Johnston, **Roman Law in Context, op. cit.**, s. 106.

⁴³² Berger, **op. cit.**, s. 593; "*Negotiatio*" kelimesi esas anlamı itibariyle huzur (*otium*) eksikliği, sükûnet yokluğu anlamlarını ihtiva ediyor ve "*negotiator*" da aynı günümüz girişimcisi gibi ticari faaliyet gerçekleştirmek için rahatını bırakan kişi olduğundan dolayı kelimenin ticari girişimleri/ işletmeleri ifade etmek için kullanılması uygundur. Bu açıklama ve business activity, enterprise, *negotiatio* kelimelerinin konumuz kapsamındaki anlamlarına ve birbirleri ile ilişkilerine dair daha ayrıntılı bilgi için q.v.: Földi, **Structure of Enterprises, op. cit.**, s. 179-184. Cerami'ye göre ise *negotiatio* günümüz kavramlarıyla girişimcilik faaliyetinin, *negotiator* ise girişimcinin karşılığı olmaktadır: Q.v.: Cerami, **op. cit.**, s. s. 77, 78 ve 100, 101. Ayrıca günümüz modern İtalyancasında da latince "*negotiatio*" olarak

ait bir malvarlığı da olamayacağından bu işletmenin işletilmesi, ticaret yapılabilmesi için köleye bir miktar malvarlığı verilmesi gerekiyordu ki bu da bizi kurumun üzerine inşa edildiği diğer ayağı olan *peculium*'a götürmektedir.

3. Peculium

a. Tanımı

Eski uygarlıklar arasında Romalılar, köleye tahsis edilen malvarlığını kurumsallaştırmaları yönüyle eşsizdirler⁴³³. Bu kapsamda *peculium*, önemsiz bir miktar para veya az miktarda mülk anlamına gelir⁴³⁴. Fakat zaman içerisinde hatırı sayılır boyutlara ulaştığı da görülmüştür⁴³⁵. Ayrıca zaman içerisinde hukuki bir kavram mahiyeti de kazanmıştır. Buna sebebiyet veren öncelikle ekonomik işlevselliği olmuştur. Gerçekten de özellikle *actio de peculio* ve *de in rem verso* davaları ile *peculium*, ekonomik fonksiyon icrasına izin veren kesin bir hukuki konfigürasyon kazanmış oluyordu⁴³⁶. Bu anlamda *peculium*, *pater familias*'ın evladına veya efendinin kölesine⁴³⁷, evladın veya kölenin bağımsız olarak kullanımı, üzerinde tasarruf edebilmesi ve ticari olsun olmasın hukuki işlemler yoluyla kazanç sağlaması için verdiği bir miktar parayı, ticari veya endüstriyel işletmeyi⁴³⁸ (*negotiatio*) veya küçük ayrı bir mülkü, araziyi ifade eder⁴³⁹. *Peculium*'un konusunu sadece kıyafetler

ifade edilen söz konusu kelime “il negozio” olarak dükkân ve mağaza anlamlarına gelecek şekilde kullanılmaktadır.

⁴³³ Conison, **op. cit.**, s. 78; zira Roma hukuk düşüncesinde *peculium*, verildiği kişiden (burada kastımız aile evladından ziyade köledir) bağımsız olarak düşünülmüştür: Karaaslan, **Peculium**, **op. cit.**, s. 33.

⁴³⁴ D. 15. 1. 5. 3: “Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.”

⁴³⁵ Grotkamp, **op. cit.**, s. 126; Karaaslan Muzaffer, **Roma Hukukunda Peculium**, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 34.

⁴³⁶ Di Porto, **op. cit.**, s. 51.

⁴³⁷ Yani hakimiyet atındaki kişiler kastediliyor. D. 15. 1. 1. 5'e göre, “Hakimiyet kelimesi olağan anlamını haiz olup hem aile evladı hem de köleyi kapsar.”; öte yandan *sui iuris* kimseler ise *peculium* tutamazlardı q.v.: D. 50. 16. 182 (Ulpianus libro 27 ad edictum): “Pater familias liber “peculium” non potest habere, quemadmodum nec servus “bona”.”.

⁴³⁸ Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 182; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 110; Sayın, **op. cit.**, s. 348-355 ve 452.

⁴³⁹ Berger, **op. cit.**, s. 624; Buckland, **Slavery**, **op. cit.**, s. 187, et. seq; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 179; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 109, 110 ve n. 21, 23; Bergh, **op. cit.**, s. 368; Malmendier, **op. cit.**, s. 1084; Johnston, **Roman Law in Context**, **op. cit.**, s. 100; Fleckner, *peculium*'u kölelerin ve başkasının hakimiyetine tabi olan diğer insanların bireysel özel- belirli malvarlığı olarak tanımlıyor: Q.v.: Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 217.

gibi taşınır eşyalar⁴⁴⁰; tarımsal araziler, yapılar ve şehir binaları⁴⁴¹ gibi taşınmazlar; köleler, kölelerin köleleri ve hayvanlar gibi canlı varlıklar⁴⁴² yani maddi varlığı haiz taşınır ve taşınmaz unsurlar değil, ayrıca ekonomik değeri olmak kaydıyla maddi varlığı olmayan alacaklar, dava sonucu tahsil edilecek tazminatlar, miras hakları, kölelerin kölelerine bırakılan *peculia*'lar gibi haklar⁴⁴³ ve borçlar⁴⁴⁴ da oluşturabilmekteydi⁴⁴⁵. Fonksiyonel olarak ise köle nüfusunun ezici çoğunluğu için geçimini sağlama aracı, nitelikli ve azınlıkta kalan kısmı için ise efendisinin onu işletme temsilcisi, yöneticisi olarak istihdam etmesinin bir vasıtasıydı⁴⁴⁶. Yani hem kölenin finansal bağımsızlığına hem de efendinin ticaret hayatına dolaylı ve daha düşük riskle katılımına hizmet ediyordu⁴⁴⁷. Bütün bunların yanında kölenin özgürlüğüne giden yolda bir araç olarak kullanılması da mümkün olabilmekteydi⁴⁴⁸. Romalı hukukçu Papirius Fronto tarafından *peculium*; doğması, çoğalması, harcanıp

⁴⁴⁰ D. 15. 1. 25 (Pomponius libro 23 ad Sabinum): "Id vestimentum peculii esse incipit, quod ita dederit dominus, ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet eoque nomine ei traderet, ne quis alius eo uteretur idque ab eo eius usus gratia custodiretur. Sed quod vestimentum servo dominus ita dedit utendum, ut non semper, sed ad certum usum certis temporibus eo uteretur, veluti cum sequeretur eum sive cenanti ministravit, id vestimentum non esse peculii."

⁴⁴¹ D. 15. 1. 22 (Pomponius libro septimo ad Sabinum): "Si damni infecti aedium peculiarium nomine promiserit dominus, ratio eius haberi debet et ideo ab eo qui de peculio agit domino cavendum est."; D. 15. 1. 23 (Pomponius libro nono ad Sabinum): "Aedium autem peculiarium nomine in solidum damni infecti promitti debet, sicut vicarii nomine noxale iudicium in solidum pati, quia pro pignore ea, si non defendantur, actor abducit vel possidet."

⁴⁴² D. 15. 1. 17 (Ulpianus libro 29 ad edictum); et. seq.

⁴⁴³ Mesela, efendi kölesine tahsis ettiği *peculium*'a üçüncü kişilerden olan alacaklarını dahil edebilirdi.

⁴⁴⁴ D. 15. 1. 7. 4. (Ulpianus libro 29 ad edictum): "In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli: vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium: hoc amplius et nomina debitorum."; q.v.: D. 15. 1. 17 (Ulpianus libro 29 ad edictum).

⁴⁴⁵ Taşınır ve taşınmazların *peculium*'u oluşturabileceğine ilişkin q.v.: D. 15. 1. 7. 4; hakların da *peculium*'a dahil olabileceğine ilişkin q.v.: D. 15. 1. 7. 5; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 182; Sayın, **op. cit.**, s. 452.

⁴⁴⁶ Ulrike Roth, "Peculium, Freedom, Citizenship: Golden Triangle or Vicious Circle? An Act in Two Parts", **Bulletin of the Institute of Classical Studies. Supplement No. 109, By Thee Sweat of Your Brow: Roman Slavery in Its Socio-Economic Setting**, Oxford University Press, 2010, s. 92; Johnston, **Roman Law in Context**, **op. cit.**, s. 100; zira fonksiyonel açıdan *peculium* malvarlığı (*res peculiaris*) efendinin maliki, kölesinin ise yöneticisi olduğu tutarı ifade ediyordu: Buckland, **Slavery**, **op. cit.**, s. 187; burada önemle belirtmek gerekir ki kölenin temsil ehliyeti yoktu ve normal şartlarda onlarca girilen sözleşmeler efendilerine karşı ileri sürülemezlerdi q.v.: D. 50. 17. 133 (Gaius libro octavo ad edictum provinciale): "Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest."

⁴⁴⁷ Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 217.

⁴⁴⁸ Q.v.: Üçüncü Bölüm, II, C, 2 ve 3. Serrao, **op. cit.**, s. 42. Bu yönüyle, köleye *peculium* tahsis etmek, efendileri gözetim masraflarından da kurtarıyordu. Kölenin özgürlüğünü elde edebilme umudu, tembel olmasının ve baştan savma iş görmesinin önüne geçerek efendinin lehine işliyordu. Q.v.: Silver, **Peculium Economy**, **op. cit.**, s. 67 et. seq.

azalması ve yok olup sona ermesi yönüyle, kölenin kendisine benzetilmiş, bu mukayese de hukukçu Marcian epey zarif bulmuştu⁴⁴⁹.

b. Kısa Tarihi

Peculium önceleri köle veya aile evladının kendi kendine elde ettiği sermaye idi⁴⁵⁰. Bu sermaye, efendinin veya efendinin bir arkadaşının kölenin bir davranışından memnun kalması üzerine verdiği hediyeler ve bahşişlerden⁴⁵¹, ziyafetlerden arta kalanların kölece satılmasıyla elde edilen miktardan, boş vakitlerinde işgücünü kiralayarak kazandığı tutardan ve tarlalarda çalışan köleler için toprakların küçük bir kısmında kendileri için ürün yetiştirip hayvan bakmaları ile elde edilen gelirden oluşabilmekteydi⁴⁵². Tabiidir ki bunlar, kendi adlarına hak elde edemeyeceğinden söz konusu sermayeyi teşkil eden malların maliki aile babası olurdu⁴⁵³. Fakat örf ve adetin tesiri, ticari hayatın gerekliliği ve efendinin menfaatine olması nedeniyle fiilen köle ve aile evladı üzerinde kalırlardı⁴⁵⁴. Ekonomik gelişim ile birlikte tarımsal ekonomiden ticarete dayalı ekonomiye geçişle aile dışı ilişkilerinin artması ve hür kimseleri kendi adına ilişkilerini yürütmek için kullanamaması aile babasını elindeki imkânları daha yaratıcı kullanmaya itti⁴⁵⁵. Böylece malik/ efendi, aile evladı ve köleye, kendi

⁴⁴⁹ D. 15. 1. 40 pr. (Marcianus libro quinto regularum)

⁴⁵⁰ D. 15. 1. 40. 1'e göre, "Peculium nasıl doğar? İşte eski hukukçuların çizdiği ayrım: Derler ki; efendinin sağlamakla yükümlü olmadığı *peculium*'dandır fakat sağlamak zorunda olduğu kıyafetler ve diğer şeyler değildir. İşte *peculium* böyle hayata gelir. Artırılarak büyür, alt köleler öldüğünde veya mal kaybolduğunda azalır ve geri alındığında ölür."; Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 154; Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 160; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik, op. cit.**, s. 72.

⁴⁵¹ D. 15. 1. 39'e göre, "Peculium, kölenin kendi tasarrufu ile biriktirebildiği veya değerli hizmetleri karşılığı üçüncü bir kişi tarafından verilen veya efendisince kendisininmiş gibi tutulmasına izin verilen herhangi bir şeyden oluşur."

⁴⁵² Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 110, n. 26; Aubert, **Dumtaxat de peculio, op. cit.**, s. 196.

⁴⁵³ Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 78; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik, op. cit.**, s. 70; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 110; Andreas Martin Fleckner, "The Peculium: A legal device for donations to persone alieno iuri subiectae?", Carlà, Flippo & Gori, Marja (eds), **Gift Giving and the Embedded Economy in the Ancient World**, Heidelberg, 2014, s. 216; Del Granado, **op. cit.**, s. 338; Fleckner, **Roman Business Associations, op. cit.**, s. 30.

⁴⁵⁴ *Peculium* günlük yaşamda fiilen hakimiyet altındakinin (kölenin) malı kabul edilirdi (q.v.: D. 41. 2. 49. 1; D. 15. 1. 39; D. 15. 1. 32 pr.; D. 15. 1. 47. 6; D. 50. 16. 182); Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 110; fiilen kendisine bağımlı olanlara fakat hukuken efendinin kendisine ait olan *peculium* denen itibari değer/ malvarlığı *praetor*'un tanınması ile hukuki varlığını kazanmış oldu: Aubert, **Business Managers in Ancient Rome, op. cit.**, s. 66; Kaser, **op. cit.**, s. 507.

⁴⁵⁵ Kaser, **op. cit.**, s. 505; Karadeniz, **Peculium Müessesesi, op. cit.**, s. 182; Sayın, **op. cit.**, s. 451; Mirjana Miskic, "Actiones Adiecticiae Qualitatis: Master's Liability Based on Praepositio and Iussum", **Ius Romanum**, Volume 2017, No. 2, 2017, s. 524; Karaaslan, **Peculium, op. cit.**, s. 36; Paul Lambauer,

malvarlığından ayırdığı bir *peculium* vererek onu işletmesini sağladı⁴⁵⁶. Bu sayede aile babası, evlatlarını ve kölelerini sosyoekonomik hayata katıp ekonomik faaliyet alanını genişletebiliyor, emeklerinden faydalanabiliyor, dahası zenginleşebiliyordu⁴⁵⁷. Böylece ortaya çıkan durumda, evlâdın ve kölenin alacakları ve iktisapları doğrudan doğruya aile babasının oluyordu ama kölenin borçları *obligatio naturalis* (tabii borç) olduğundan teminatsız kalıyor, ödenirse geçerli, ödenmezse dava ile takip edilemiyordu⁴⁵⁸. Zira kölenin hukuki muameleleri ile efendisinin borç altına girmesi mümkün değildi⁴⁵⁹. İşte köle ile hukuki işlemlere giren kimseleri dezavantajlı duruma düşüren bu hal, zamanla kölelerle iş yapılmaması sonucunu doğurunca⁴⁶⁰ MÖ II. yüzyıldan itibaren Roma hukuku bu duruma *praetor* eliyle müdahale ederek, sınırlarını çizmek suretiyle kölenin hukuki işlemlerinden efendiyi sorumlu tutabilmenin yolunu açtı⁴⁶¹. Bunun altında yatan prensip efendilerin, kölelerinin ticari aktivitelerinden doğan kârları ve dahi zararları içselleştirmeleri gerektiği

Die adjektivischen Klagen des römischen Rechts und ihr Fortbestand, Diplomarbeit, Graz, 2014, s. 2.

⁴⁵⁶ Umur, **Lügat**, *op. cit.* s. 154; Berger, *op. cit.* s. 624; Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 160; Bergh, *op. cit.* s. 368; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.* s.1358; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.* s. 15; Del Granado, *op. cit.* s. 338.

⁴⁵⁷ Efendinin, kendisine bağımlı olanlar aracılığıyla zenginleşmesine getirilen sınırlamalar için q.v.: Üçüncü Bölüm, II.

⁴⁵⁸ Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.* s. 265; Burdese, *op. cit.* s. 592; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.* s. 79 ve 278; Rado, *op. cit.* s. 162; Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 160; Tahiroğlu/ Erdoğan, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 145; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.* s. 218; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.* s. 112; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, *op. cit.* s. 180 ve 181; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, *op. cit.* s. 70 ve 71; Sayın, *op. cit.* s. 442 et. seq; Bergh, *op. cit.* s. 361; Lambauer, *op. cit.* s. 3; D. 15. 1. 50. 2 (Papinianus libro nono quaestionum).

⁴⁵⁹ Burdese, *op. cit.* s. 592; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.* s. 265; Lambauer, *op. cit.* s. 2; gerçekten de hakimiyet sahibinin kendisine tabi olanların borçlarından sorumlu olmayacakları yolundaki genel prensip daha gelişmiş ekonomik ilişkilerin dolaşımını engelleyen sınır bozucu bir köstek gibiydi: Q.v.: Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.* s. 266.

⁴⁶⁰ Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 136; Karaaslan, **Peculium**, *op. cit.* s. 37; zira aile babasını yükümlü kılamayan öznelerin ticari hayattan dışlanmış olacaklarını idrak etmek kolaydır: Micolier, *op. cit.* s. 49, et. seq.

⁴⁶¹ Sayın, *op. cit.* s. 457; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.* s. 104 ve 113; Micolier, *op. cit.* s. 55, et. seq; Conison, *op. cit.* s. 80; Miskic, *op. cit.* s. 524; Rado, *op. cit.* s. 162; Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 159; Tahiroğlu/ Erdoğan, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 226; Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 137; Somer, **100 Soru**, *op. cit.* s. 11; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.* s. 266; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.* s. 218 ve 219; Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.* s. 100; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.* s. 45 ve 49; Berger, *op. cit.* s. 624; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, *op. cit.* s. 182; Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, *op. cit.* s. 71; Bergh, *op. cit.* s. 363; Aubert, **Dumtaxat de peculio**, *op. cit.* s. 192 ve 193; Arruñada, *op. cit.* s. 23; Del Granado, *op. cit.* s. 339; De Ligt, *op. cit.* s. 220 et. seq; Lambauer, *op. cit.* s. 2; Muzaffer Karaaslan, "Peculium'un Roma Ekonomik Hayatındaki Rolü", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 2265; Karaaslan, **Peculium**, *op. cit.* s. 37 ve 61.

düşüncesiydi⁴⁶². Böylece Roma hukuku, modern hukuklarda yer alan sınırlı sorumluluk kavramının da tarihteki ilk pratiğini uygulamaya sokmuş oluyordu⁴⁶³. Aile evlatları ise kölelerden farklı olarak borç altına girebilmeleri⁴⁶⁴ ve dava edilebilmelerine⁴⁶⁵ rağmen şahsi malvarlıkları olmadığından bu davalar ile elde edilecek hükmün icra kabiliyeti yoktu ve bu yüzden bunları dava etmek üçüncü kişilere pratikte bir fayda sağlamıyordu⁴⁶⁶.

c. Mahiyeti

Çalışmamız kapsamında kölenin önem arz etmesinin nedeni, ilk olarak aile evlatlarından farklı olarak, bilgi ve becerilerine⁴⁶⁷ ve pazardaki sayılarına göre değişen değerleri üzerinden serbestçe alınıp satılabiliyor olmalarıydı⁴⁶⁸. Yani hukuken bir *res* niteliğinde olup birlikte mülkiyete konu olabiliyorlardı. İkinci neden köleler için ihdas edilen *peculium* kurumunun aile evlatlarına ihdas edilene nazaran zaman içerisinde çok az değişmiş olmasıydı⁴⁶⁹. Zira aile evlatlarına verilen *peculium* sürekli bir değişim ve gelişim içerisinde olmuş ve aile evlatlarının malvarlığı ehliyeti kazanmasına giden yolu açıp aile malvarlığının parçalanmasına neden olmuştur⁴⁷⁰. Üçüncü ve son neden

⁴⁶² Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 137; Barbara Abatino/ Giuseppe Dari-Mattiacci, "Agency Problems and Organizational Costs in Slave-run Businesses", **Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-40/ Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper**, Paper No. 2011-13, s. 9; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 52.

⁴⁶³ Sayın, **op. cit.**, s. 431.

⁴⁶⁴ D. 15. 1. 44'e göre, "Aile evladı ile iş yapan kişi, biri tam sorumlu evlat diğeri *peculium* miktarınca sorumlu aile babası olmak üzere iki borçlu kazanır."

⁴⁶⁵ D. 15. 1. 45'e göre de "Bu yüzden de alacaklı, aile babası *peculium*'u geri alsa dahi aile evladını dava edebilir."; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 265; Burdese, **op. cit.**, s. 592.

⁴⁶⁶ Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 278; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 265; Rado, **op. cit.**, s. 162; Sayın, **op. cit.**, s. 446; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 218; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 112; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 181; Somer, **100 Soru**, **op. cit.**, s. 11; Bergh, **op. cit.**, s. 363; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 48; Lambauer, **op. cit.**, s. 4.

⁴⁶⁷ Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 228; Buckland, **Slavery**, **op. cit.**, s. 8, 9.

⁴⁶⁸ Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 370; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 159; Buckland, **Slavery**, **op. cit.**, s. 39-72; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 180; kırsal kesimde köleler daha ucuz olduklarından tarım enstrümanı olarak kullanılmaya da elverişlilerdi: Q.v.: Lo Cascio, **op. cit.**, s. 23.

⁴⁶⁹ Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 182; Sayın, **op. cit.**, s. 463; Karaaslan, **Peculium**, **op. cit.**, s. 37.

⁴⁷⁰ Aile evlatlarının kendi malvarlığı ehliyetlerine giden yolun tesisinde *peculium* kurumundan yola çıkılması, kurumun önemini gözler önüne seren örneklerden biridir. Spesifik olarak söz konusu tesisin aşamaları *peculium castrense* kurumu üzerinden cereyan etmiştir. *Peculium castrense* kurumunun zaman içerisindeki evrimine yönelik dönüm noktaları kısaca şöyledir: İlk olarak İmparator Augustus tarafından aile evlatlarına askerlik görevleri esnasında elde ettikleri malları şahsi malları olarak tutabilmeli hakkı (Honsell, **op. cit.**, s. 182) tanındı. Önceleri sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunma

ise herhangi büyük ölçekli bir işletme söz konusu olduğunda aile babasının onu işletmek için yeterli evlada sahip olması veya evlat edinmesinin fiilen mümkün olmamasıydı. Bu kapsamda köleler aynı fonksiyonu icra edebilen önemli bir alternatif sunuyor ve Roma ticari hayatında büyük rol oynuyorlardı⁴⁷¹.

Böylece *peculium*'un hukuki konsepti, efendinin kendisinin kişisel malvarlığından ayrı ve farklı kölelerdeki birbirinden ayrı sermayeler ile kendisi tarafından başında olunan komplike ve çok parçalı bir organizasyon yapısıyla önceden belirlenebilen ve riskin sınırlandığı çok çeşitli ekonomik girişimlere, deyim yerindeyse efendinin kendini çoğaltmasını sağlayarak imkân tanıyordu⁴⁷².

D. 15. 1. 4. 2 (Pomponius libro septimo ad Sabinum)

Ex his apparet non quid servus ignorante domino habuerit peculii esse, sed quid volente: alioquin et quod subripuit servus domino, fiet peculii, quod non est verum.

“Bu kurallardan anlaşılan o ki kölenin, efendisinin izni olmaksızın elde ettiği, *peculium*'a dahil değildir, ama onun rızasıyla elde ettiği her şey öyledir (*peculium*'a dahildir). Aksi halde kölenin, efendisinden çaldığı şey, *peculium*'un bir parçası olurdu ki bu doğru değildir.”

D. 15. 1. 49 pr. (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium)

yetkisi tanınsa da zaman içerisinde bu yetki genişletildi. İmparator Hadrianus ise bu avantajlardan emekli askerlerin de yararlanabilmelerini sağladı. Öyle ki aile babası bu malları aile evladının elinden alamıyor sadece aile evladının vasiyetname bırakmadan ölmesi halinde *peculium* aile babasına geçiyordu. Iustinianus döneminde kurum artık her bakımdan aile evladının bağımsız malvarlığı olarak anlaşıyordu. Aile evladının ölmesi üzerine *peculium castrense*'yi teşkil eden malvarlığının aile evladının kanuni mirasçılara kalacağı Iustinianus'un 118 numaralı *Novella*'sı ile hükme bağlanmıştır. Asker veya memur olan aile evlatlarının üzerlerinde tüm tasarruf yetkilerini icra edilebilirlikleri bu bağımsız malvarlığı; maaşlarından, ganimetlerden, ihsanlardan, verilen hediyelerden, asker arkadaşından, annesinden, karısından kalan mirastan ve nihayetinden de bunların işletilmesi ile kazanılan miktardan oluşuyordu. Q.v.: Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 189 et. seq.; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 115, n. 44; Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s.154; Berger, **op. cit.**, s. 624; Fleckner, **Peculium: Device For Donations**, **op. cit.**, s. 226-232; Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 33; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 330; Karaaslan, **Peculium**, **op. cit.**, s. 38, et. seq. Öte yandan çalışmamız kapsamında *peculium castrense*'nin kolektif nitelikli *peculium* işletmelerine/ girişimlerine bir katkısı olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü açıklandığı üzere *peculium castrense*, ortak olunan köleye verilen *peculium* malvarlığı değildir.

⁴⁷¹ Johnston, **Roman Law in Context**, **op. cit.**, s. 100; gerçekten de efendinin kendisine bağımlı olanlar üzerinden işlem yapabilmesi bu yapıyı büyük ölçekte kullanılır kılmıştı: Honsell, **op. cit.**, 35.

⁴⁷² Di Porto, **op. cit.**, s. 57.

Non solum id peculium est, quod dominus servo concessit, verum id quoque, quod ignorante quidem eo adquisitum sit, tamen, si rescisset, passurus erat esse in peculio.

“Peculium, sadece sahibinin kölesine tahsis ettikleri değildir. Sahibin bilgisi olmaksızın kazanılsa bile bilseydi izin verecek oldukları da peculium’a dahildir.”

Bu paragraflardan anlaşılan efendinin izninin, *peculium*’un varlığından haberdar olması açısından iradesinden ziyade kabulüne dayandığıdır⁴⁷³. Hukukçu Pomponius’u bu tarz bir değerlendirmeye iten, somut meselenin sonuçlarını nazara alarak ortaya çıkacak durumu değerlendirmek olmuştur⁴⁷⁴. Bu kapsamda köleye *peculium* tahsisi özel bir formaliteye tabi değildi. Yani efendinin kölesine *peculium* tahsisi (*concessio peculii*) açık veya örtülü olarak yapılabilirdi⁴⁷⁵. Metinler birlikte incelendiğinde görülen o ki çoğu zaman böyle bir tahsisin yapıldığı zaten kölenin fiilen bu tarz malvarlığını idaresinden anlaşıldı⁴⁷⁶. Efendinin karşı çıkmaması rızası olduğu anlamına geliyordu.

D. 15. 1. 4 pr. (Pomponius libro septimo ad Sabinum)

Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens: nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit, animadvertendum est non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit.

“Bir şey sadece köle onu ayrı hesapta tutuyor diye peculium’a dahil olmaz; efendi kendisi o şeyi kendi hesabı yerine kölesinin hesabına tahsis etmelidir. Önemli olan kölenin davranışı değil ama efendinin kölenin peculium’unu saptamaktaki davranışdır. Çünkü onu yükseltmek, azaltmak ve komple geri almak gücü onundur.”

⁴⁷³ Aubert, **Dumtaxat de peculio**, op. cit, s. 195.

⁴⁷⁴ Erwin Seidl, "Romalı Hukukçuların Metodlarına Dair", Çeviren: Belgin Erdoğan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 35, Sayı 1-4, 1968, s. 457.

⁴⁷⁵ Sayın, **op. cit**, s. 452.

⁴⁷⁶ D. 15. 1. 7. 2’de de belirtildiği üzere efendinin, *peculium*’daki her bir spesifik eşyadan (*res*’den) haberinin olması gerekli değildir; kaba bir fikir yeterlidir.

Bu metinde geçen efendinin kölenin *peculium*'unu saptamadaki davranışına yönelik açıklamaları ise *Digesta*'nın ilerleyen kısmında buluyoruz:

D. 15. 1. 8 pr. (Paulus libro quarto ad Sabinum)

Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simul atque noluit, peculium servi desinit peculium esse.

“Efendinin malvarlığından *peculium*'a devir, efendi öyle olmasını diledi diye kendiliğinden gerçekleşmez; teslim edilmelidir veya eğer halihazırda kölenin kontrolünde ise teslim edilmiş gibi davranılmalıdır. Zira malın devri için fiili bir teslimat gerekir. Öte yandan *peculium* efendinin öyle olmasını dilemesi ile sona erer.”

Görüldüğü üzere *peculium* efendi ortağın malvarlığında “efendinin malvarlığı hesabı/ *res domini*” ve “kölenin malvarlığı hesabı/ *peculium*” olarak bir ayrım ihdas ediyordu⁴⁷⁷. Kölenin, efendisinin izniyle yahut varsayılan rızasıyla kendisinin tasarrufunda ayrı bir hesapta tuttuğu kısma *peculium* denmişti⁴⁷⁸. Dahası bu hesapların isabetli olmaları için tutulan hesap defterleri vardı⁴⁷⁹. Öyle ki *Digesta*'dan⁴⁸⁰ Stichus isimli bir kölenin Roma dışındaki vilayetlerden birine efendisi tarafından ödünç para vermek işi yapması üzerinde gönderildiğini ve görevi için sorumlu olduğu bir hesap defterini öğreniyoruz. Bu ayrım sonraki bölümde görüleceği üzere⁴⁸¹ efendi ortağın sorumluluğunun belirlenmesinde ve işletme malvarlığının korunmasında etkili oluyordu.

Peculium'un tahsisi ve işleyişine ilişkin pek çok farklı ihtimal mevcuttu⁴⁸². Efendi maliklerin işletme üzerindeki kontrollerinin ağırlığı, işletmenin organizasyonu, *peculium*'a taşınır ve taşınmaz malların dahil edilebilmesi ve *peculium* içerisinde *peculium*'u olan başka kölelerin bulunması gibi hususlarda çeşitli ayarlamalar yapmak

⁴⁷⁷ Di Porto, **op. cit.**, s. 54.

⁴⁷⁸ D. 15. 1. 5. 4 (Ulpianus libro 29 ad edictum); Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 69.

⁴⁷⁹ Tahiroğlu/ Erdoğmuş, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 173; işletme yöneticisi olarak atanan kölenin hesap tutması gerekiyordu. Bu husus *manumissio*'su anında efendiye iadesi gereken miktarın tespitinde özellikle önem arz ediyordu: Andreau, **op. cit.**, s. 66.

⁴⁸⁰ D. 12. 1. 41 (Africanus libro octavo quaestionum)

⁴⁸¹ Q.v.: Üçüncü Bölüm, IV ve V.

⁴⁸² Micolier, **op. cit.**, s. 374, et. seq.

mümkündü⁴⁸³. İşte *peculium* kurumu zaten kendi başına dahi, çeşitli ihtiyaçlara bu farklılaşma kapasitesi üzerinden cevap verebilmesi ile her türlü ticari amaca hizmet edebilen bir yapıydı. Mesela, köleye, efendi ortaklarca birlikte sahip olunan bir *peculium* verilebileceği gibi, her ortağın sadece kendisinin sahip olduğu bir, toplamda birden fazla *peculium* da verilebilirdi⁴⁸⁴. İlk halde efendi ortaklar müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlardı ve alacaklılar herhangi birini tüm miktar için dava edebilirdi⁴⁸⁵. İkinci halde ise köle esasen her biri farklı ortağa ait işletmelerin yöneticisi olduğundan, ayrı *peculia*'ların malikleri olan ortakların sorumluluğu paylaşması mümkün değildi⁴⁸⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki *peculium*'u, tek bir projenin ötesinde faaliyet gösterebilmesine rağmen tüzel kişilik ile bağdaştırmak mümkün değildir⁴⁸⁷.

Bu başlık altında değinilenlerden, Roma ailesinin *peculium* kurumu ile ticari bir işlevsellik kazandığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Öyle ki müreffeh bir *pater familias*'ın zenginliği tek başına tipik bir ticari işletmeyi finanse etmeye çoğu zaman yetiyor ve birden fazla sahibi olan ayrı bir hukuki varlığa ihtiyacı azaltıyordu⁴⁸⁸. Öte yandan Romalı ticari işletmelerin ezici çoğunluğu küçük ölçekte faaliyet gösteriyordu⁴⁸⁹. Seramik lambalar, demirden eşyalar, kurşun borular, mücevherler ve giysilerden oluşan endüstriyel üretimin çoğunluğu küçük atölyelerde veya zanaatkarların evlerinde gerçekleşiyordu⁴⁹⁰. Fakat Romalılar geniş ölçekli üretime de yabancı değillerdi. Öyle ki MÖ III. yüzyıldan I. yüzyıla doğru kırsal bir tarım

⁴⁸³ D. 15. 1. 7. 4'e göre, "Her türlü mülk hem taşınırlar hem taşınmazlar *peculium*'a dahil olabilir; *peculium*'un içerisinde alt-köleler olabileceği gibi bu alt-kölelerin *peculium*'ları da olabilir. Buna ek olarak borçlulardan alacaklar da."; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit**, s. 371.

⁴⁸⁴ Bu iki halden de D. 15.1.15'de bahsedilmiştir.

⁴⁸⁵ D. 15. 1. 15'de belirtildiği üzere "... Fakat eğer *peculium* müşterek ise tüm miktar için dava edilebilirler ve her birine borçlu olunan miktar düşülür."; D. 15. 1. 27. 8 (Gaius libro nono ad edictum provinciale).

⁴⁸⁶ D. 15. 1. 15'de belirtildiği üzere "... Hatta ortaklar için de eğer her biri *peculium*'unu ayrı tuttuysa aynı geçerlidir. Çünkü bu halde hiçbir, diğerinin *peculium*'u üzerine dava edilemez. ..."

⁴⁸⁷ Roma *peculium*'unun tüzel kişiliği yoktu ve bu husus *societas publicanorum*'dan farklılaştığı alanlardan birisiydi: Hawk, **op. cit**, s. 228.

⁴⁸⁸ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit**, s. 1357.

⁴⁸⁹ Zira pek çok malzememin ve gıda maddelerinin işlenmesinde ve dahi tüketim mallarının imalatında, küçük ölçekli işletmeler standarttı. Klasik bir atölye, ev olarak da kullanılan veya eve bağlı olan bir veya iki küçük odadan oluşup bir zanaatkarın etrafında onunla ve onun için, birlikte çalışan küçük gruplardan oluşuyordu. Dolayısıyla buralarda yapılan üretim kısıtlı olup yatırım da almazlardı. Q.v.: Miko Flohr, "Economy, Roman", In: Smith C. (eds) **Encyclopedia of Global Archaeology**, New York, Springer, 2014, s. 2343.

⁴⁹⁰ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit**, s. 1357; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, **op. cit**, s. 5.

toplumundan tüm Akdeniz coğrafyasında egemenlik icra eden bir devlet görünümü aldığı süreçte geniş ölçekli ticareti ve ekonomik sektörleri ile ticaret hacminin patladığı bir dönem yaşanmıştı⁴⁹¹. Pek çok açıdan Geç Cumhuriyet ve İlk (Erken) İmparatorluk Devrinde yakalanan yaşam kalitesi ve ekonomi seviyesine sanayi devrimi Avrupa'sına kadar asla ulaşamayacaktı⁴⁹². Tuğla yapımı, bronz eritme, cam üfleme ve bakır eşya imalatı endüstrileri kapsamlı fabrika üretimiyle karakterize ediliyordu⁴⁹³. Bununla birlikte kentsel fabrikalarda faaliyet gösteren büyük endüstrilerde sermaye yoğunluğundan ziyade emek uzmanlaşmasından yararlanılıyordu⁴⁹⁴. Bu nedenle, daha sermaye odaklı metal işleme, tuğla ve cam yapımı endüstrilerindeki büyük ölçekli atölyelerin çoğu, tarımda servet kazanmış ve ardından bu servetini farklı alanlara yönlendirme gayretinde olan toprak sahibi ailelerin mülklerinde bulunuyordu⁴⁹⁵.

Nihayetinde Romalılar büyük miktarda sermayeyi bir araya getirmekten ziyade⁴⁹⁶, farklı ticari alanlardaki girişimlerinde sorumluluklarını sınırlı tutmaya daha çok ihtiyaç duyuyorlardı ki bu ihtiyaç, *negotiatio per servos communes* tarafından, *peculium* kurumu ve munzam davalar ile karşılanabiliyordu. Bu nedenle *peculium* kurumunun, Roma ailesinin bir veya birden fazla ticari girişimi finanse edebilme yeteneğini önemli ölçüde genişlettiğini ve *negotiatio per servos communes*'e giden yolda kilometre taşlarından biri olduğunu söylemek daha doğru olur. Nihayetinde, ortak mülkiyette olan bir kölenin bu şekilde kullanılması ile aralarında *fraternitas* ilişkisi bulunmayan, yani birbirlerini tanımayan ve güvenmek zorunda da olmayan girişimcilerin, sorumluluklarını sınırlayarak klasik *societas*'a nazaran daha avantajlı

⁴⁹¹ Malmendier, *op. cit.*, s. 1079.

⁴⁹² Temin, **Roman Market Economy**, *op. cit.*, s. 2; öyle ki et tüketimi ciddi derecede artış göstermiş, ücretler ve gelirler yükselmiş, sıradan Romalılar sonraki pek çok yüzyıl boyunca yaşayacak nesillerden daha refah yaşamışlardı: Q.v.: Hawk, *op. cit.*, s. 70.

⁴⁹³ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 217 vd. ve 276 vd.; ürünleri bütün imparatorluk boyunca tüketilen Kuzey Afrika ve Güney İspanya'da yerleşik balık tuzlama tesisleri epey geniş boyutlara ulaşıyordu. Yine bütün imparatorlukta sofrta takımı (*terra sigillata*), çanak çömlek malzemelerin toptan üretildiği tuğla ve kireç ocaklarının, fırınların ve atölyelerin bulunduğu yalnızca birkaç merkez vardı. Ostia ve Roma'daki kumaş dinkleme fabrikaları 100 kişiye kadar istihdam sağlıyor ve metropol pazarı için uzun mesafeli giyim ticaretinin bir parçası olarak işlev görüyordu. Q.v.: Flohr, *op. cit.*, s. 2343.

⁴⁹⁴ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1358; bireysel üretim ünitelerinin küçük kalabilmesine rağmen büyük miktarlarda tekstil üretiminin yapıldığı şehirlerden bahseden edebi eserler de söz konusudur: Flohr, *op. cit.*, s. 2343.

⁴⁹⁵ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1359; Hawk, *op. cit.*, s. 213.

⁴⁹⁶ Ki bu tarz ihtiyaçlar da doğabiliyor ve sermayesi paylara bölünmüş çağdaş anonim ortaklıklara benzer *societas publicanorum*'lar ile karşılanabiliyordu: Karadeniz, **Roma'da İş İlişkileri**, *op. cit.*, s. 14, dn. 47; Birinci Bölüm, III.

bir ortaklık meydana getirebilmeleri mümkün olmuştur⁴⁹⁷. Böylece *societas*, kolektif girişimler için tek hukuki organizasyonel form değildi⁴⁹⁸.

C. Actiones Adiecticiae Qualitatis (Munzam Davalar)

Zaman içerisinde, hukuken kendi malvarlığında yer alan⁴⁹⁹ ama kölenin kullanımına tahsis edilen *peculium*'un işletilmesi ile kâr elde eden efendinin, *peculium* nedeniyle sorumlu tutulması hakkaniyete uygun görüldü⁵⁰⁰. Bunu sağlamak için Roma hukuku duruma *praetor* eliyle müdahale ederek, kölenin hukuki işlemlerinden efendiyi sorumlu tutabilmenin kapısını araladı⁵⁰¹. Bu kapsamda işletme ve/ veya hakimiyet hakkı sahibine, atadığı işletme yöneticisi veya hakimiyetine tabi kişilerin işlemlerinden dolayı yöneltilen munzam (ek) davalar ihdas edildi⁵⁰². Hatta *praetor*'un bu çabalarının sözleşmesel sorumlulukta başkalarının fiillerinden sorumlu olunmayacağı yönündeki katı prensibin daha tolere edilebilir olmasını sağladığı düşünülebilir⁵⁰³. Böylece görüyoruz ki milattan önce II. yüzyıldan itibaren, işletmenin doğrudan temsil ve malvarlığı ayrımı ihtiyacı daha sonradan orta çağ hukukçularının

⁴⁹⁷ Del Granado, **op. cit.**, s. 341.

⁴⁹⁸ Cerami, **op. cit.**, s. 95.

⁴⁹⁹ David Johnston, Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition, **Chicago-Ken Law Review**, Volume 70, Issue 4, 1995, s. 1522.

⁵⁰⁰ Burdese, **op. cit.**, s. 592; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 279; Karadeniz, **Peculium Müessesesi, op. cit.**, s. 185; Umur, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 160; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 115; Bergh, **op. cit.**, s. 364; Aubert, **Dumtaxat de peculio, op. cit.**, s. 193; Eşref Küçük, **Roma Hukuku'nda Exercitor Navis'in Donatanın Actio Exercitoria'dan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 52; Inst. 4. 6. 10 "Actionem autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit praetor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso iure non teneantur, aequum tamen esset peculio tenus, quod veluti patrimoniam est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos."; D. 14. 3. (Ulpianus libro 28 ad edictum)'e göre, *praetor*, işletme yöneticilerinin fiillerinden yarar sağlayanların, sorumlu tutulup onların yaptıkları sözleşmeler üzerine dava edilebilir olmalarının adil olduğunu düşünmüştü.

⁵⁰¹ Burdese, **op. cit.**, s. 592; Buraya, birlikte sahip olunan köleden de munzam davalar ile sorumlu olduğuna ilişkin Digesta metnini ilâştirmekte fayda görüyoruz: D. 15. 1. 1. 6'ya göre, "Köle üzerindeki hakimiyet gücü mülkiyet hakkı kadar önemlidir; sadece kendi kölelerimiz için değil birlikte sahip olduklarımız için de sorumluyuz. Fakat ayrıca ister gerçekte özgür veya başkalarının köleleri olsunlar, gerçekten bizim kölelerimiz olduğu sanılanlar için de."

⁵⁰² Kaser, **op. cit.**, s. 505; Andreas Wacke, "Die adjektivischen Klagen im Überblick Erster Teil: Von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung**, Vol. 111, No. 1, 1994, s. 281; Lambauer, **op. cit.**, s. 1.

⁵⁰³ Johnston, **Limiting Liability, op.cit.**, s. 1515; Arruñada, **op. cit.**, s. 23; Miskic, **op. cit.**, s. 524; zira böylece *alteri stipulari nemo potest* prensibinden esassız bir sarpma söz konusu oluyordu: Lambauer, **op. cit.**, s. 2.

*actiones adiecticiae qualitatis*⁵⁰⁴ olarak isimlendirdikleri *praetor* icadı yollarla, ek davalarla karşılanmaya çalışılmıştı⁵⁰⁵. Dikkat edilmelidir ki ilk munzam davanın tesisinden önce efendi, kişisel olarak akdetmediği hiçbir sözleşme üzerine dava edilemiyordu⁵⁰⁶.

D. 15. 1. 21. 3 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Si dominus vel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus, sed cogendus est quasi aliam quamvis personalem actionem suscipere.

“Eğer efendi veya aile babası *peculium* dava edildiğinde savunmada bulunmayı reddederse, kişinin bu arzusu dinlenmez, ancak diğer herhangi bir kişisel davada olduğu gibi ihtilafa katılmaya zorlanır.”

Metinden anlaşıldığı üzere efendi ya da aile babasının *peculium*’a ilişkin davayı reddetme isteği nazara alınmazdı. Çünkü bu kişilerin *peculium*’u konu alan uyuşmazlığa katılımları zorunluydu.

Ius civile’ye göre, köleler yaptıkları hukuki işlemler ile efendilerini borç altına sokamazlardı⁵⁰⁷. Öte yandan efendiler köleleri üzerinden hak iktisap edebilirlerdi⁵⁰⁸. İşte ticaret hayatına gem vuran bu durum *praetor*’un tanıdığı davalar ile efendinin sorumluluğuna genişletilmek⁵⁰⁹ suretiyle giderilmeye çalışıldı.

⁵⁰⁴ Wacke, **op. cit.**, s. 281. Ek davaların kronolojik sıralaması; 1- *actio exercitoria* 2- *actio institoria* 3- *actio tributoria* 4- *actio de peculio* 5- *actio de in rem verso* 6- *actio quod iussu* (q.v.: Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 116, n. 47; De Ligt, **op. cit.**, s. 206 ve 207). Öte yandan doktrinde sıralamanın kesin olarak tespit edilmesine yetecek yoğunlukta epigrafik kaynaklara ulaşılamadığı da yaygın olarak ifade edilmektedir: Micolier, **op. cit.**, s. 58.

⁵⁰⁵ Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 372; Altop, **Roma Hukuku’nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 74 ve 75; Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s. 13; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 104; Hawk, **op. cit.**, s. 286; Küçük, **op. cit.**, s. 50; Di Porto, *actio de peculio* (ve *de in rem verso*) davasının zaman içerisinde *actio de peculio annalis* ile temsil olan adaptasyonu da birlikte efendinin *peculium* ve geriye kalan malvarlığı arasında hukuki bir ayrım yarattığını söylemektedir: Q.v.: Di Porto, **op. cit.**, s. 52. Kimileri de ilgili zamanın MÖ I. yüzyıl olduğunu ifade etmişlerdir: Burdese, **op. cit.**, s. 592.

⁵⁰⁶ Honsell, **op. cit.**, s. 35; De Ligt, **op. cit.**, s. 213; zira bir sözleşme ancak ona taraf olanları bağlardı: Hawk, **op. cit.**, s. 286, n. 109; Lambauer, **op. cit.**, s. 1.

⁵⁰⁷ De Ligt, **op. cit.**, s. 213; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 26 ve 27; Altop, **Roma Hukuku’nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 71; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 79; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 159; Özer Sarıtaş, **Roma Kişiler Hukuku**, **op. cit.**, s. 82 ve 83; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 112; D. 50. 17. 133 (Gaius libro octavo ad edictum provinciale): “Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.”.

⁵⁰⁸ **Ibid**; Wacke, **op. cit.**, s. 285.

⁵⁰⁹ Wacke, **op. cit.**, s. 283.

Yukarıda⁵¹⁰ somut amaçlara göre *peculium*'dan yararlanmanın çeşitlilik gösterdiğini belirtmiştik. *Negotiatio per servos communes* için *peculium*'un ticari bir nedenle kölece işletilmesi gerektiğinden, somut amaçlara göre efendinin bu işletmenin faaliyetlerine katılım derecesi⁵¹¹ de farklılık gösteriyordu. İşletmenin ticari faaliyet kapsamında sadece alım satımla uğraşması söz konusu olabileceği gibi, imalathane niteliğinde olması da mümkündü. Dolayısıyla efendinin işletmenin konusuna ilişkin yetkinliğe sahip olması her zaman için söz konusu değildi. Muhakkak ki efendinin elinden gelmeyen işler de olabilirdi ve çoğu zaman ticaret de bunlardan olmak üzere imalat alanında kölesinden daha bilgili ve elinin işe yatkın olması mümkün değildi. Bu kapsamda üretim, ticaret ve işletme alanında efendi, kölesini ya doğrudan kendi hizmetinde kullanıyor yani bir tür mikro yönetim tarzı benimsiyor ya onu belirli bir işinin başına *institor* olarak (temsilci- yönetici) atıyor ya da bir *peculium* ihdas ediyordu⁵¹². Sonuçta kölesini bir gemisinin başına getiren efendinin onun hukuki işlemlerine müdahalesi, pazardaki dükkanının yönetimiyle görevlendirmesi haline nazaran doğal olarak daha azdı⁵¹³. İşte bu kapsamda munzam davalar incelendiğinde de ana prensibin, efendinin sorumluluğunun işletmenin faaliyetlerine dahil olduğu oranda artması olduğu görülmektedir⁵¹⁴. Nihayetinde günümüz modern şirketlerinde cari olan malik olma ve kontrol etme erklerinin ayırımına Roma uygulamasında karşılık gelen bir görünüm ile karşılaşmaktayız⁵¹⁵.

⁵¹⁰ İkinci Bölüm, I, B, 3, c.

⁵¹¹ Aubert, *Dumtaxat de peculio*, **op. cit.**, s. 193. Nihayetinde tüm munzam davalar, efendinin sorumluluğunun kapsamını tanımlamada etkili olan çeşitli özerklik seviyeleriyle yürütülen ekonomik faaliyetler bağlamında efendiye bağımlı olanlar tarafından yapılan hukuki işlemlere yöneliklerdi.

⁵¹² Andreau, **op. cit.**, s. 64.

⁵¹³ İkinci Bölüm, I, C, 3. Gerçekten de efendilerin köle üzerinde uyguladıkları denetim ve gözetim, *peculium*'u ticaret için kullanmak gibi yetenek ve zekâ gerektiren işler mevzu bahis olduğunda epey hafifliyor ve yönetici kölenin performansını yüksek tutmak daha ziyade bir azat ödülü ve umudundan geçiyordu: Sayın, **op. cit.**, s. 479, et. seq.

⁵¹⁴ Aubert, *Dumtaxat de peculio*, **op. cit.**, s. 193; Arruñada, **op. cit.**, s. 24; Földi, *Structure of Enterprises*, **op. cit.**, s. 206; De Ligt, **op. cit.**, s. 212; efendilerin kendilerine tabi olanlardan sorumlu tutulacakları kapsam üzerinde olabildiğince kontrol sahibi olabilmeleri için q.v.: De Ligt, **op. cit.**, s. 210 et. seq.

⁵¹⁵ Földi, *Structure of Enterprises*, **op. cit.**, s. 186; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 373; gerçekten de ticari bir nedenle işletilmek üzere verilen *peculium*'un zaten alanında yetkin kölelere verilmesi bir nevi günümüzde şirket yönetimlerinin profesyonel kadrolara bırakılmasının antik dönemdeki karşılığı gibidir. Dahası köleye birlikte malik olunduğu bir durumda köledeki pay üzerinde malik olanların zamanla değişebilmesine rağmen kölenin ve *peculium*'unun sabit kalabilmesine imkân veren hukuki mekanizmaların varlığı da günümüz şirket paylarının el değiştirebilmesine rağmen şirket yönetiminin etkilenmesinin engellenmesi ve devamlılığın sağlanmasına benzemektedir: Q.v.: Üçüncü Bölüm, II, C, 4.

D. 15. 1. 32 pr. (Ulpianus libro secundo disputationum)

... nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur.

“Çünkü köleyle işlem yapan kişinin gözü, nerede olursa olsun, peculium'un tamamındadır, tıpkı hür bir adamın tüm malvarlığında olduğu gibi.”

Görüldüğü üzere köleyle işlem yapılabilmesinin nedeni zaten *peculium*'un uyandırdığı güvendi ve işlemde kölenin karşısında yer alan kimsenin gözü *peculium*'daydı. İşte sözü edilen ek davalar ile kölenin sebep olduğu kâr ve zarara efendinin katılımındaki dengesizlik düzeltilmeye çalışıldı⁵¹⁶. Bunun için alacaklıların kölenin hukuki işlemlerinden doğan taleplerinin efendiye karşı ileri sürülebilmesi sağlandı. Bu kapsamda munzam davaların önemini vurgulamak için dönemin ticari faaliyetlerinin esaslı bir kısmının hakimiyet altındaki kölelerce gerçekleştirildiğini bir kez daha belirtmekte fayda görüyoruz⁵¹⁷.

Nihayetinde söz konusu davaların ticari bir mahiyeti olduğu açıktır. Dahası efendi açısından sınırlı ve sınırsız sorumluluk rejimleri ihdas edebildiklerine de sıradaki başlıklarda değineceğiz. Fakat bu davaların daha farklı bir yönden de incelenmesi mümkündür. Öyle ki tersten bakıldığında yani bu davaların uygulanması ile ortaya çıkan fiili durum incelendiğinde Roma ticari hayatında cari olan girişimlerin hukuki kaynağı- hukuka yansımaları olarak okunmaları da mümkündür⁵¹⁸. Gerçekten de görülen o ki *praetor* bir yandan *edictum de exercitoria actione* ve *edictum de institoria actione* ile diğer yandan da *edictum de peculio et de in rem verso* ve *edictum de tributaria actione* ile ticari pratiğin gerekliliklerini ve yeni bir zenginlik kaynağı ile tanışan grupların beklentilerini özellikle hakimiyete tabi olanlar üzerine inşa ettiği bir işletme organizasyonu yapısı ile karşılamayı başarmıştı⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Zira hukuki ilişkilerde hakimiyete tabi olanlardan daha fazla yarar sağlayabilmek onların daha etkin kullanılmasını gerektiriyordu. Bu kapsamda da köle ile işlem yapan kimsenin alacağının teminatı olmasının yararı çok büyüktü. Q.v.: Altop, **Roma Hukuku'nda Kölelik**, **op. cit.**, s. 71; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 279; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 373; Wacke, **op. cit.**, s. 298; Küçük, **op. cit.**, s. 50 ve 100.

⁵¹⁷ Földi, **Gedanken zum Handelsrecht**, **op. cit.**, s. 83 ve 84.

⁵¹⁸ Di Porto, **op. cit.**, s. 31; Földi, **Structure of Enterprises**, **op. cit.**, s. 185 ve 186.

⁵¹⁹ Di Porto, **op. cit.**, s. 57 ve 58.

Bu nedenle biz de öncelikle munzam davaları inceleyecek ve ancak ondan sonra Roma Özel Hukukunun *peculium* üzerine inşa edilmiş organizasyonel formlarına değineceğiz.

1. Actio de Peculio ve Actio Tributoria

Efendinin sorumluluğunun miktar olarak sınırlı⁵²⁰ ama kapsam olarak sınırsız olmasının koşulları *edictum de peculio* ve *edictum de tributaria actione* ile tanımlanmıştı⁵²¹. *Peculium*, hukuken efendinin malvarlığında yer almasına rağmen *actio de peculio* ile bir nevi efendinin, işletme/ *peculium* alacaklılarına karşı korunan kişisel malvarlığı ile alacaklılarının alacakları için başvurabilecekleri işletmenin/ *peculium*'un malvarlığı ayrımı (kimi zaman fiktif kimi zaman da hem fiktif ve hem de maddi olarak olarak)⁵²² meydana getirilmiş oluyordu⁵²³.

a. Actio de Peculio

Efendinin, hakimiyetine tabi olanlara, işletilmek üzere verdiği *peculium* miktarınca, tabi olanların yaptığı hukuki işlemlerden üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulduğu *praetor* davasıdır.

(1) Efendinin Duruşu

Actio de peculio, efendinin, işletilmesinin kapsamını belirtmediği, sadece bazı malları köleye bağımsız yönetimi için bıraktığı zaman gündeme gelebiliyordu⁵²⁴. Bu öyle bir haldi ki; efendi, kendisini işletmenin yönetiminden uzak tutuyor⁵²⁵ ve kölenin yaptığı hukuki işlemlerden habersiz (*ignorantia*)⁵²⁶ oluyordu. Bu nedenle de

⁵²⁰ Berger, *op. cit.*, s. 624; Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 154; Rado, *op. cit.*, s. 163; Miskic, *op. cit.*, s. 525.

⁵²¹ Di Porto, *op. cit.*, s. 31.

⁵²² Zira *alieni iuris*'lerin ekonomik temsilci olarak kullanılmaları ile rollerini büyültmek iki yönlü bir yenilik sağlıyordu. İlki efendinin kendisine bağımlı olan bu kişilerin işlemlerinden sorumlu tutulmaları, ikincisi ise bu sorumluluğun sınırlandırılması. Bunlar ise hem işlevleri hem de icraları yönünden dıştan görünüşleri ve bilinirlikleri üzerine bina edilmişti: Q.v.: Arruñada, *op. cit.*, s. 23.

⁵²³ Di Porto, *op. cit.*, s. 52-54; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 373; Arruñada, *op. cit.*, s. 24.

⁵²⁴ Honsell, *op. cit.*, s. 36, Lambauer, *op. cit.*, s. 5.

⁵²⁵ Efendinin söz konusu pozisyonunu Johnston işletmeden bir kol boyu mesafede bulunması (arm's length from the business) şeklinde ifade etmektedir: Q.v.: Johnston, *Roman Law in Context*, *op. cit.*, s. 104.

⁵²⁶ Q.v.: Üçüncü Bölüm, IV; Johnston, *Roman Law in Context*, *op. cit.*, s. 102.

(efendinin) *peculium*'dan alacağı olması halinde diğer alacaklılara karşı önceliği söz konusuydu⁵²⁷. Ayrıca yine aynı nedendendir ki efendinin kölesine *peculium* tesisi onu bir işletmesinin başına *institor* veya *magister navis* olarak atadığı hale nazaran köleye çok daha fazla otonomi⁵²⁸ veriyordu⁵²⁹. Zira böyle bir halde girişimci olan efendiden ziyade kölenin kendisi oluyordu⁵³⁰.

(2) Efendinin Sorumluluğunun Kapsamı

Efendinin sorumluluğu, *peculium* tahsis etmiş olduğu hakimiyeti altındaki kimsenin borçlarından, *peculium*'u teşkil eden mallarla değil, bütün malvarlığıyla ama *peculium*'un o andaki, mahkûmiyet anındaki, dava sonucunda belirlenen değerince (*dumtaxat de peculio*) idi⁵³¹. Yani efendinin sorumluluğu sırf *peculium*'u ihdası nedeniyleydi ve mal ile değil miktar bakımından sınırlı sorumluluktaki⁵³². Dolayısıyla üçüncü kişiye olan borç efendinin malvarlığının herhangi bir kısmıyla ödenebilirdi⁵³³. Buradaki sorumluluk sınırlaması finansal bakımdan olup⁵³⁴ *peculium* bu yönüyle

⁵²⁷ D. 14. 4. 1 pr. için q.v.: n. 573; Johnston'a göre, *actio de peculio*'da efendinin öncelik hakkının varlığı, *peculium*'un efendinin malvarlığında yer almasının doğal bir yansımasıdır. Q.v.: Johnston, **Limiting Liability**, *op.cit.* s. 1522.

⁵²⁸ Bu otonomiye ifade etmek için Kaser'in kullandığı kelime tamlaması "Selbstbewirtschaftung" olup efendiye bağlı olanların *peculium*'u kendilerinin yönetimini ifade etmektedir. Q.v.: Kaser, *op. cit.* s. 506.

⁵²⁹ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.* s. 67.

⁵³⁰ Andreau, *op. cit.* s. 67; *peculium*'lu bir köle yasal olarak efendinin bağımlılarından olmasına rağmen ekonomik aktiviteleri efendinkilerden ayrı olup efendinin adına bir işletme temsilcisi olarak faaliyetle bulunmuyordu: Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.* s. 4.

⁵³¹ Kaser, *op. cit.* s. 506; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.* s. 266; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.* s. 280; Umur, **Roma Hukuku**, *op. cit.* s. 160; Honsell, *op. cit.* s. 36; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, *op. cit.* s. 185 ve 187; Sayın, *op. cit.* s. 459, et. seq; Silver, **Peculium Economy**, *op. cit.* s. 69; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.* s. 66 ve 68; Bergh, *op. cit.* s. 364; Güvel, *op. cit.* s. 380; Fleckner, **Peculium: Device For Donations**, *op. cit.* s. 217; Küçük, *op. cit.* s. 52; Karaaslan, **Peculium**, *op. cit.* s. 62; Lambauer, *op. cit.* s. 5.

⁵³² D. 15. 1. 41'de de kölenin borçlu olduğu miktar için efendinin, *peculium* miktarınca sorumlu olabileceği belirtilmiştir; Kaser, *op. cit.* s. 506; Burdese, *op. cit.* s. 593; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.* s. 280; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.* s. 118 ve 121; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, *op. cit.* s. 185; Bergh, *op. cit.* s. 368; De Ligt, *op. cit.* s. 207; Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.* s. 101; Küçük, *op. cit.* s. 52 ve 53.

⁵³³ Türkoğlu Özdemir, *op. cit.* s. 118; Fleckner, **Peculium: Device For Donations**, *op. cit.* s. 217; q.v.: Inst. 4. 6. 36: "Dahası, bize borçlu olunan her şeyi elde edemediğimiz fakat bazen borcun tüm bazen de daha az bir miktarını elde edebildiğimiz belirli davalar vardır. Öyle ki söz konusu *peculium*'un miktarı elde etmeye çalıştığımız miktardan daha az değil ise baba veya efendi hakkında tüm miktar üzerinden karar verilir. Fakat *peculium*'un miktarı dava edilenden borç miktarından daha az ise mahkeme *peculium*'un tüm değeri kadar bir miktar için karar verir. *Peculium* değerinin nasıl hesaplanması gerektiğini yeri gelince açıklayacağız."

⁵³⁴ Johnston, **Limiting Liability**, *op.cit.* s. 1522.

efendinin riskli işlemlere karşı sorumluluğunu sınırlamasının bir aracı olarak işlev görüyordu⁵³⁵. Fakat bu dava özelinde, fonksiyonel bir sınırlama da vardı. Zira efendiyi bu dava ile bağlayan, kölenin her türlü işlemi değildi. Kölenin işlem yapma nedeni (*causa peculii*) kriter olup efendinin borcunu ödemek gibi bir işini görmek veya *peculium*'un tesis amacı doğrultusunda ya da yararına yapılmış olmalıydı⁵³⁶. Ulpianus'tan aktarıldığına göre, kölenin *peculium*'u ilgilendirmeyen bir konuda iyilik olarak kefil olmasının efendiyi *peculium* üzerine dava ile sorumlu kılmayacağı⁵³⁷ sabittir. Ona göre, kölenin üçüncü bir kişiyi alacaklıya ödeme yapmak hususunda yetkilendirmesi durumunda işlem nedeninin araştırılması gerekir⁵³⁸. Bu kapsamda ödemenin *peculium* alacaklısı yararına olması durumunda efendinin *peculium* üzerine sorumlu olacağı fakat sadece bir iyilik olarak yapılması durumunda ise efendinin sorumluluğunun doğmayacağı açıktır. Son olarak, efendinin, *peculium* verdiği kölesinden sorumlu olacağı miktarı sınırlamak için faaliyet alanını sınırlaması onu *institor*'u veya *magister navis*'i olarak atamadıkça mümkün değildi⁵³⁹.

(3) Efendi ile Kölesi Arasındaki Alacaklılık- Borçluluk İlişkisi

Efendi ile kölesi arasındaki alacaklılık ve borçluluk ilişkileri esasında bir önem arz etmez gibi görünebilir. Bu düşünce aslında yanlış da değildir. Zira kölede olan her şey aslında efendisinin mülkiyetine tabidir. Dolayısıyla efendi, kölesinden olan alacağını hakimiyet ilişkisi gereği kendisi zorla elde edebilirken, kölenin ise efendisinden dava edebileceği bir alacağı olması fikri tasavvur dahi edilemez⁵⁴⁰. Lakin aralarındaki bu alacaklılık- borçluluk ilişkisi, kölenin *peculium* dolayısıyla ve aracılığıyla üçüncü kişiler ile hukuki işlemlere girişmesi halinde önem arz etmeye başlardı.

⁵³⁵ Grotkamp, **op. cit.**, s. 125.

⁵³⁶ Johnston, **Limiting Liability**, **op.cit.**, s. 1522; öte yandan aile evlatlarına verilen *peculium*, yaptıkları her işlemde dolayı efendiyi *peculium* miktarınca sorumlu kılıyordu. Aile evladının işlem yapma nedeni (*causa peculii*) kriter değildi: Q.v.: Kaser, **op. cit.**, s. 506; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 266; Johnston, **Limiting Liability**, **op.cit.**, s. 1522

⁵³⁷ D. 15. 1. 3. 5 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

⁵³⁸ D. 15. 1. 3. 6 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

⁵³⁹ *Peculium* verdiği kölesiyle belirli veya herhangi bir işlemin yapılmasını yasaklaması onu işletmesinin başına atamadıkça mümkün değildi: Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 67.

⁵⁴⁰ Efendi ile köle arasındaki borç ilişkisi doktrinde tabii borç olarak tanınmıştır: Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 280; Kaser, **op. cit.**, s. 507.

Bu kapsamda efendinin sorumluluğu *actio de peculio* ile *peculium* değeri miktarınca sınırlandırıldığından, bu miktarın tespitinde efendinin kölesinden olan alacakları *peculium*'un değerinden indirilirken⁵⁴¹, kölenin efendisinden olan alacakları da *peculium*'un değerine ekleniyordu⁵⁴². Bu husus o kadar kanıksanmış bir haldi ki Ulpianus, *peculium*'un içerisindeki ticaret için kullanılan kısmın, ticari malın tanımını yaparken “Merx peculiaris ifadesindeki *peculium* kelimesi genelde olduğu gibi efendiye borçlu olunan düşüldükten sonra kalanlar manasında değildir.”⁵⁴³ diyerek *peculium*'dan anlaşılanın çoğunlukla, bu kısım çıkarıldıktan sonra geriye kalan olduğunu ifade etmiştir. Bu miktarın tespitinde titiz davranılıyor ve efendinin hileli bir şekilde mal kaçırmasının önüne geçmek için bu tarz kaçırılan miktarlar *peculium*'u artıran değerlerden sayılıyordu⁵⁴⁴. Öte yandan efendinin hileli bir şekilde *peculium*'u eksiltmesi durumunda eksiltelen miktar kadar kölenin efendiye zaten borçlu olması da mümkün olabilirdi. Böyle bir halde efendinin sorumlu kalmayacağı Paulus tarafından⁵⁴⁵ belirtilmiştir. Böylece alacakların eklenip borçların çıkarılması ile tespit edilen *peculium* miktarı efendinin üçüncü kişilere olan sorumluluğunun ölçüsünü gösteriyordu⁵⁴⁶.

⁵⁴¹ Kaser, **op. cit.**, s. 507; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 266; Burdese, **op. cit.**, s. 594; D. 15. 1. 5. 4'e göre, “Disgesta'sının altıncı kitabında, Celsus'a göre, Tubero, bir *peculium*'u kölenin efendisinin izniyle kendisinin ayrı bir hesabında efendisine olan borcu düşüldükten sonra tuttuğu malvarlığı miktarı olarak tanımlar.”; Aynı doğrultuda D. 15. 1. 9. 2'de de *peculium*'un değeri tespiti yapılmadan evvel kölenin efendiye olan borcunun düşüleceğinden bahsedilir; D. 15. 1. 9. 3'de de kölece, efendinin hakimiyetindeki bir başka kimseye olan borcun da düşüleceği ifade edilip nedeni olarak da bu borcun gerçekte efendiye olduğu belirtilmektedir.

⁵⁴² Kaser, **op. cit.**, s. 506; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 266; Burdese, **op. cit.**, s. 594; D. 15. 1. 7. 6'e göre de “Ayrıca efendinin karşılamak istediği kölece efendi adına yapılan harcamalar veya efendinin kölenin borçlularından birine karşı açtığı davanın gelirleri gibi efendinin köleye borçlu olduğu her şey *peculium*'a dahil edilmelidir. Bu yüzden efendi aksine karar vermedikçe, kölenin satın aldığı mülkten onu tahliye etmek nedeni ile elde ettiği çifte yarar nedeniyle bu yararın biri yani mülkün fiyatı kölenin *peculium*'una tahsis edilecektir.”; Bu metindeki çifte yarardan (tazminattan) kasıt kanımızca efendinin para harcamaması ve buna rağmen mülk edinmesidir. Aynı yönde q.v.: D. 14. 4. 1. 2; Ayrıca D. 15. 1. 7. 7'ye göre, kölenin, efendinin başka bir kölesinden olan alacakları da ekleniyordu.

⁵⁴³ D. 14. 4. 1. 2 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

⁵⁴⁴ D. 15. 1. 9. 4'e göre, “Efendi ya da baba ayrıca tutor veya curator'u olarak hareket ettikleri ve işlerini yönettikleri kimselere olan borçları da düşebilirler. Bu kural eğer dolandırıcılıktan suçluysalar yani hileyle *peculium*'u ortada kaldırıyorlar veya yok ederlerse uygulanmaz. Sorumlulukları kişiseldir. ...”; Aynı yönde başka bir metin için q.v.: D. 15. 2. 1; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 266; Burdese, **op. cit.**, s. 594; Lambauer, **op. cit.**, s. 5.

⁵⁴⁵ D. 15. 1. 26'e göre, “*Peculium* üzerine dava edilen efendi, hileli olarak davrandığı temelli olarak ödeme yaparsa sonraki davalarda bu nedenle sorumluluktan muaftır. Ve kölenin kendisine olan borçları *peculium*'u tükettiği miktara eşitse hiç sorumlu tutulmamalıdır. Köleyi azat etmesi veya devretmesi halinde ise sonraki bir yıl için hilesinden sorumlu olmaya devam eder.”

⁵⁴⁶ Grotkamp, **op. cit.**, s. 130.

(4) Efendinin Öncelik Hakkı

Efendinin alacağını tahsil konusunda öncelikle tenzil hakkı (*ius deducendi*) vardı. Çünkü ancak kendisine borçlu olunan miktar düşüldükten sonra kalan miktarca üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulabiliyordu⁵⁴⁷. Ayrıca *peculium* miktarını alacaklılara orantılı olarak dağıtmak gibi bir yükümlülüğü de olmadığından efendiye önce başvuran daha avantajlı durumdaydı⁵⁴⁸. Zira efendinin müracaat sırasına göre⁵⁴⁹ ve *peculium*'un davada tespit edilen değeri kadar ödemede bulunması yeterliydi. Çünkü *peculium*'un değeri, ihtilaf *praetor* önüne geldiğinde değil, hâkim önündeki yargılamada belirlenirdi. Bu kapsamda efendinin *peculium* üzerine dava edildiği anda *peculium*'un boş olması ve karar anında ise bir takım malvarlığını haiz olması da ihtimaller dahilindeydi. Çünkü *peculium*'un hukuki statüsünü ve varlığını kaybetmeden tamamen boş olması veya sadece borçlardan oluşması da ihtimallerden bir diğerydi⁵⁵⁰. Bu doğrultuda Ulpianus⁵⁵¹ dava anında *peculium*'un boş olması gibi bir durumda davanın temelinin ve konusunun doğru kalacağından hareketle davanın görülmeye devam edilmesinin uygun olacağını belirtmiştir.

(5) Peculium'un Değer Tespitinde Esas Alınacak Anlar

Peculium'un değer tespitinde kural, karar anına göre tespit edilen değer esas alınmasıdır. Fakat *Digesta*'da, tespitte kullanılan başka önemli anlara da rastlıyoruz⁵⁵². *Peculium* üzerine dava edilen kişinin kaçırılması halinde, sorumlu olunacak *peculium* değeri kaçırılma anına⁵⁵³; *peculium* üzerine dava devam ederken hakimiyet

⁵⁴⁷ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 68.

⁵⁴⁸ Kaser, *op. cit.*, s. 507; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 281; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, *op. cit.*, s. 186 ve 187.

⁵⁴⁹ Burdese, *op. cit.*, s. 594; Kaser, *op. cit.*, s. 507.

⁵⁵⁰ D. 15. 1. 16 (Iulianus libro 12 digestorum); Aubert, **Dumtaxat de peculio**, *op. cit.*, s. 196.

⁵⁵¹ D. 15. 1. 30 pr. (Ulpianus libro 29 ad edictum): "Üzerine dava açıldığında *peculium*'un boş olduğunu fakat karar zamanı geldiğinde bazı valıkların olduğunu varsay. Dava başarıya ulaşır mı? Proculus ve Pegasus davanın bu şartlarda sürdürülebilir olduğunu düşünürler; öyle ki *peculium* boş olsa da intentio doğru kalmaya devam eder. Aynı görüş action for production ve actio in rem hakkında da geçerlidir, ve ben dahi bunu uygun buluyorum."

"Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt: intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quae sententia et a nobis probanda est."

⁵⁵² Aubert, **Dumtaxat de peculio**, *op. cit.*, s. 199-200.

⁵⁵³ D. 15. 1. 55 (Neratius libro primo responsorum): "Is cum quo de peculio agebam a te vi exemptus est: quod tunc cum vi eximeres in peculio fuerit, spectari."

altındaki ölmesi üzerine, ölüm anına⁵⁵⁴; efendinin *peculium*'dan alacaklı olana mirasçı olması halinde alacaklının ölüm anına⁵⁵⁵; kölenin vasiyetname ile azat edilmesi ve *peculium*'unun kendisine miras bırakılması üzerine, özgürlüğün kazanılma anına⁵⁵⁶; kölenin *peculium*'unun bir yabancıya miras bırakılması halinde; miras bırakanın ölüm anına⁵⁵⁷ sabitlenir. Önemi ise bu anlardan sonra *peculium*'da meydana gelecek (köle kızın veya büyükbaş hayvanların yavruları gibi) artışların efendi malikin sorumluluğunda dikkate alınmayacağıdır. Zira *peculium*, bileşenlerine ve yönetimine bağlı olarak değişken, oynak bir yapıda olabileceğinden sözleşme yapacak tarafların *peculium*'un değerindeki müstakbel gelişmeleri öngörmeleri zordu⁵⁵⁸.

Bu tarz belirli anların önceden belirlenmiş olmasının sağladığı hukuki güvenlik bir tarafa, *peculium*'u oluşturan şeylerin hassas bir kesinlik ile köle dışında kimseler tarafından bilinebilmesi muhtemelen zaten mümkün değildi. *Peculium* alacaklılarına nazaran malik konumundan dolayı en iyi durumda addedilebilecek efendi dahi ancak envanterlerde ve hesap defterlerinde belirtildiği oranda *peculium*'un değeri hakkında bir fikir sahibi olabilirdi⁵⁵⁹. Kaldı ki bu ihtimal dahi bu tür hesap defterlerinin varlığına, güncel ve anlaşılır şekilde tutuluyor olmalarına bağlıydı⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ D. 15. 1. 57 pr. (Tryphoninus libro octavo disputationum): “Si filius vel servus, cuius nomine dumtaxat de peculio actum est, ante finitum iudicium decesserit, id peculium respicietur, quod aliquis eorum cum moriebatur habuit.”

⁵⁵⁵ D. 15. 1. 50. 1 (Papinianus libro nono quaestionum): “Si creditor patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituerit, quia mortis tempus in falcidia ratione spectatur, illius temporis peculium considerabitur.”

⁵⁵⁶ D. 15. 1. 57. 1 (Tryphoninus libro octavo disputationum): “Sed eum, qui servum testamento liberum esse iubet et ei peculium legat, eius temporis peculium legare intellegi Iulianus scribit, quo libertas competit: ideoque omnia incrementa peculii quoquo modo ante aditam hereditatem acquisita ad manumissum pertinere.”

⁵⁵⁷ D. 15. 1. 57. 2 (Tryphoninus libro octavo disputationum): “At si quis extraneo peculium servi legaverit, in coniectura voluntatis testatoris quaestionem esse, et verosimilius esse id legatum quod mortis tempore in peculio fuerit ita, ut quae ex rebus peculiaribus ante aditam hereditatem accesserint debeantur, veluti partus ancillarum et fetus pecudum, quae autem servo donata fuerint sive quid ex operis suis adquisierit, ad legatarium non pertinere.”

⁵⁵⁸ Aubert, *Dumtaxat de peculio*, op. cit, s. 200.

⁵⁵⁹ Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, op. cit, s. 69.

⁵⁶⁰ Aubert, *Dumtaxat de peculio*, op. cit, s. 197.

(6) Actio de Peculio Annalis

Peculium, efendinin geri almasıyla⁵⁶¹, kendisinin veya kölenin ölümü ile ve kölenin azat edilmesi ile sona erebilirdi⁵⁶². Efendi tarafından geri alınması hariç⁵⁶³ bu hallerde, alacaklı, artık başvurabileceği bir *peculium* olmasa da ortadan kalkmasından sonraki bir sene içerisinde *peculium*'a dayanan senelik dava olan *actio de peculio annalis*'i açabilirdi⁵⁶⁴. Bu dava açıldığında ise *peculium* değerinin hesabında davanın niteliği gereği özellik arzeden durumlar söz konusu oluyordu. Duruma açıklık getiren *Digesta* metni şöyledir:

D. 15. 2. 3 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium)

Definitione peculii interdum utendum est etiam, si servus in rerum natura esse desiit et actionem praetor de peculio intra annum dat: nam et tunc et accessionem et decessionem quasi peculii recipiendam (quamquam iam desiit morte servi vel manumissione esse peculium), ut possit ei accedere ut peculio fructibus vel pecorum fetu ancillarumque partibus et decedere, veluti si mortuum sit animal vel alio quolibet modo perierit.

“Böylece kölenin varlığı sona erdiğinde ve praetor sonraki bir yıl için *peculium* üzerine dava verdiğinde, açık konuşmak gerekirse *peculium*'un kölenin manumissio'su veya ölümü üzerine sona ermesine rağmen *peculium* ifadesini; ekinler ürün verdiğinde veya köleler veya sığırlar doğurduğunda ortaya çıkan kazançları elde etmek ve bir hayvan öldüğünde veya başka bir şekilde kaybolduğunda ortaya çıkan zararlara katlanmak için sanki hala varmış gibi kullanılır.”

Bu paragraf ile beraber bir değerlendirme yapıldığında kölenin ölüm anında *peculium* üzerine devam eden bir davanın bulunması durumunda *peculium* değerinin tespitinde kölenin ölüm anı esas alınıyor fakat devam eden böyle bir davanın

⁵⁶¹ Türkoğlu Özdemir, *op. cit.*, s. 118; Berger, *op. cit.*, s. 624.

⁵⁶² Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 279; Rado, *op. cit.*, s. 163; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.*, s. 118.

⁵⁶³ *Peculium*'un efendi tarafından geri alınması haline yönelik açıklamalarımız için q.v.: Üçüncü Bölüm, II, A.

⁵⁶⁴ Rado, *op. cit.*, s. 163; Kaser, *op. cit.*, s. 507; Burdese, *op. cit.*, s. 594; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 281; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 267; Karadeniz, *Peculium Müessesesi*, *op. cit.*, s. 186 ve 188; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.*, s. 118, n. 54; De Ligt, *op. cit.*, s. 215; Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, *op. cit.*, s. 68; Sayın, *op. cit.*, s. 460.

bulunmaması halinde ise kölenin ölüm anından itibaren bir yıllık süreç içerisinde *annalis* davası açılana kadar meydana gelen değer artış ve azalışları da hesaba katılıyordu.

D. 15. 2. 1. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est: post mortem autem eius vel postquam emancipatus manumissus alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis.

“Köle veya aile evladı hakimiyet altında bulunduğu sürece, *peculium* üzerine dava açılması için bir zaman kısıtlaması yoktur. Fakat onun ölümü, *emancipatio*'su, *manumissio*'su veya devri üzerine bir yıllık bir zaman sınırlamasına tabi olur.”

Bu *Digesta* parçasında da görüldüğü üzere *peculium* devam ettiği sürece, davası bir zaman sınırlamasına tabi değilken *peculium*'un bahsi geçen şekillerde sona ermesi ile bir yıllık zaman sınırlaması gündeme gelirdi⁵⁶⁵. Ayrıca belirtilmelidir ki bu parçada bahsi geçen devir, kölenin *peculium*'suz devridir⁵⁶⁶.

Peculium'u işleten köle satılır ve *peculium* da köle ile birlikte devredilirse *peculium*'a ilişkin davalardan artık bu kişi sorumlu olurdu⁵⁶⁷. Yani yeni efendinin, kölenin satılmasından önceki tarihli işlemlerden, *peculium*'u elinde bulundurduğu için sorumlu olduğu haller de söz konusu olabiliyordu⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ D. 15. 1. 26 (Paulus, On the Edict, Book XXX.) da bu doğrultudadır.

⁵⁶⁶ Buradaki devrin *peculium*'suz bir devir olduğu sonucuna D. 15. 2. 1. 1, 5, 6 ve 7 numaralı paragraflar beraber değerlendirildiğinde de ulaşılmaktadır.; Ayrıca *peculium*'suz devirde *annalis* davasının açılabilmesine ilişkin q.v. D. 15. 1. 27. 2.

⁵⁶⁷ D. 15. 1. 32. 1'e göre, “Bu davada, bir öncekinin tekrarı bile olsa, önemli olan, boşaltılmış veya doldurulmuş olsun, *peculium*'un mevcut durumu olduğu için *peculium*'daki artış ve düşüşlerin hesaba katılması gerekir. Bu yüzden kölenin satılması durumunda doğru görüşün, *peculium*'daki herhangi bir artışı alıcıdan elde edebilmemiz olduğu görünmektedir. Alıcıya açılacak dava, sanki hepsi tek bir davaymış gibi satıcının dava edildiği tarihe yürütülmez.”; Grotkamp, **op. cit.**, s. 141.

D. 15. 1. 32. 2'ye göre, “*Peculium*'u köle ile birlikte satan ve teslim eden satıcı, bir yılın içinde dahi *peculium* için dava edilemez. Zira Neratius'un dediği gibi, kölenin bedeli *peculium* değildir.”

D. 15. 1. 27. 2'ye göre de “Devirden itibaren bir yıl için köleyi devreden kimseye karşı *peculium* üzerine praetor davası açılabilmesine rağmen, mevcut *peculium*'un, devralan malikin hakimiyeti altında yeni kazanılmış olmasından veya satışın veya bağışın/ hediyeinin parçasını oluşturan eskisinin köleye tekrar bahşedilmesinden mücerret olarak yeni efendi de dava edilebilir.”

⁵⁶⁸ Burdese, **op. cit.**, s. 594; Sayın, **op. cit.**, s. 461; D. 15. 1. 32. 2'e göre, “*Peculium*'u köle ile birlikte satan ve teslim eden satıcı, bir yılın içinde dahi *peculium* için dava edilemez. Zira Neratius'un dediği gibi, kölenin bedeli *peculium* değildir.”; D. 15. 1. 33: “Ama eğer köle, ücretin, *peculium*'un yerini alması

b. Actio Tributoria

Efendinin hakimiyetine tabi olanlar, *merx peculiaris* ile ticari faaliyette bulunurken borç ödeyemez duruma düştüklerinde efendi, *peculium*'un ilgili ticari faaliyete özgülenen bu kısmını alacaklıları arasında alacakları oranında bölüştürürken kendisine hakkı olandan daha az pay ayrıldığını iddia eden alacaklı tarafından hakimiyet hakkı sahibine açılan *praetor* davasıdır.

Merx peculiaris, *peculium*'un ticari işletmeyi teşkil eden, onu oluşturan kısmına denir. *Actio tributoria*'nın söz konusu olabilmesi için *peculium*'un işte bu kısmına yani *merx peculiaris*'e ilişkin⁵⁶⁹ işlem yapılması gerekirdi⁵⁷⁰.

(1) Efendinin Duruşu

Actio tributoria bir süre sınırına tabi değildi⁵⁷¹ ve hem efendi hem de halefi, kölenin işlemlerinden, ölümü halinde dahi süre sınırı olmaksızın sorumlu tutulurlardı⁵⁷². *Actio de peculio*'nun özelleşmiş bir şekli olup⁵⁷³ ondan bir diğer farkı da kölenin *merx peculiaris* ile ilgili hukuki işleminin efendinin bilgisi dahilinde, (*scientia*)⁵⁷⁴ olmasıydı⁵⁷⁵. Aubert, efendinin bu tavrını “laissez-faire” tutumunu

şartıyla satılmışsa, *peculium* sanki satıcının elindeymiş gibi davranılabilir.”; D. 15. 1. 34: “*peculium*'u oluşturan eşyaların elinde bulunduğu kişiden ziyade.”

⁵⁶⁹ D. 14. 4. 5. 4'e göre, “*Merx*'e ilişkin/nedeniyle nitelmesi yerindedir. Zira aksi halde köleyle yapılan her işlem dağıtım davasına (*actio tributoria*'ya) neden olurdu.”; Aubert, **Dumtaxat de peculio**, **op. cit.**, s. 202.

⁵⁷⁰ *Actio tributoria*'nın hâkimiyete tabi olan kimsenin yani kölenin, kendisine verilen *peculium*'un *merx peculiaris* kısmını “ticari bir işte, bir teşebbüste” kullanması halinde söz konusu oluşuna ilişkin q.v.: D. 14. 4. 1 pr.; D. 15. 1. 27 pr.; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 187; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 373, n. 41; De Ligt, **op. cit.**, s. 207; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 267; Chiusi, **op. cit.**, s. 99; Grotkamp, **op. cit.**, s. 134.

⁵⁷¹ D. 14. 4. 7. 5'e göre, “Bu dava süre sınırına tabi değildir ve yararlandığı miktar için mirasçıya karşı açılır.”

⁵⁷² D. 14. 4. 8'e göre, “Bu, bir hile davası değil, tazmin edici bir davadır. Bu yüzden efendi, kölenin ölümünden sonra bile sorumludur. Ve mirasçısı da ölenin davranışından dolayı süre sınırı olmaksızın sorumlu tutulur. Sadece hile gerçekleşirse bu davanın mevcut olmasına rağmen, bu doğrudur.”

⁵⁷³ Rado, **op. cit.**, s. 163 ve 164; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, **op. cit.**, s. 187; Sayın, **op. cit.**, s. 468.

⁵⁷⁴ Q.v.: Üçüncü Bölüm, IV.

⁵⁷⁵ D. 14. 4. 1 pr.; D. 15. 1. 27 pr.; Berger, **op. cit.**, s. 345; Burdese, **op. cit.**, s. 595; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 373; De Ligt, **op. cit.**, s. 207 ve 220; Kaser, **op. cit.**, s. 507; Honsell, **op. cit.**, s. 36; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 267; Chiusi, **op. cit.**, s. 99; Johnston, **Roman Law in Context**, **op. cit.**, s. 102; Küçük, **op. cit.**, s. 58; Sayın, **op. cit.**, s. 470.

benimsemiş olması olarak ifade etmiş ve efendinin farkında olup tolere etmesi olarak açıklamıştır⁵⁷⁶.

Bunun sonucu olarak da bu dava ile *actio de peculio*'dan farklı olarak hem kölenin ekonomik aktivitelerindeki otonomisi hem de efendinin kölenin işlemlerinden (*peculium* ilgili kısmı miktarınca) sınırlı sorumluluğu sağlanıyor fakat efendi *peculium*'a yönelik alacakları için öncelik hakkını kaybediyordu⁵⁷⁷.

Öte yandan *actio de peculio*'da *peculium*'un değer tespitinde yaşanan zorluklar *actio tributoria*'da da geçerliydi. Hatta daha da elverişsiz olarak davacının, alacaklının efendinin farkındalığını (*scientia*'sını) ispatlaması da gerekliydi. Bu ise gerçek bir güçlükü. Zira *institoria*, *exercitoria* ve *quod iussu* davalarından sorumlu tutulmak için gerekli efendinin rızası-iradesi, *voluntas*'ın çoğu durumda bir *iussum*⁵⁷⁸ veya *praepositio*⁵⁷⁹ ile ifadesi nedeniyle tespit edilebilir nitelikteydi⁵⁸⁰. *Scientia* ise daha az izi sürülebilir nitelikteydi.

(2) Actio Tributoria'da Genel Durum

Köle, *peculium*'undaki mallarla ticari faaliyette bulunurken aciz duruma düştüğünde yani *peculium*'u borçlarının ödenmesine yetmediğinde efendi yine sadece *peculium* miktarınca sorumlu tutuluyordu. Fakat *actio de peculio*'dan farklı olarak bu miktarı alacaklıları arasında alacakları oranında (*pro rata*) bölüştürülmek zorunda

⁵⁷⁶ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 68; ayrıca Chiusi tarafından da *scientia* tutumu, efendinin bilmesi fakat *voluntas*'ının olmaması yani tolere etmesi kavramları ile açıklanmıştır: Chiusi, *op. cit.*, s. 100.

⁵⁷⁷ D. 14. 4. 1 pr.'e göre, "Bu edictum'un avantajlarından biri, efendiye dıştan bir alacaklıymış ve kölesinin merx peculiaris ile ticaret yaptığıının farkındaymışçasına davranmasıdır. Öte yandan diğer hallerde kölenin sözleşmeleriyle ilgili olarak, kendisine borçlu olunan miktar düşüldükten sonra kalan *peculium* ile sorumlu olduğu için, imtiyazlı durumdadır."; Rado, *op. cit.*, s. 164; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.*, s. 106; Berger, *op. cit.*, s. 345; De Ligt, *op. cit.*, s. 207 ve 220; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 373; Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 282; Karadeniz, **Peculium Müessesesi**, *op. cit.*, s. 187; Aubert, **Dumtaxat de peculio**, *op. cit.*, s. 201; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 68.

⁵⁷⁸ Efendinin üçüncü bir kişiyi, kendi hakimiyetine tabi olan bir kimse ile sözleşme yapmak konusunda yetkilendirmesi.

⁵⁷⁹ Efendinin, kendi hakimiyetine tabi bir kimseyi veya *sui iuris* bir kimseyi faaliyet kapsamını ve yöneticinin yetkisini de belirleyerek atama işlemi.

⁵⁸⁰ Aubert, **Dumtaxat de peculio**, *op. cit.*, s. 202; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 50; Polojac, *op. cit.*, s. 149.

kalıyordu⁵⁸¹. Burada önem arz eden husus⁵⁸² efendinin kendisinin artık öncelik hakkı olmadığından dolayı eğer kendisinin de kölesinden alacağı⁵⁸³ var ise diğer *peculium* alacaklılarıyla beraber alacağı oranında bölüştürmede kendi payına düşecek kısımla yetinmek zorunda olmasıydı⁵⁸⁴. İşte alacaklılardan biri bu bölüştürmenin doğru yapılmadığına, kendisine hileyle (*dolus malus*) bile bile hakkı olandan daha az pay ayrıldığına inanıyorsa bu dava ile zararının tazminini dava açtığı efendiden isterdi⁵⁸⁵. Bu bahsedilen hal tüm alacaklıların dağıtımına katılmaları halidir ki hayatın olağan akışı içerisinde de bu durum her zaman gerçekleşmezdi. Gerçekten de dağıtım başvurusunda bulunan alacaklılara alacakları oranında yapıldığından sadece bir alacaklının başvurup alacağının tümünü elde etmesi de ihtimallerden biriydi. Böyle bir halde bu kişiden, sonradan ortaya çıkacak *peculium*'un ticari alacaklılarına alacaklılarıyla orantılı olarak ödeme yapacağına yönelik bir *cautio*⁵⁸⁶ alınırdı⁵⁸⁷.

⁵⁸¹ Kaser, **op. cit.**, s. 507; Rado, **op. cit.**, s. 164; Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 13; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 106; Sayın, **op. cit.**, s. 468; Bergh, **op. cit.**, s. 365.

⁵⁸² D. 14. 4. 5. 6'ya göre, "Dağıtım katılabilirler bir taraftan ticaretle uğraşanın kendisinin hakimiyetinde bulunduğu kişi diğer taraftan da işletmenin alacaklılarıdır."

⁵⁸³ Burada akla efendinin kölesinden olan alacağının işletmeye yönelik olması ya da kölenin ticaretle uğraşmaya başlamasından sonra doğması gerekip gerekmediği gelebilir. Bu hususta D. 14. 4. 5. 7'de "Sadece işletmeye yönelik borçlar mı yoksa diğer borçlar da efendiye dağıtım katılma hakkını verir mi? Labeo diyor ki borcun ne için olduğu ve kölenin ticarete başlamasından önce veya sonra altına girildiği önemsizdir. Efendi öncelik hakkını kaybederek yeterince dezavantajlı durumdadır." denmektedir; Chiusi, **op. cit.**, s. 99.

⁵⁸⁴ Kaser, **op. cit.**, s. 507 ve 508; Burdese, **op. cit.**, s. 595; Berger, **op. cit.**, s. 345; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 267; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 282; Karadeniz, **Peculium Müessesesi, op. cit.**, s. 187; De Ligt, **op. cit.**, s. 207.

⁵⁸⁵ Burdese, **op. cit.**, s. 595; Wacke, **op. cit.**, s. 290; Rado, **op. cit.**, s. 164; Türkoğlu Özdemir, **op. cit.**, s. 106; Berger, **op. cit.**, s. 624; Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 154; Koschaker/ Ayiter, **op. cit.**, s. 282; Jörs/ Kunkel/ Wegner, **op. cit.**, s. 267; Karadeniz, **Peculium Müessesesi, op. cit.**, s. 187; De Ligt, **op. cit.**, s. 207; Kaser, **op. cit.**, s. 508; Grotkamp, **op. cit.**, s. 134; Sayın, **op. cit.**, s. 468; Karaaslan, **Peculium, op. cit.**, s. 65.

⁵⁸⁶ *Cautio*, kısaca bir kimsenin, genelde *stipulatio* yoluyla, başka bir kimseye karşı teminat olmak üzere taahhüt altına girmesidir. Böylece bu kişi esas mükellefiyet yerine getirilmediğinde *stipulatio*'dan sorumlu tutulurdu: Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 34; zaten mevcut olan bir yükümlülüğün ya da yasa tarafından korunmayan bir görevin icrası için bir garanti olarak kabul edilen yükümlülüğü belirtir ve en basit formu safi bir *stipulatio* yoluyla taahhütte bulunulmasıdır: Berger, **op. cit.**, s. 384.

⁵⁸⁷ D. 14. 4. 5. 19'a göre, "Dağıtım, iddiada bulunan kimselere iddiaları oranında yapıldığından dolayı, öne çıkıp iddiada bulunan tek alacaklı alacağının tümünü elde eder. Fakat *peculium*'un diğer ticari alacaklıları da olabileceğinden, öne çıkan tek alacaklı sonradan ortaya çıkacak alacaklılara orantılı şekilde ödeme yapacağına yönelik *cautio* vermek zorundadır."

(3) Peculium'un Özelleşmiş Kısmı: Merx Peculiaris

Actio tributoria ile dağıtımı yapılan malvarlığı değerinin *peculium*'un *merx peculiaris*'e ilişkin kısmı olması nedeniyle bu dava ile alacaklıların erişimine açık olan malvarlığı kısmı, *actio peculio* ile dava eden alacaklılara açık olan kısma nazaran daha sınırlıydı⁵⁸⁸. Nihayetinde *peculium* esasında oldukça geniş bir kavram olup efendinin kölesine sağlamak zorunda olmadığı her şey *peculium*'un kapsamına dahil sayılıyordu⁵⁸⁹. Yani *peculium* işletmeleri söz konusu olduğunda efendinin malvarlığında birtakım ayrımlar vücuda geliyordu. Bunlar; efendinin mülkiyetinde ve yönetiminde olan malvarlığı (*res domini*), efendinin mülkiyetinde fakat kölenin bağımsız yönetiminde olan malvarlığı (*peculium*) ve *peculium* çerçevesinde belirli bir (ticari) amaca özgülenmiş malvarlığı kısmı (*merx peculiaris*) şeklindedirler⁵⁹⁰. Söz gelimi *peculium* üzerine bir davada, işletmenin mülkiyetini de içeren *peculium*'un tüm miktarı söz konusuyken dağıtım davasında sadece *merx* (ticari eşya) ve işletmenin getirileri söz konusu olup hisseler ayrılırdı. *Digesta*'da bu hususta, "Dağıtımı yapılan *peculium*'un tümü değildir, fakat yalnızca ya malların kendileri veya satılmalar veya *peculium*'a yatırılmaları ile elde edilenler gibi *merx*'ten doğan şeylerdir." denmektedir⁵⁹¹. Yani somut olay özelinde *peculium*'un tamamı *merx peculiaris* olarak kullanılabilirdi gibi sadece yarısı, üçte biri veya daha azı ticaret için kullanılıyor olabilirdi⁵⁹². Bu nedenle yerine göre *actio tributoria* yerine göre de *actio de peculio* açmak daha elverişliydi⁵⁹³. Ayrıca söz konusu işlem için açılacak davanın seçimi de önem arz etmekteydi. Zira *actio de peculio* veya *tributoria* davalarından birinin

⁵⁸⁸ Di Porto bu nedenle *merx peculiaris*'i *peculium*'un geri kalanından kesin çizgilerle ayırmaktadır. Dağıtımı yapılanın yalnızca *merx peculiaris* olacağından hareketle *merx peculiaris* ve *peculium* ayrımını mutlak olarak nitelendirmektedir: Di Porto, **op. cit.**, s. 55.

⁵⁸⁹ D. 15. 1. 40. 1 (Marcianus libro quinto regularum)

⁵⁹⁰ Polojac, **op. cit.**, s. 148; Di Porto, **op. cit.**, s. 54 ve 55.

⁵⁹¹ D. 14. 4. 5. 11 (Ulpianus libro 29 ad edictum): "Non autem totum peculium venit in tributum, sed id dumtaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent sive pretium earum receptum conversumve est in peculium."; D. 14. 4. 5. 12'ye göre ayrıca "Kölenin düzenli müşterilerinden olan vadesi gelmiş alacakları da teslim alınmış kabul edilir ve dağıtımda hesaba katılır."

⁵⁹² De Ligt, **op. cit.**, s. 220, n. 55.

⁵⁹³ D. 14. 4. 11'e göre, "Bazen dağıtım davası yerine (*actio tributoria*) *peculium* üzerine dava (*actio de peculio*) açmak işe yarar. Çünkü ilk olarak, *peculium* üzerine davada, işletmenin mülkiyetini de içeren *peculium*'un tüm miktarı söz konusuyken dağıtım davasında sadece *merx* (ticari eşya) ve işletmenin getirileri söz konusu olup hisseler ayrılır. Tekrar edersek, belki de *peculium*'un sadece yarısı, üçte biri veya daha azı ticaret için kullanılıyor olabilir. Dahası aile babasına veya efendiye borçlu olunan bir miktar da olmayabilir."; Di Porto, **op. cit.**, s. 55.

seçilmesi ile davacının hukuki işlemten doğan alacak hakkı sona ererdi⁵⁹⁴. Yani aynı hukuki işlemten doğan alacağı için bir diğer ek davaya başvurusu mümkün değildi⁵⁹⁵.

Kölenin *peculium* üzerine efendisine borçlu olma durumu da efendinin sorumluluk miktarına etki eden diğer bir faktördü. Yine başka bir paragrafta⁵⁹⁶ belirtildiği gibi “Merx’e ilişkin/ nedeniyle nitelemesi yerindedir. Zira aksi halde köleyle yapılan her işlem dağıtım davasına (*actio tributoria*’ya) neden olurdu.” *Merx*’in içerisine, işletmede kullanılan atölye araçları gibi teknik araç gereçlerin ve dahi işletmenin getirileri ile satın alınan kölelerin de dahil sayıldığı yine *Digesta*’da ifade edilmiştir⁵⁹⁷. Lakin dikkat edilmesi gerekir ki işletme yöneticisi konumundaki kölenin şahsı işletme alacaklılarının erişim alanı dışındadır. Zira kendisi *peculium*’un bir parçasını oluşturmamaktadır.

2. Actio de in Rem Verso

Peculium’un, işletme alacaklılarını tatmin etmek hususunda yetersiz olması ve efendinin maddi olarak kölenin işleminden yarar sağlaması durumunda efendiyi işlemten zenginleştirdiği⁵⁹⁸ kapsam kadar kişisel olarak sorumlu tutan⁵⁹⁹ *praetor* davasıdır. Bu ek dava özelinde ve aracılığıyla *peculium* işletmesi alacaklılarına efendinin kişisel malvarlığına zenginleşme oranında el atabilme imkânı tanınmıştır.

⁵⁹⁴ Aubert, *Dumtaxat de peculio*, *op. cit.*, s. 202.

⁵⁹⁵ D. 14. 4. 9. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

⁵⁹⁶ D. 14. 4. 5. 4 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

⁵⁹⁷ D. 14. 4. 5. 13’e göre, “Kölenin işletmesinde bulunması muhtemel araç gereç merx (ticari eşyalar) ile beraber dağıtım katılmalı mıdır? Labeo’nun hakkıyla söylediği gibi, bu tarz araç gereçler genelde, her zaman değilse de merx yoluyla elde edilir. Peculium’daki altın, gümüş gibi diğer öğeler ise işletmenin (merx’in) getirisi olmadıkça hesaba katılmaz.”; D. 14. 4. 5. 14’e göre, “İşletmede faaliyet gösteren köleler de eğer işletmenin getirileri ile alınmışlarsa dağıtım konu edilirler.”

⁵⁹⁸ Burdese, *op. cit.*, s. 593; Bu dava ile sorumlu tutulabilmesi için efendinin işlemten yarar sağlaması gerektiğinden bahsedilen *Digesta* metinleri: D. 15. 1. 27 pr.; D. 15. 3. 1 pr.

⁵⁹⁹ D. 15. 3. 1 pr.; Kaser, *op. cit.*, s. 507; Rado, *op. cit.*, s. 163; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 160; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 226; Honsell, *op. cit.*, s. 36; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 267; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.*, s. 105; Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, *op. cit.*, s. 64; Berger, *op. cit.*, s. 624; Karadeniz, *Peculium Müessesesi*, *op. cit.*, s. 188; Bergh, *op. cit.*, s. 364; De Ligt, *op. cit.*, s. 207 ve 216; Küçük, *op. cit.*, s. 55; Sayın, *op. cit.*, s. 465, et. seq; D. 15. 1. 41’de de efendinin yarar sağladığı halde sorumlu olacağından bahsedilmektedir.

Efendinin kölesinin işleminden yarar sağlamasına ilişkin Digesta'da verilen örneklerden bir kısmı şu şekildedir⁶⁰⁰: Geniş anlamda, *peculium* kapsamında ve aracılığıyla alınan şeyin kölece efendinin amaçları için kullanıldığı her hal; dar anlamda ise, temin ettiği buğday ile efendinin ev halkını beslemesi, üçüncü bir kişiden aldığı borç ile efendinin borcunu alacaklısına ödemesi⁶⁰¹ veya efendiye herhangi bir şekilde alacak hakkı kazandırması olarak sayılmıştır.

D. 15. 3. 1. 2 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiores actionem habeat. Certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset, videndum. Et refert Pomponius Iulianum existimare de peculio actione peremi de in rem verso actionem (quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum), sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus quod servus in rem eius verterat: ceterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso.

“Keza, eğer birkaç kişi *peculium* üzerine dava açarsa, parası efendinin malvarlığında artış yapan kişi daha verimli bir davaya başvurabilir. Ama bir başkasının hali hazırda öne çıkmış ve *actio de peculio*'yu açmış olması halinde *actio de in rem verso*'ya başvurulabilir mi sorusu söz konusudur. Pomponius'un Julian tarafından ifade edilen görüşüne göre, efendinin malvarlığına geçen yarar *peculium*'un bir parçasını oluşturduğu ve köle adına ödeme yapmak, köleye geri ödeme yapmakla eşdeğer olduğu için, *actio de peculio* gibi bir dava *actio de in rem verso* davasını yok etmez. Ama bu sadece, efendinin *actio de peculio* açıldığında kölenin kendisine sağladığı yararı geri köleye verdiğinde böyledir, bu geri ödemeyi yapmazsa *actio de in rem verso* elde mevcuttur.”

⁶⁰⁰ Inst. 4. 7. 4a; D. 15. 3. 3. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum). Ayrıca, nelerin fayda sağlamak olarak nitelendirilip nelerin nitelendirilemeyeceğine yönelik Digesta'dan başkaca tespitler için q.v.: D. 15. 3. 3 (Ulpianus libro 29 ad edictum).

⁶⁰¹ Kaser, **op. cit.**, s. 507; Burdese, **op. cit.**, s. 594.

Yukarıdaki metne göre; *actio de in rem verso* alacaklılara, esasında *peculium*'un parçası olması gereken ama yer değiştirmiş malvarlığına el atmak imkânını veriyordu.

D. 15. 3. 1. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio: rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio. Quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeteriit? De in rem verso namque actio perpetua est et locum habet, sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est.

“Actio de peculio her zaman mevcut olmayabilirdi. Bu nedenle de actio de in rem verso'yu sağlamak boş bir hareket değildi. Labeo'nun hakkıyla işaret ettiği gibi, alakalı bir yararın sağlanmış olması ama *peculium* üzerine dava açılmaması gayet mümkündür. Efendi *peculium*'u dürüstçe geri çekmiş olabilir ya da *peculium* kölenin ölümüyle sona ermiş olabilir ve davaya izin verilen bundan sonraki yıl geçmiş olabilir; bununla birlikte *actio de in rem verso* bir zaman sınırına tabi değildir ve efendi *peculium*'u hilesiz (dürüstçe) geri çektiğinde veya *actio de peculio* açılacak yıl geçtikten sonra açılabilir.”

Yukarıdaki metin *actio de in rem verso*'nun asıl önemini ve *actio de peculio*'ya nazaran ikincil rolünü göstermektedir⁶⁰². *Actio de peculio*'nun açılmadığı hallerde her ne kadar sonraki yıl içerisinde *annalis* olarak açılması mümkünse de davanın yıllık şeklinin de herhangi bir nedenle açılmamış olması halinde efendinin somut olarak yarar sağlamış olması şartıyla süre sınırı olmaksızın malvarlığındaki artış miktarınca sorumlu tutulmuş olduğunu görüyoruz. Nihayetinde *actio de in rem verso* efendi için kölenin faaliyetlerinden doğan kârları alacaklıların erişiminden çıkarmayı çok zorlaştırıyor ve bir nebze kadar da ticari işletmenin borç ödeme kabiliyetini garanti altına alıyordu⁶⁰³. Böylece sınırlı sorumlulukları ile sağlanan kişisel malvarlıklarının

⁶⁰² Klasik dönemde yalnızca *peculium*'un borç ödeyemezlik durumuna düşmesi halinde *actio de in rem verso* verilirdi: Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, op. cit, s. 65.

⁶⁰³ D. 15. 3. 1. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum); Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, op. cit, s. 375.

korunması prensibi, efendilerin işletme dışına malvarlığı kaydırarak işletme alacaklılarını zarara uğratmalarının, fırsatçı davranışlarının önüne geçecek şekilde bina edilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte sağladığı koruma o kadar da eksiksiz değildi. Hatta alacaklıların hala devam eden zayıf durumu üzerinedir ki *praetor, exercitoria* ve *institoria* davalarını icat etmek durumunda kaldı. Zira *de in rem verso* ile efendinin sorumluluğu, zenginleştiği miktardan davada tespit edilen anda elinde kalan kısım kadardı⁶⁰⁴.

3. Actio Exercitoria ve Actio Institoria

Efendinin, hakimiyetine tabi olanları belirli bir deniz veya kara işletmesinin yönetimine getirdiği vakit⁶⁰⁵ bu kimselerin ilgili işletmelerin yönetimi ve işletilmesine ilişkin tüm borçlarından üçüncü kişilere karşı sınırsız olarak sorumlu tutulduğu *praetor* davalarıdır⁶⁰⁶. *Edictum de exercitoria actione* ve *edictum de institoria actione* ile efendinin sorumluluğunun miktar olarak sınırsız fakat kapsam olarak⁶⁰⁷, borcun yalnızca göreve getirilen belirli bir geminin, dükkân veya ticari işletmenin yönetimi ve işletilmesinden doğması yönüyle, sınırlı⁶⁰⁸ içeriği tanımlanmıştı⁶⁰⁹. Yani sorumluluğa getirilen sınırlamanın mahiyeti fonksiyonel olmasıydı ve efendinin sorumluluğunun kaynağı *praepositio* olup, sorumluluk kapsamı *magister navis* veya *institor* olarak atanan kişinin atama alanı kapsamında (*praepositio*) kalan

⁶⁰⁴ Kaser, *op. cit.*, s. 507; Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, *op. cit.*, s. 64; De Ligt, *op. cit.*, s. 216.

⁶⁰⁵ Umur, *Lügat*, *op. cit.*, s. 6 ve 9.

⁶⁰⁶ Burdese, *op. cit.*, s. 596; De Ligt, *op. cit.*, s. 206 ve 207; Kaser, *op. cit.*, s. 508; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 267; Sayın, *op. cit.*, s. 472 ve 475; eğer ki hâkimiyete tabi olan kişi yani köle bir gemiye kaptan edilmiş ise *magister navis* deniyor, efendi de donatan (*exercitor navis*) oluyordu. Yok eğer ufak bir ticari veya sinai işletmenin ticari mümessili, böyle bir ticari işi yürüten kimse olarak tayin edilmişse *institor* deniyordu: Koschaker/ Ayiter, *op. cit.*, s. 282; Berger, *op. cit.*, s. 462 ve 504; Umur, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 160; Küçük, *op. cit.*, s. 59. Wacke de *magister navis*'i bir geminin işletilmesiyle görevlendirilmiş *institor* olarak tanımlamaktadır: Q.v.: Wacke, *op. cit.*, s. 291.

⁶⁰⁷ *Actio institoria* için D. 14. 3. 5. 11'de, *actio exercitoria* için ise D. 14. 1. 1. 7'de atamanın (*praepositio*'nun) kapsamından bahsedilmiştir.

⁶⁰⁸ Honsell, *op. cit.*, s. 36; Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 267; Rado, *op. cit.*, s. 164; Türkoğlu Özdemir, *op. cit.*, s. 105 ve 106; Berger, *op. cit.*, s. 462 ve 504; Tahiroğlu/ Erdoğan, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 227; Johnston, *Roman Law in Context*, *op. cit.*, s. 102; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 373; Bergh, *op. cit.*, s. 366 et. seq; Arruñada, *op. cit.*, s. 24; De Ligt, *op. cit.*, s. 218; Miskic, *op. cit.*, s. 525 ve 528.

⁶⁰⁹ Di Porto, *op. cit.*, s. 31; Sayın, *op. cit.*, s. 477.

işlemlerindendi⁶¹⁰. Bu davalar ile diğerlerinden farklı olarak atama işleminin yasal tabiiyetin yerine geçtiğini belirtmek gerekir⁶¹¹. Sonuçta *peculium* alacaklılarının alacaklarını efendinin kişisel malvarlığından temin edebilmeleri sağlanmıştı⁶¹². Çünkü sınırlı sorumluluk olmadığına işletmenin faaliyetlerinden efendinin sorumlu olacağı bir limit de bulunmuyordu.

D. 14. 1. 7 pr. (Africanus libro octavo quaestionum)

Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavit se in refectioem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectioem navis esse consumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectioem erogata esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioem pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.

"Lucius Titius tarafından bir geminin kaptanı olarak atanan Stichus para ödünç alır ve ödünçün geminin tamirâtı için olduğunu söyleyerek cautio verir. Ödünç veren, Titius'a karşı açacağı actio exercitoria'da paranın gerçekten de geminin tamirâtı üzerine harcadığını ispatlamak zorunda mıdır? Cevap; paranın ödünç verildiği anda geminin tamirata ihtiyacı olması halinde, ödünç verenin söz konusu davayı kullanabileceğidir. Gerçekten de ödünç veren, gemi sahibinin işini yapmaya ve onarımları denetlemeye zorlanamaz ki aksi durum paranın tamir için harcadığını kanıtlamak zorunda bırakılması anlamına gelir. Fakat ödünçün kaptanın yetkisi

⁶¹⁰ Johnston, **Limiting Liability**, *op. cit.*, s. 1517-1521; Aubert, **Dumtaxat de peculio**, *op. cit.*, s. 193; Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 103; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 53 ve 59; De Ligt, *op. cit.*, s. 218, Miskic, *op. cit.*, s. 527; Küçük, *op. cit.*, s. 84; Conison, *op. cit.*, s. 81. Sorumlu olunacak hukuki işlemlerin atama alanı kapsamında kalması gerektiğini Wacke "innerhalb seiner prepositio" sözleri ile ifade etmektedir. Q.v.: Wacke, *op. cit.*, s. 301.

⁶¹¹ Wacke, *op. cit.*, s. 295.

⁶¹² Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 375.

dahilinde bir amaç için olmasını sağlamak zorundadır ki bu da yalnızca geminin gerçekten tamire ihtiyacı olması durumunda mümkündür. Geminin gerçekten tamir gerektiren bir vaziyette olmasına rağmen eğer ödünç, tamir amacı için gerekli olandan daha fazla ise gemi sahibi tüm miktardan sorumlu tutulmamalıdır."

D. 14. 1. 7. 1 (Africanus libro octavo quaestionum)

Interdum etiam illud aestimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id, propter quod credebatur, comparari potuerit: quid enim, inquit, si ad velum emendum in eiusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? Et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare.

"Kişi, ödünç alınan para ile satın alınacak şeyin borcun verileceği yerde erişilebilir olup olmadığını dahi sormak zorundadır. Yelkenli satın almak için borç alındığı ama adada satın alınabilecek bir yelkenli olmadığı durumu düşünün. Kısaca para ödünç veren dikkatli davranmalıdır."

D. 14. 1. 7. 2 (Africanus libro octavo quaestionum)

Eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur: nam tunc quoque creditorem scire debere necessariam esse mercis comparisonem, cui emendae servus sit praepositus, et sufficere, si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda est.

"Soru actio institoria hakkında olsaydı da hemen hemen aynı şey söylenirdi. Orada da ödünç veren, mal alımının kölenin otoritesi içinde ve gerekli olduğunu temin etmek zorundadır. Eğer bu amaçla ödünç vermişse yeterlidir ve paranın gerçekten bu amaç için harcadığını görmek zahmetine girmesi gerekmez."

Institor veya *magister navis* olan köle tarafından akdedilen ve işletmeyle ilişkili olan borçlardan, efendi işleme bizzat katılmamış olsa da işletmenin konusuna göre *actio institoria* veya *actio exercitoria* ile dava edilebiliyordu⁶¹³. Fakat efendinin

⁶¹³ Rado, **op. cit.**, s. 164; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 227; Berger, **op. cit.**, s. 462 ve 504; De Ligt, **op. cit.**, s. 218. Wacke, efendinin bu şekilde katılmadığı işlemlerden sorumlu olabilmesini *actio exercitoria* özelinde ana limanda bulunan donatan efendi ile onun için denize açılan kaptan arasında ortaya çıkan iş bölümüne bağlamaktadır: Q.v.: Wacke, **op. cit.**, s. 292.

sorumluluğuna yönelik finansal bir sınırlama getirilmemiş olmasının efendi maliklerin para kazanmak için bu şekilde bir örgütlenme yoluna gitmesine engel olduğu da ifade edilmiştir⁶¹⁴. Öte yandan dönemin hukukçuları paragraflarda görüldüğü üzere bu durumun farkında olup her ne kadar pratik edilmesi zor olsa da atamanın kapsamını fonksiyonel olarak yorumlama faaliyetini epey sıkı tutarak efendinin sorumlu olacağı miktarı sınırlı olarak belirlemeye çalışıyorlardı. Bu kapsamda Africanus'tan aktarıldığına göre, efendinin hem *exercitoria* hem de *institoria* davaları ile sorumluluğu için hukuki işlem ile altına girilen borcun *magister navis*'in/ *institor*'un otoritesi içerisinde kalan bir amaç için gerekli olması lazım geldiğini öğreniyoruz⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Johnston, **Limiting Liability**, *op.cit.*, s. 1534.

⁶¹⁵ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 60; aynı doğrultuda, sınırlamaya ilişkin bazı başka metinler de yine Ulpianus'tan aktarılmıştır.

D. 14. 3. 13 pr. (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Habebat quis servum merci oleariae praepositum arelatae, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuum pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. Licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait. "Bir kişi bir köleyi Arles'teki zeytinyağı işini yönetmesi için atadı ve ayrıca ödünç para alabilmesi için de yetkilendirdi. Köle biraz para ödünç aldı ve ödünç veren, ödünçün işletme hesabına olduğunu düşünerek actio institoria açtı fakat nihayetinde kölenin bu amaçla ödünç aldığını ispatlayamadı. Dava hakkının ortadan kalkmasına ve ödünç para almak için yetkilendirilmesi temeline dayalı olarak dava edilemese de Julianus yine de adaletle uygun olarak bir actio utilis'in verilmesi gerektiğini söylüyor."

D. 14. 1. 1. 8 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Quid si mutuum pecuniam sumpserit, an eius rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram: quid enim si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est?

"Para ödünç alınması, kaptanın atandığı konuya ilişkin durumlardan mıdır? Eğer para, kaptanın atanma amacına yönelik olarak ödünç alınmışsa, Pegasus ile aynı fikirdeyim ki dava verilmelidir. Zira geminin donatılması veya ekipmanı veya mürettebatın geçinimi için ödünç alıyor olabilir."

D. 14. 1. 1. 9 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Unde quaerit ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem pedius probat.

"Burada Ofilius şöyle sorar: Eğer kaptan geminin tamiri için para ödünç alır ve sonra onu kendi kullanımına dönüştürürse, gemi sahibi sorumlu tutulmalı mıdır? Der ki; eğer kaptan gemiye harcayacağı koşuluyla para borç almışsa ve sonra fikrini değiştirmişse, gemi sahibi sorumlu olmalıdır ve böyle bir kimseyi atadığı için suçlayacağı tek kişi de yine kendisidir. Fakat kaptanın başından beri alacaklıyı dolandırmak niyetinde olduğu ve parayı gemi için aldığını belirtmediği halde durum farklıdır. Pedius bu ayrımı onaylar."

D. 14. 1. 1. 11 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Sed si ab alio mutuatus liberavit eum, qui in navis refectorem crediderat, puto etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit.

"Eğer birisi geminin tamiri için para ödünç verir ve kaptan bir başkasından ödünç aldığı para ile ona borcunu öderse, kanaatimce sonraki ödünç veren, borcu gemiye yönelik bir amaçla vermiş gibi, davaya ehildir."

Sözleşme yaparken *praepositio* sınırları dışına çıkılması, efendiyi bu davalar ile sorumluluktan kurtarıyordu. Zira doğrudan *Digesta*’dan ifadesi ile efendilerin eylemlerinden sorumlu tutulacakları “*sözleşenlerin faaliyet alanını atamanın koşulları belirler*”di⁶¹⁶. Son olarak özellikle ödünç alması yasaklanmış olmadıkça alım satım yaparak ticaret yapması hususunda *institor* olarak atanan kişinin, para ödünç almasının atama kapsamında kalıp efendiyi sorumlu kılacağı da *Digesta*’da ayrıca ifade edilmiştir⁶¹⁷.

II. PECULIUM İŞLETMELERİNİN GENEL YAPISI

A. Genel Olarak

Actio de peculio ve ondan türeyen diğer munzam davalar daha genel karakterli olup esas olan kendisine *peculium* verilenin faaliyetlerinden efendinin (sınırlı) sorumluluğunu sağlamaktı. Fakat *institoria* ve *exercitoria* şeklinde daha özelleşmiş munzam davaların doğrudan kara ve deniz işletmelerinde efendinin kendisine tabi olanların faaliyetlerinden tam sorumluluğunu (*in solidum*) sağlaması dikkate değerdir. Organizasyonel bir form olarak *peculium* işletmelerinin onlarca farklı form

⁶¹⁶ Gai. Inst. 4. 71;

D. 14. 1. 1. 12 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

İgitur praepositio certam legem dat contrahentibus. Quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet (quod forte ipse locaverat), non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, modum egressus non obligabit exercitorem: sed et si ut certis mercibus eam locet, praepositus est, puta legumini, cannabae, ille marmoribus vel alia materia locavit, dicendum erit non teneri. Quaedam enim naves onerariae, quaedam (ut ipsi dicunt) epibatygoi sunt: et plerosque mandare scio, ne vectores recipient, et sic, ut certa regione et certo mari negotietur, ut ecce sunt naves, quae Brundisium a Cassiopa vel a Dyrrachio vectores traiciunt ad onera inhabiles, item quaedam fluvii capaces ad mare non sufficientes.

"Atamanın koşulları sözleşenlerin faaliyet alanını belirler. Eğer kaptan, sadece navlun tahsil etmek ve yük almamak üzere atanmasına rağmen (Çünkü gemi sahibi hali hazırda bunu kendisi yapmış olabilir.) yük alırsa, gemi sahibi sorumlu tutulamaz. Aynısı kaptanın sadece yük taşımak için atanmasına rağmen navlun tahsil etmesinde de geçerlidir. Yolcu almak üzere göreve getirilmesine rağmen yük almasında veya tam tersinde olduğu gibi, kaptan, atamasının sınırlarını aştığında gemi sahibi sorumlu olmayacaktır. Eğer kaptan sebze veya haşhaş gibi belirli tür bir yük almak üzere atanmış ve mermer ve diğer materyaller yüklemişse, gemi sahibi sorumlu değildir. Zira söyledikleri gibi bazı gemiler yük gemisi bazıları da sahil gemisidirler ve biliyorum ki çoğu gemi sahibi, yolcuları geri çevirmek ve denizin belirli genişliği veya bölgesi ile faaliyetlerini sınırlaması hususunda talimat verirler. Ve yolcuları Cassiopa veya Dyrrachium’dan Brindisi’ye taşıyan feribotlar yük taşımaya uygun değildir, aynı diğer gemilerin nehir trafiğine uygun olup deniz yolculuklarına elverişsiz olması gibi."

⁶¹⁷ D. 14. 3. 5. 13 (Ulpianus libro 28 ad edictum): Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces praeposito, locus est institoriae, idemque et si ad pensionem pro taberna exsolvendam: quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari.

kazanabilmelerinde bu davaların da mühim bir işlevi söz konusu olmuştur. Bu etkileşim öylesine üst düzeydeydi ki ekonomik sektörler efendinin hakimiyetine tabi olanların durumuna göre şekillenmişti⁶¹⁸. Zaten kölelerin, efendilerinin sermayelerini *peculium* vasıtası ile kullanabilmeleri, onlara yoksul hür Romalıları nazaran kesin bir avantaj sağlıyor ve bu işlevsellik Roma ticaret ve imalatında köle ve azatlı işletmelerinin öneminin altında yatan esaslı bir faktörü teşkil ediyordu⁶¹⁹.

1. İlgili Fasılların Konuya Bakışı

Digesta'dan söz konusu iki davaya ilişkin bilgilendirildiğimiz on dördüncü kitap incelendiğinde, fasıl 1 (*de exercitoria actione*) ve fasıl 3'ün (*de institoria actione*) deyim yerindeyse karşılıklı olarak düzenlendiği sonucuna ulaşıyor⁶²⁰. Fakat şekilsel ve teorik yönden cari olan benzerlikler yanında pratikteki farklılıklar da görmezden gelinmemiştir. Öyle ki fasıla henüz başlarken bir karşılaştırma yapılarak konuya giriliyor ve bir kara işletmesinin yöneticisi olarak tayin edilen kişinin pozisyonu ve onunla yapılabilecek işlemler konusunda üçüncü kişilerin, geminin yönetimine atanan kişiye nazaran daha kolaylıkla bilgi sahibi olabileceklerinden hareketle, işletme sahibi, yöneticisinin faaliyetlerinden sorumlu tutulabiliyorsa gemi sahibinin de evleviyetle sorumlu tutulması gerektiği belirtiliyor⁶²¹.

Bu kapsamda Ulpianus, kaptanı yani *magister navis*'i tüm gemiden sorumlu olan kişi olarak tanımlamıştır⁶²². *Exercitor navis* ise gemiden faydalanan ve

⁶¹⁸ Andreau, **op. cit.**, s. 64.

⁶¹⁹ Hopkins, **op. cit.**, s. 125.

⁶²⁰ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 59; Wacke, **op. cit.**, s. 291.

⁶²¹ D. 14. 1. 1 pr. (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. Quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiciat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium.

"Herkes bu edictum'un pratik değerini kabul eder: Gemiye kullanmak ihtiyacında olan insanlar muhatap olmak zorunda kalacakları adamın pozisyonu ve niteliğini bilemeyebilecekleri için tıpkı bir dükkanının veya işletmesinin başına yönetmesi için birini koyan kişiye sorumluluk yüklendiği gibi bir geminin kaptanını tayin eden kişiye sorumluluk yüklenmesi de adildir. İşin doğrusu şu ki; kişinin geminin kaptanı ile olan ilişkisi işletmenin yöneticisiyle olandan daha acil mahiyette olabilir. Zira muhatap olunan işletme yöneticisinin pozisyonu her zaman kontrol edilebilirken, geminin kaptanı söz konusu olduğunda olay yerinde bilgi edinme veya tam teşekküllü bir değerlendirme için yeterli zaman olmayabilir."

⁶²² D. 14. 1. 1. 1 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

getirilerine sahip olan kişiyi gemiye malik olması veya başka bir hukuki ilişki vasıtasıyla kullanıyor olmasından mücerret olarak ifade etmektedir⁶²³. Burada takip edilen sistematik ve konuyu anlatma biçimi sürekli birbiri üzerine bina edilecek şekilde düzenlenmiştir. Daha sonraki paragraflarda kaptanın üzerine yavaş yavaş bütün bir *peculium* temelli deniz işletmelerinin alabileceği formların bina edildiği ihtimallerle karşılaşırız. Bir kaptan (*magister navis*) atanmayıp bu görevin girişimci niteliğindeki donatan (*exercitor navis*) tarafından yerine getirilebileceğini⁶²⁴, üst kölenin *exercitor navis* alt kölesinin ise *magister navis* olabileceğini ve gemi sahibinin, efendi donatan (*exercitor navis sui iuris*) olabileceği gibi kendisine tabi olanların da donatan (*exercitor navis alieni iuris*) olabileceklerini öğreniyoruz⁶²⁵.

Deniz işletmesi söz konusu olduğunda bir gemi ve onun kullanım alanı bir kara işletmesine nazaran daha sınırlıdır. Bu nedenle birinci ve üçüncü fasılların neredeyse karşılıklıymış gibi düzenlenmelerinin bir diğer istisnası *institor* olarak atanan kişinin çalışma düzeni ve fiziksel çevresidir. Ulpianus ve Paulus'tan bu konuda öğrendiğimiz ilke *institor* kelimesinin işletme yöneticisi için kullanılmasıdır da nedenidir. Bu ilke, ticari faaliyet *institor* huzurunda gerçekleştiikten sonra işletilenin bir dükkân veya başka bir tür işletme olmasının önem arz etmemesidir⁶²⁶. Öyle ki Roma'da ticareti yapılacak kimi ürünlerin üst sınıfın evlerine götürülüp satımlarının orada yapılması söz konusuydu ve alım satımın yapıldığı yer taraflardan biri *institor* olduğu müddetçe davanın temelini değiştirmezdi⁶²⁷. Bu kapsamda Paulus tarafından *institor* şu şekilde

Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.

"Geminin kaptanı ifadesinden kastettiğimiz tüm gemiden sorumlu olan kişidir."

⁶²³ *Exercitor navis*'in tanımına yönelik ifadeler Gai. Inst. 4. 71 ve 4. 72 ile D. 14. 1. 1. 15'te yer verilmiştir. Bunlardan en ayrıntılısını Ulpianus'tan D. 14. 1. 1. 15 (Ulpianus libro 28 ad edictum) numaralı Digesta paragrafında şu şekilde öğreniyoruz:

Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum.

"Bu bağlamda gemi sahibi, esasında gemiye sahip olmasa bile, tüm kazanç ve gelirlerin kendisine geldiği kişiyi tanımlar: O, gemiyi sahibinden götürü bir bedele veya vadeli veya vadesiz kiralamış olabilir."

⁶²⁴ Küçük, **op. cit.**, s. 74.

⁶²⁵ D. 14. 1. 1. 16 (Ulpianus libro 28 ad edictum); D. 14. 1. 1. 21 (Ulpianus libro 28 ad edictum).

⁶²⁶ D. 14. 3. 3 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi,

"Yöneticiye institor denir. Çünkü ticari iş onun huzurunda görülür ve işlettiğinin bir dükkân veya başka bir tür işletme olması büyük ölçüde önemsizdir."

⁶²⁷ D. 14. 3. 4 Paulus libro 30 ad edictum

tanılanmıştır⁶²⁸: “Institor, bir dükkân veya başka bir yerde ya da herhangi bir yer belirtilmeksizin satın almak veya satmakla görevlendirilen kişidir.”

Kişi *institor* olarak bir evin sorumlusu olmak, bir binanın denetimi için, tahıl satın almak, para ödünç vermek, çiftlik işletmek, ticaretle meşgul olmak, sözleşmeler yapmak, bankacılık faaliyetleri yapmak, seyyar satıcılık yapmak, katırcılık yapmak, ahır işletmek, cenaze işleriyle ilgilenmek, çamaşır yıkamak, köle veya hayvan satmak üzere atanabilirdi ve bu *institor* ile yapılan işlemler, onu atayanı tam olarak sorumlu kılardı⁶²⁹. Gerçekten de *institor*’un faaliyet alanı kapsamı *magister navis*’e nazaran çok daha genişti⁶³⁰.

2. Sorumlulukta Takip Edilen Genel İlke

Efendilerin müşterek mülkiyet altındaki kölenin faaliyetlerinden elde edilecek kazanımlar ve doğacak sorumluluğa ilişkin olarak; efendi maliklerin (ortakların) *servus communis*’in kazanımları üzerindeki mülkiyet hakları köle üzerindeki payları (*pro parte- pro dominica portione*) oranındadır⁶³¹. Efendi maliklerin sorumlulukları hususunda ise birlikte malik olunan köle üzerinden gerçekleştirilen bir girişim söz konusu olduğunda muhtemelen sıklıkla kullanılan *societas* akdinin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluk rejimine bir katkısı olmuyor, yalnızca ortaklar arasındaki iç ilişkiyi düzenliyordu⁶³². Üçüncü kişilere karşı sorumluluklarında ise hem somut işletmenin derecesine hem de efendilerin hepsinin mi yoksa sadece bir kısmının mı ticari faaliyete rıza gösterdiği (*voluntas*) veya açıkça karşı çıkmadan işletme

cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces et ibi vendant. Nec mutat causam actionis locus vendendi emendive, cum utroque modo verum sit institorem emisse aut vendidisse.

"Zira zaman zaman tüccarlar satılık eşyalarını üst sınıfın evlerine götürür ve satışı orada yaparlar. Alım veya satım institor tarafından yapıldığı sürece alım ve satım yeri davanın temelini değiştirmez."

⁶²⁸ D. 14. 3. 18 (Paulus libro singulari de variis lectionibus)

Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur.

⁶²⁹ D. 14. 3. 5 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

⁶³⁰ Miskic, **op. cit.**, s. 530.

⁶³¹ D. 45. 3. 5’e göre, “Birlikte malik olunan bir köle efendilerinin her birine bireysel olarak tümünden değil fakat bölünmemiş paylarda tümüne aittir. Böylece efendiler, köle üzerinde fiziksel paylardan ziyade kavramsal paylara sahiptirler. Bu yüzden eğer bir şey için stipulatio yapar ya da başka bir yolla iktisapta bulunursa, efendilerinin kendisine malik olduğu oranlarda onlar için edinmiş olur. ...”; D. 41. 1. 45 (Gaius libro septimo ad edictum provinciale); D. 41. 1. 37. 2 (Iulianus libro 44 digestorum); D. 10. 3. 24 pr. (Iulianus libro octavo digestorum); D. 26. 8. 12 (Iulianus libro 21 digestorum); Abatino/ Dari-Mattiacci, **op. cit.**, s. 18; Dinçer, **op. cit.**, s. 81.

⁶³² Cerami, **op. cit.**, s. 97; Serrao, **op. cit.**, s. 44.

faaliyetlerine müsaade ettiği (*scientia*) ya da faaliyetlerin icrasından habersiz olduklarına (*ignorantia*) bağlı olarak değişim gözleniyordu.

Sorumluluk rejiminde belirlenen esas ilke kölenin işlemlerinden *ignorantia* durumundaki efendi maliklerin (ortaklar), *peculium*'a ne oranda katılmış olurlarsa olsunlar, üçüncü kişilere karşı müştereken tüm *peculium* miktarınca sınırlı sorumlu olacaklarıydı. Fakat payından fazlasını ödeyenin bu kısmın iadesini diğerlerinden elde etmesi mümkündü. Bunda başarısız olunması halinde gerek ortaklığı dava edebilir (*actio pro socio*) gerekse de köle (işletme) üzerindeki müşterek mülkiyeti sona erdirmek üzere müşterek mülkiyet ilişkisini dava edebilirdi (*actio communi dividundo*).

Gemi sahibi *exercitor navis* efendiler ise atadıkları *magister navis*'den atanma alanıyla sınırlı olacak şekilde müştereken *in solidum* sorumlulardı⁶³³. Bu kapsamda *magister navis*, gemiyi yük taşımak üzere kiralamak, yolcu taşımak, erzak ya da başkaca mal satın almak üzere atanabilir ve atandığı amaç kapsamında yaptığı işlemler ki gemi tamirine yönelik yapılan ödemeler ve denizcilerin gündelik ücretleri de bu kapsamdadır, efendileri bağlardı⁶³⁴. Nihayetinde ister kara ister deniz işletmesi söz konusu olsun, yöneticiyle (*institor*'la veya *magister navis*'le) yapılan her işlem onu atayan efendileri bağlamaz, sadece yönetmek üzere atandığı konuyla ilgili işlemler bağlardı⁶³⁵.

⁶³³ 14. 1. 1. 3 (Ulpianus libro 28 ad edictum); 14. 1. 1. 7 (Ulpianus libro 28 ad edictum); 14. 1. 1. 8 (Ulpianus libro 28 ad edictum); 14. 1. 1. 11 (Ulpianus libro 28 ad edictum); 14. 1. 1. 12 (Ulpianus libro 28 ad edictum); Wacke, **op. cit.**, s. 292 ve 293.

⁶³⁴ 14. 1. 1. 3 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis armamentisve emendis: sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.

"Kaptan, gemiyi yük taşımak için kiralamak üzere, yolcu taşımak veya erzak yahut ekipman satın almak üzere atanabilir. Kaptan, yük alıp satsa bile eğer ki bu amaçla atanmışsa bu durum gemi sahibini bağlar." 14. 1. 1. 7 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onus vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel si quid nautae operarum nomine petent.

"Praetor'un gemi sahibine karşı dava vermesi her türlü durum için değil, sadece kaptanın atandığı konuya ilişkin olan durumlara yöneliktir. Yani, eğer kaptan bir meseleye yönelik atanmışsa, mesela yük taşımak için gemi kiralamış veya yolculukta kullanılmak üzere teçhizat satın alınmışsa yahut sözleşmeler veya geminin tamiri için yapılan ödemeler veya denizcilerin gündelik maaşlarına yönelik vaatler."

⁶³⁵ D. 14. 3. 5. 11 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Son olarak belirtmek gerekir ki sorumluluk için bahsedilen bu hususlar ve efendilerin işletmeye nazaran pozisyonlarının sorumluluklarına etkisi aşağıda⁶³⁶ *peculium* işletmelerinden organizasyonel formlarına göre bahsedilirken daha da açıklığa kavuşturulacaktır.

3. Girişimci (Negotiator/ Exercitor) ve Yönetici (Institor/ Magister) Olabilecek Kişiler

Kimlerin *magister navis* ve *institor* olarak atanabileceklerine ilişkin olarak da Digesta'dan bilgi edinebiliyoruz. Bu kapsamda Digesta'da *magister navis*'in hukuki statüsünün ve yaşının önem arz etmediği, özgür veya köle olabileceği, hatta köle olması durumunda başkasının kölesinin dahi bu göreve atanabileceği belirtilmiştir⁶³⁷. Kimlerin donatan olabileceğine ilişkin olarak ise bir başka paragrafta erkeklerin veya kadınların, aile babalarının veya aile evlatlarının yahut da kölelerin *exercitor navis* (donatan) olabilecekleri ayrıca ifade edilmiştir⁶³⁸. Kara işletmesi söz konusu olduğunda da aynı doğrultuda paragraflarla karşılaşıyoruz⁶³⁹. Görülen o ki ekonomik

Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit.

"Bir institor ile yapılan tüm işlemler onu atayanı bağlamaz, fakat sadece idare etmek için atandığı konuyla alakalı sözleşmeler yani atama kapsamında kalanlar bağlar."

⁶³⁶ Q.v.: İkinci Bölüm, II, B.

⁶³⁷ Burdese, **op. cit.**, s. 596; Wacke, **op. cit.**, s. 295; De Ligt, **op. cit.**, s. 206; Gai. Inst. 4. 71;

D. 14. 1. 1. 4 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Cuius autem condicionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus: sed nec cuius aetatis sit, intererit, sibi imputaturo qui praeposuit.

"Bu husus onu atayan kişiye bağlı olduğundan dolayı, gemi kaptanının hukuki statüsü, özgür veya köle olsun yahut köleyse gemi sahibinin veya bir başkasının olsun önemli değildir. Yaşı da."

⁶³⁸ D. 14. 1. 1. 16 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Parvi autem refert, qui exercet masculus sit an mulier, pater familias an filius familias vel servus: pupillus autem si navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem.

"Gemi sahibinin, erkek veya kadın, pater familias veya filius familias yahut da köle olması önemli değildir. Ama bir pupillus gemi yönetmek için vasisinin auctoritas'ına ihtiyaç duyardı."

D. 14. 1. 1. 21 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

In potestate autem accipiemus utriusque sexus vel filios vel filias vel servos vel servas.

"Hakimiyet altındaki kişiler her iki cinsiyetten kişiler, erkek ve kız evlatlar, erkek ve kadın köleler olabilirler."

⁶³⁹ De Ligt, **op. cit.**, s. 207;

D. 14. 3. 7. 1 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus proprius vel alienus. Item quisquis praeposuit: nam et si mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa. Sed et si filia familias sit vel ancilla praeposita, competit institoria actio.

"Institor 'un erkek veya kadın, özgür veya köle ya da köleyse kişinin kendisinin veya başkasının olması önemsizdir. Aynı şekilde atamayı kimin yaptığı da önemli değildir. Atama bir kadın tarafından yapılırsa

faaliyeti yönetmek hususunda kişi ehil olduktan sonra gerisine müdahaleden kaçınılmıştır. Fakat bu çıkarımları doğrudan Digesta metinlerinden yapıyoruz ve eski çağlar söz konusu olduğunda hukuk ile pratik edilen durum arasındaki gerçek ilişkiyi yakalamak hayli zor oluyor⁶⁴⁰. Bu nedenle de hukuki araçların ve imkânların gerçekten de Digesta'da bahsedildiği şekilde kullanıldığından büyük bir kesinlikle emin olmak mümkün olmuyor. Bu doğrultuda kadınların da *institor* olarak atanabileceklerine Digesta'da değinilmiş olmasına rağmen aktif ticaret hayatında kullanılmadıkları doktrinde ifade edilmiştir⁶⁴¹. Ayrıca hür Romalıların bu şekilde yönetici olarak atanmaları, üçüncü kişilere etkisi için *praepositio* işlemiyle yapılıyor⁶⁴² ve kaynağını doğal olarak *patria potestas*'tan almıyordu⁶⁴³. Ortaklar ile yönetici pozisyonundaki hür kişi arasında ücretsiz ise *mandatum*, ücretli ise *locatio conductio* türü sözleşmesel bir ilişki kuruluyordu⁶⁴⁴. Dahası hürlerin işletme temsilcisi olarak *institor* atanmaları muhtemelen MS. II. ve III. yüzyıllarda yaygınlaşmaya başlamıştı⁶⁴⁵. Bu nedenle de kölelerin dört asra yakın bir süre boyunca bu alanı domine ettikleri çıkarımı hakikatten

actio institoria üzerine o sorumlu olacaktır, aynı actio exercitoria üzerine sorumlu olabileceği gibi. Ve eğer bir kadın institor atanırsa, o sorumlu olur. Yine, hakimiyet altındaki bir kız evlâdın veya köle kızın atadığı halde de actio institoria aynı şekilde verilir."

D. 14. 3. 7. 2 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Pupillus autem institor obligat eum, qui eum praeposuit, institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit.

"Ergen olmayan küçüğü (pupillus'u) institor atayan da institoria davası üzerine sorumlu olur. Zira kendisinden başka suçlayacak kimsesi yoktur."

⁶⁴⁰ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 116.

⁶⁴¹ Andreau, *op. cit.*, s. 66. Bununla birlikte Wacke, deniz seyahati ve ticaretinin kamusal çıkarlar için olan olağanüstü önemi nedeniyle *praetor*'un, aile evlatlarını, köle erkek ve kadınları denizcilik şirketleri işletmeye yönlendirmek ve teşvik etmek için munzam davaları ihdas ettiğini belirtmektedir: Q.v.: Wacke, *op. cit.*, s. 300.

⁶⁴² Kolektif girişime ortaklarının kişiliğinden ayrı bir kişilik vermeden üçüncü kişilere karşı müşterek ve müteselsilen sorumluluklarını sağlamak müşterek bir *praepositio* ile veya işletme malvarlığı olarak müşterek bir *peculium* verilen üzerinde ortak olunan bir köle (*servus communis*) ile mümkündür: Q.v.: Serrao, *op. cit.*, s. 9.

⁶⁴³ Zaman içerisinde girişimci köleler üzerine artan *manumissio*'lar karşısında eskiden *patria potestas* üzerine bina edilen köle-efendi ilişkisinin karakterini verdiği girişimlerin artık aralarında *patria potestas*'ın da bulunmadığı efendi ile azatlı arasında devam ettirilmesi gerekti. Böylece *actio exercitoria* ve *actio institoria* davalarının uygulama alanlarının sadece kölenin değil ayrıca azatlıların, hürlerin de *magister* veya *institor* olduğu hallere genişletilmesi gerekti: Q.v.: Serrao, *op. cit.*, s. 43.

⁶⁴⁴ Polojac, *op. cit.*, s. 150; Kaser ve Burdese de yönetici olarak atanan hürlerin kazanımlarının girişimciye (efendiye) değil kendilerine ait olduğunu, fakat girişimcinin yerine göre *mandatum* veya *negotiorum gestio* hükümlerine başvurabileceğini ifade etmektedir: Kaser, *op. cit.*, s. 506; Burdese, *op. cit.*, s. 595.

⁶⁴⁵ Andreau, *op. cit.*, s. 66.

uzak durmamaktadır. Gerçekten de hakimiyete tabi olanlar, özellikle de köleler genellikle bağımsız ekonomik faaliyet içerisindeydiler⁶⁴⁶.

B. Peculium İşletmelerinde Görülen Organizasyonel Formlar

Her ne kadar eski Roma toplumu toprak sahibi aristokratların hakimiyetiyle karakterize ediliyor ve genel kaniya göre girişimciler saygın insanlardan sayılmıyorlardıysa da⁶⁴⁷ Roma'da hem canlı bir ticaret hayatı hem de buna eşlik eden çeşitli ticari organizasyon türleri vardı⁶⁴⁸. Bu ticaret hayatı içerisinde *peculium* işletmesi aktörlerine ve temel sorumluluk rejimine kısaca değindikten sonra şimdi de organizasyonel form olarak *peculium* işletmesi türlerinin genel ve net bir resmini çizmeye çalışacağız. Fakat öncelikle ticaret yapmak isteyen Romalının çalışmamız kapsamında elindeki imkânların, tercih edilecek işletme yönetimine göre şu ihtimallerden oluşabildiğini belirtmek gerekir⁶⁴⁹:

-Girişimci ortaklar, *societas* akdi hükümleri çerçevesinde işletmeyi beraber yönetebilir ya da aralarından birini yönetim ile görevlendirebilirlerdi.

-Girişimci ortaklar, işletmenin yönetimini bir *praepositio* temelinde *institor* veya *magister navis* olarak hareket eden birlikte malik olunan köleye bırakabilirlerdi. Böyle bir durumda söz konusu ortaklar sadece birlikte malik olabilecekleri gibi bir *societas* akdinin tarafı da olabilirlerdi⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 266.

⁶⁴⁷ Földi, *Structure of Enterprises*, *op. cit.*, s. 184; Altop, *Roma Hukuku'nda Kölelik*, *op. cit.*, s. 59-61.

⁶⁴⁸ Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, *op. cit.*, s. 114 et. seq.; Földi, *Structure of Enterprises*, *op. cit.*, s. 183-184.

⁶⁴⁹ Polojac, *op. cit.*, s. 144; Cerami, *op. cit.*, s. 95; Cerami ticari girişimin, efendinin bireysel ekonomik aktör (*negotatio unius*) olarak kişisel ve doğrudan yönetimi yoluyla veya *peculium*'u olarak ya da olmaksızın kölenin veya aile evladının yönetime getirilmesi ile gerçekleştirilebileceğini ifade eder. Dahası ekonomik aktörler olarak birkaç efendi tarafından (*exercitio plurium*) *peculium*'lu ya da *peculium*'suz şekilde birlikte malik olunan köleye yönetimin bırakılması ile (*negotatio per servos communes*) ya da düz *societas* sözleşmesi ile de (*negotatio per societatem*) ticari girişimin kolektif olarak gerçekleştirilebileceğini ekler: Q.v.: Cerami, *op. cit.*, s. 102.

⁶⁵⁰ Serrao, *op. cit.*, s. 44. Bir araya gelen efendiler bir ortak köle (*servus communis*) aracılığıyla ortak projelerini finanse edecekleri vakit aynı zamanda bir *societas* kurmak zorunda değillerdi. Fakat birkaç kişi ortak bir köle üzerinden iş yapmak için bir araya geldiğinde bir *societas* zaten düzenli olarak var olacaktır şeklinde de düşünülebilir: Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen*, *op. cit.*, s. 229. Kanımızca da ortak bir köle aracılığı ile ticaret yapmak üzere bir araya gelmek çoğu zaman için bünyesinde *affectio societatis*'i barındıracaktır. Kaldı ki üçüncü kişiler açısından böyle bir birlikteliğin *societas*'tan başka neye yorulabileceğini de düşünmüyoruz. Öte yandan Serrao bu bakış açısının yani günümüzde kolektif girişimin üçüncü kişilere etkisi yönünden *societas*'ın ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkilere dair hükümlerine başvuru dürtüsünün kişinin kendisini tarihsel perspektif dışına yerleştirmesinden

-Girişimci ortaklar, işletmelerinin yönetimini işletmenin kendisini de *peculium* olarak verdikleri birlikte malik oldukları bir köleye bırakabilirlerdi⁶⁵¹.

-Girişimci ortaklar, işletmelerinin yönetimini bir başka kimsenin kölesine ya da ortağı olmadıkları hür bir kimseye bırakabilirlerdi.

Böylece Roma Hukuku'ndaki *peculium* işletmesi türlerini bütüncül bir açıdan hem yönetsel hem de yapısal olarak görebilmek ümidindeyiz.

1. Efendinin Girişimci, Kölesinin Yönetici Olduğu Peculium İşletmeleri

Tek dereceli *peculium* işletmesi⁶⁵², efendinin (*sui iuris*) kendisinin *exercitor navis* (donatan) veya *negotiator* olarak girişimci pozisyonunda kalıp aile evladını veya kölesini (*alieni iuris*) *praepositio* yoluyla *magister navis* veya *institor* olarak maliki de olduğu işletmesine yönetici pozisyonunda atadığı organizasyonel formdu. Yönetici olarak atanan söz konusu *alieni iuris*'ler artık bilindiği üzere basitçe iş gördürülen kimseler değillerdi. *Praepositio*'larına dayanarak efendinin adına işlem yapabiliyor ve üçüncü kişilerle ilk teması bunlar kuruyorlardı. Öte yandan bunlar bağımsız iş adamları olmayıp faaliyet alanları atamalarını yapan efendileri tarafından belirlendiğinden onlar gibi girişimci olarak da nitelendirilemezlerdi. Zira bunlar bir yönetici olarak efendinin ticari malvarlığı ile (*merx dominica*) ticari faaliyetleri gerçekleştiriyorlardı⁶⁵³. Bu yüzden de bu şekilde atananların yaptıkları sözleşmelerden doğan efendinin *exercitoria* ve *institoria* üzerine sorumluluğu *praepositio*'ya dayanıyordu.

kaynaklandığını ifade etmektedir. Zira ona göre modern kanunlarca benimsenen anlayış yüzünden girişimin bir tür şirket olmadan varolamayacağı fikri düşüncelerimize sınır çizmektedir. Q.v.: Serrao, **op. cit.**, s. 9. Gerçekten de kendilerini işletmeye yönelik *ignorantia* pozisyonunda tutan efendi maliklerin köleye birlikte malik olunan bir malvarlığını *peculium* olarak vermeleri halinde *societas* varolmaksızın hayata gelen birlikte mülkiyet üzerine bina edilmiş bir *negotiatio per servos communes* söz konusu olabileceğini de düşünmekteyiz. Di Porto ve Serrao da Roma'da kolektif girişimlerin *societas* ile özdeşleştirilmediğini ve de zorunlu olarak böyle bir varsayımın doğru olmadığını ifade etmektedirler: Q.v.: Serrao, **op. cit.**, s. 7, 8 ve 10.

⁶⁵¹ Serrao, **op. cit.**, s. 44.

⁶⁵² Földi, **Structure of Enterprises**, **op. cit.**, s. 186-188.

⁶⁵³ Ticari malvarlığının doğrudan efendiye ait olduğu durumda *institoria* davası ile efendinin kendisine tabi olanların işlemlerinden sorumluluğu söz konusuysen dağıtım davası ile sorumluluğu gündeme gelmezdi. Zira dağıtım davasının söz konusu olabilmesi için ekonomik faaliyetin *peculium*'daki özelleştirilmiş malvarlığı üzerinden yapılması gerekirdi. Bu iki davanın yarışması hususunda q.v.: D. 14. 3. 11. 7 (Ulpianus libro 28 ad edictum).

Efendilerin bu tür bir organizasyonel formdan bankacılık faaliyetlerinde yararlandıkları bilinmektedir⁶⁵⁴. Efendi kendisi girişimci pozisyonunda kalıp bankacılık faaliyetlerinde kullanılan parayı *institor* olarak atadığı kölesine veriyordu. Köle, efendinin hesabına fiilen kendisinde tuttuğu miktar ile üçüncü kişilerle bankacılık işlemlerinde bulunuyor, bütün kazanımlar doğrudan efendiye ait oluyor ve kölenin atama alanı kapsamında kalan işlemlerden üçüncü kişilere karşı efendinin *in solidum* sorumluluğu sağlanıyordu. Öte yandan köleye gördüğü bu iş karşılığı bir maaş veriliyor⁶⁵⁵ (ki bizce bu maaş da onun *peculium*'unu teşkil eder) ya da bir *peculium* veriliyordu.

2. Efendinin Malik, Üst Kölenin Girişimci, Alt Kölenin Yönetici Olduğu Peculium İşletmeleri

Çift dereceli *peculium* işletmesi⁶⁵⁶ ise efendinin nihai malik olarak arka planda kaldığı fakat *alieni iuris*'inin kendi *peculium*'u ile girişimci rolü üstlenerek *exercitor navis in potestate* veya *negotiator in potestate* olduğu ve bu girişimci *alieni iuris*'in, işletmesine yönetici olarak bir köleyi⁶⁵⁷ (veya hür bir kimseyi) *magister navis* veya *institor* olarak atadığı organizasyonel formdu⁶⁵⁸. Böyle bir organizasyonel formda, girişimci olan artık efendi değil de bir aile evladı veya köledir. İşletmenin sahibi ise girişimci değil sadece malik olan efendidir. Girişimci *alieni iuris* ise *peculium* sahibi olup malikin hakimiyeti altındaki girişimci *exercitor navis* veya *negotiator* olarak ticari faaliyetlerini *peculium*'u veya *merx peculiaris*'i üzerinden gerçekleştirirdi. Bu

⁶⁵⁴ D. 14. 3. 5. 3 (Ulpianus libro 28 ad edictum); D. 14. 3. 19. 1 (Papinianus libro tertio responsorum); Andreau, *op. cit.*, s. 66.

⁶⁵⁵ Bazı kölelere gördükleri iş karşılığı efendileri tarafından aylık ücret ödendiğine ilişkin deliller vardır: Hopkins, *op. cit.*, s. 126, dn. 61.

⁶⁵⁶ Földi, *Structure of Enterprises*, *op. cit.*, s. 188-189; Polojac, D. 14. 1. 1. 22 numaralı Ulpianus'tan aktarılan Digesta paragrafının çift dereceli *peculium* işletmeleri yanında çok derecelilere de işaret ettiği ve hatta ilgili farklılıklar nazara alınarak (*mutatis mutandis*) kolektif nitelikli *peculium* işletmelerine de uygulanabileceği görüşündedir: Q.v.: Polojac, *op. cit.*, s. 149.

⁶⁵⁷ Ki bu köle bir *servus peculiaris* yani aile evladının *peculium*'u içerisindeki bir köle (Altop, *Roma Hukuku'nda Kölelik*, *op. cit.*, s. 40) veya *servus vicarius* yani kölenin kendi *peculium*'u içerisindeki bir alt köle (Altop, *Roma Hukuku'nda Kölelik*, *op. cit.*, s. 42) olabildi. Digesta'da alt köleler ve *peculium*'larından bahseden birkaç metin için q.v.: D. 15. 1. 4. 6; D. 15. 1. 6; D. 15. 1. 7. 4; D. 15. 1. 11. 4 ve 5; D. 15. 1. 17; D. 15. 1. 18; D. 15. 1. 38. 2.

⁶⁵⁸ Aslında girişimci *alieni iuris exercitor navis* veya *negotiator*'un bir yönetici ataması zorunlu da değildi ve her işlemin bizzat onlar tarafından yapılması da söz konusu olabiliyordu. Fakat tipik olan ve hukukçular tarafından incelenip Digesta'ya intikal etmiş örneklerde atanmış olduklarını da görüyoruz: Q.v.: D. 14. 1. 1. 19; D. 14. 1. 5. 1; D. 14. 4. 5. 3; Küçük, *op. cit.*, s. 74. Sayın, *op. cit.*, s. 478.

nedenle de efendinin bunların faaliyetlerinden doğan sorumluluğu, farkındalık derecesine dayanır yani bir diğer deyişle de işletmesine göre kendisini konuşlandığı konuma bağlı olarak değişirdi. Bu hususta D. 14. 1. 1. 19 ve 20’de Ulpianus’tan aktarıldığı üzere⁶⁵⁹ kölenin, *peculium*’undaki bir gemiyi *magister navis* atayarak işletmesi halinde efendi ancak *voluntas*’ı varsa sınırsız olarak sorumlu tutulurdu. Aksi halde, yani kendi *voluntas*’ının bulunmadığı, yalnız *exercitor navis* olan girişimci kölesinin iradesiyle işletildiği halde efendi sadece girişimci kölesinin *peculium*’u kadar sınırlı olarak sorumlu tutulurdu⁶⁶⁰. Bu noktada Johnston yasal kaynaklardan yola çıkarak efendinin kendisinin bir atama yapmasındansa kölesinin böyle bir atama yaparak örgütlediği denizcilik faaliyetinin, efendinin sınırlı sorumluluğunu sağlayan bir gemiciliğe izin vermesi nedeniyle muhtemelen en ideal işletme formu olduğunu ileri sürmüştür⁶⁶¹. Digesta’da Paulus tarafından aktarılan başka bir paragrafa göre kölesinin gemi yönetimine *voluntas*’ı olmayan efendinin bilgisi var ise (*scientia*) dağıtım davası ile de bilgisi yoksa da (*ignorantia*) sadece *peculium* üzerine dava ile sorumlu olacağı ifade edilmiştir⁶⁶².

Esasında bu form *magister navis*’in bir başkasını da kaptan (*magister substitutus*) olarak ataması ile genişleyebilirdi. Böyle bir durumda efendinin, kaptanının atadığı kaptandan da sorumlu olması gerektiği Digesta’da ifadesini bulmuştur⁶⁶³. Böyle bir kabulün nedeni olarak deniz taşımacılığının Roma şehrinin

⁶⁵⁹ D. 14. 1. 1. 19 ve 20 için q.v.: n. 664.

⁶⁶⁰ Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 103 ve 104; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 55 ve 61 ve 62. Efendinin böyle bir ihtimal üzerine cereyan eden sınırlı sorumluluğundan Atamer de bahsetmiş ve köleye tahsis edilen *peculium* miktarının, gemi malikine yöneltilecek tazminat istemlerine karşı sınır teşkil etmesini günümüz yasal düzenlemelerinden deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılması ilkesinin öncülerinden biri olarak değerlendirmiştir: Q.v.: Kerim Atamer, “Digesta’nın ‘Deniz Ticareti’ne İlişkin Hükümleri”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 109-110.

⁶⁶¹ Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 104 ve 105; şüphesiz ki deniz ticaretinde risk paylaşımı için *societas*’ın yaygın olarak kullanılması (Hawk, *op. cit.*, s. 223) bu tarz bir organizasyonel form ile efendiler açısından daha işlevsel hale getirilebilirdi: Q.v.: Serrao, *op. cit.*, s. 10.

⁶⁶² Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 62; D. 14. 1. 6 pr. (Paulus libro sexto brevium) için q.v.: n. 665.

⁶⁶³ D. 14. 1. 1. 5 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. Quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem. Quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceret praeponere? An adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim et nominatim eum

gıda teminindeki emsalsiz konumu gösterilmektedir⁶⁶⁴. Ulpianus'tan öğrendiğimize göre aralarında görev ayrımı yapılmamış birden fazla *magister navis* varsa efendi bunların herbiriyle yapılan işlemlerden (işletmenin faaliyet kapsamında kalan) ve görev ayrımı yapılmış ise o kaptanın görev alanı içerisinde kalan işlemlerden üçüncü kişilere karşı sorumlu olurdu⁶⁶⁵. Fakat atama, kaptanların yetkilerini kullanırken birinin diğeri olmadan hareket etmemesi şeklinde yapılmış ise böyle bir durumda yalnız biriyle işlem yapan üçüncü kişinin zarara katlanacağı ifade edilmiştir⁶⁶⁶.

3. Malik ve Üst Kölenin Geri Planda, Alt Kölenin Girişimci, Onun Peculium'undaki Kölenin Yönetici Olduğu Peculium İşletmeleri

Çok dereceli *peculium* işletmesi⁶⁶⁷ söz konusu olduğunda ise karşımıza çıkan, aile evladının *peculium*'undaki bir kölenin (*servus peculiaris*) veya kölenin *peculium*'undaki bir alt kölenin (*servus vicarius*) girişimci rolünü üstlenip işletmeye *peculium*'undaki kölelerden yönetici olarak *magister navis* veya *institor* atadığı organizasyonel formdur.

prohibuisse, ne titio magistro utaris. Dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium.

"Geminin kaptanı ifadesi yalnızca gemi sahibince atanan kimseyi değil, ayrıca kaptan tarafından atanan kimseyi de ifade eder. Tıpkı Julian'ın bahsettiği gemi sahibinin alt atamadan haberinin olmadığı olayda olduğu gibi eğer gemi sahibi alt atamayı biliyor ve bu kaptanlığa katılıma müsaade ediyorsa, atamayı kendisi yapmış gibi muamele olunur. Bana göre doğru görüş şudur ki: Aksi halde onunla muhatap olan kimseler zor durumda kalacağı için kendi atadığım kaptanın tüm fiillerinden sorumlu olmalıyım. Pratik nedenlerden dolayı bu husus, gemi kaptanının durumunda işletme yöneticisinininkine nazaran daha hızlı kabul edilmiştir. Varsay ki, kaptanın atamasında başka kimseyi atamayacağına ilişkin bir şart olsun. Julian'ın görüşünü burada da takip etmeli miyiz? Veya söz konusu yasağın daha belirli olduğunu varsay: "Titius'u kaptan yapma." Bu halde dahi gemiyi kullananların menfaati üstün gelmelidir."

⁶⁶⁴ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, op. cit, s. 55.

⁶⁶⁵ D. 14. 1. 1. 13 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Si plures sint magistri non divisio officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: si divisio, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor.

"Eğer iki veya daha fazla kaptan var ve görev ayrımı yapılmamışsa, gemi sahibi herhangi biriyle yapılan işten sorumludur. Eğer birisi alan kiralar ve diğeri navlun tahsil eder veya işleri başka bir şekilde ayrılırsa, gemi sahibi her birinin kendisine ayrılan göreviyle ilgili işlerinden sorumlu olacaktır."

⁶⁶⁶ D. 14. 1. 1. 14 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Sed et si sic praeposuit, ut plerique [plerumque] faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno sibi imputabit.

"Ve eğer, genellikle olduğu gibi, atama, birinin diğeri olmadan hareket etmemesi şeklinde yapılmışsa, kaptanlardan sadece biriyle sözleşme yapan kişi zarara katlanır."

⁶⁶⁷ Földi, **Structure of Enterprises**, op. cit, s. 189-190; Polojac, op. cit, s. 149.

Dahası aile babası efendinin işletmeye olan yakınlığı, farkındalığı derecesine göre de bu tür işletmeler daha da farklılaşmakta ve yenilerine vücut vermekteydiler. Bu bağlamda efendinin üç halden birini haiz olması söz konusu olabiliyordu: *Voluntas*, *scientia* ve *ignorantia*. Efendinin *voluntas*'ının olması bir inisiyatif iradesini değil fakat hakimiyetine tabi olanların ticari faaliyetlerine razı olmasını ifade ederdi ve *alieni iuris exercitor navis*'in/ *negotiator*'un efendisi tüm miktardan sınırsız (*in solidum*) sorumluydu. Efendi, hakimiyetine tabi olanların işlemlerinden haberdar olduğunda ise durumu *scientia* olarak ifade edilirdi. Aksi durumda ise *ignorantia* söz konusu olup bu hallerde efendinin sorumluluğu sınırlanmıştı.

Önceki tür işletme formundan farklı olarak bu halde efendinin farkındalık derecesinin yanında bir de kölesinin (*servus ordinarius*'unun) farkındalık durumu ile her bir kara ve deniz işletmesi için en az dokuz farklı form doğmaktaydı. Bizi bu sonuca ulaşmaya iten metin Ulpianus'tan gelmektedir:

D. 14. 1. 1. 22 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Si tamen servus peculiaris volente filio familias in cuius peculio erat, vel servo vicarius eius navem exercuit, pater dominusve, qui voluntatem non accommodavit, dumtaxat de peculio tenebitur, sed filius ipse in solidum. Plane si voluntate domini vel patris exerceant, in solidum tenebuntur et praeterea et filius, si et ipse voluntatem accommodavit, in solidum erit obligatus.

"Eğer bir gemi filius familias'ın rızasıyla onun peculium'una ait bir köle tarafından veya bir kölenin rızasıyla onun peculium'unda bulunan bir alt köle tarafından yönetiliyorsa aile evladı veya köle tüm miktardan sorumlu olur. Fakat aile babası veya efendi, rıza göstermiş olmadıkça, sadece peculium miktarına kadar sorumlu olacaktır. Tabi ki de aile babası veya efendi geminin bu şekilde yönetimine rıza göstermişlerse tüm miktardan sorumlu olacaklardır, rıza gösteren evlat gibi."

Paragraf kısaca ve en yalın haliyle efendinin, kölesinin rıza verdiği donatan köleden sorumluluğu hakkındadır. *Filius familias* (aile evladı) veya kölenin (*servus ordinarius*) kendi *peculium*'ları içerisinde yer alan ve girişimci *exercitor navis in*

potestate olarak kendi *peculium*'u ile faaliyet gösteren kölenin⁶⁶⁸ faaliyetlerinden *voluntas*'ı olması kaydıyla aile babası efendinin tam sorumlu olduğu ifade edilmiştir⁶⁶⁹. Öte yandan *voluntas*'ı bulunmadıkça yalnızca *peculium* miktarınca (*actio de peculio* ile) sınırlı sorumluluk altında olduğu belirtilmiştir⁶⁷⁰. Paragrafa göre kölenin/ aile evladının *voluntas*'ının bulunduğu fakat efendinin bulunmadığı bir durumda *alieni iuris* borcun tamamından efendi ise borçtan *peculium* değerince sınırlı sorumlu oluyordu⁶⁷¹. Nihayetinde Ulpianus'un burada bizler için tartışmaya açtığı husus çok dereceli *peculium* işletmelerinde efendinin ve hakimiyeti altındaki *filius familias* / *servus ordinarius*'un işletmeye yönelik konumlarının, ilgi ve alakalarının, farkındalık düzeylerinin farklı olabileceği ve bu farklılaşmanın da sorumluluk rejiminde farklılıklara neden olacağıdır. Fakat bunu açıklarken deniz işletmesi söz konusu olduğunda *voluntas* ile *ignorantia* durumlarının karşılaştırılması ama *scientia*'ya ilişkin bir değerlendirilmede bulunulmaması dikkate değerdir. Bu husus, *scientia*'sı olan efendi malikin girişimci *exercitor navis in potestate*'sinin atadığı yönetici *magister navis*'in işletmesiyle ilgili yaptığı işlemlerden sorumlu olmadığı veya olmasının istenmediği anlamına gelir mi sorusunu cevaplamak gerekir. D. 14. 1. 1. 19 ve 20 numaralı Ulpianus'tan aktarılan paragraflarda⁶⁷² gemi sahibi üzerinde

⁶⁶⁸ Ki bu köle belirtildiği üzere *servus peculiaris* veya *servus vicarius* olabilirdi.

⁶⁶⁹ Küçük, **op. cit.**, s. 121.

⁶⁷⁰ **Ibid**; Polojac, **op. cit.**, s. 149.

⁶⁷¹ *Alieni iuris*'in borcun tamamından sorumlu olması her ne kadar paragrafta ifadesini bu şekilde bulmuş olsa da aslın da tamamen teoriktir. Zira hakimiyete tabi kişilerin münhasıran kendilerine ait malvarlıklarının olması söz konusu olamazdı: Q.v.: Polojac, **op. cit.**, s. 149.

⁶⁷² D. 14. 1. 1. 19 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur.

"Eğer bir gemi sahibi bir başkasının hakimiyetinde ise ve gemiyi onun rızasıyla yönetiyorsa, gemi sahibi üzerinde hakimiyet hakkına sahip olan kimse kaptanla yapılan işlemler üzerine dava edilebilir."

D. 14. 1. 1. 20 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Licet autem detur [datur] actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat. Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio perinet. At institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur. Sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributariae dabimus? In re igitur dubia melius est verbis edicti servare et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. Et ita videtur et Pomponius significare, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium.

"Bununla birlikte, gemi sahibi üzerinde hakimiyet hakkına sahip olan kimseye karşı dava açılabilmesine rağmen, sadece eğer geminin yönetimine rızasını vermişse açılabilir. Bu rıza verilmişse, gemi yönetimi en mühim kamusal önemi haiz olduğundan gemi sahibi üzerinde hakimiyet hakkı bulunan kişi tüm

hakimiyet hakkına sahip olan efendinin, *magister navis*'in yani kaptanın işlemlerinden sorumlu olduğu belirtilmiş ve devamında da bu sorumluluk için efendinin gemi yönetimine rızasını vermiş olması gerektiği (*voluntas*) ifade edilmiştir. Paragrafın bizim için önem arzeden kısmı ise efendinin kaptanla sözleşme yapıldığında kaptanın atamasını biliyor olması (*scientia*) fakat rızasını vermemiş olması (*voluntas*'ın yokluğu) durumunda sorumluluğunun ne olacağıdır. Ulpianus böyle bir durumda efendinin sadece bilgisinin olmasını, sırf söz konusu olan kamusal önemi de haiz olan gemi yönetimi olduğu için, *tributoria* ile sorumluluk için yeterli görmemiş (ki kara işletmesi söz konusu olduğunda böyle bir durumda *tributoria* davası veriliyordu) ve daha da şaşırtıcı olanı ise efendinin *voluntas*'ı olması halinde dahi onu *in solidum* sorumlu tutmak gerekemeyebileceğini söylemiştir. Öte yandan genel kaniya uygun olarak Pomponius'un ağzından efendinin *voluntas*'ıyla *peculium* üzerine işlem yapmanın tüm miktardan sorumluluğa sebebiyet vereceği ve bu *voluntas*'taki en ufak bir eksikliğin sadece *peculium* miktarı ile sınırlı bir sorumluluğa neden olacağını da eklemiştir. Ayrıca nihayetinde Paulus'tan *actio tributoria*'nın gemi işletmelerine yönelik olarak uygulanması gerektiğini de aynı faslın ilerleyen kısımlarında öğreniyoruz⁶⁷³.

Kara işletmesi söz konusu olduğunda karşılaştırma yapabilmemizi sağlayan konuya ilişkin dikkate değer bir örnek yine Ulpianus tarafından dikkatimize sunuluyor:

D. 14. 4. 5. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

miktar ile sorumlu tutulur. İşletme yöneticisiyle sözleşme yapan kişi sadece, yöneticisinin *peculium*'uyla ticaret yaptığını bilen efendinin dağıtım yapması gerektiğini iddia edebildiği için durum işletme yöneticileri söz konusu olduğunda farklıdır. Fakat varsay ki, kaptanla sözleşme yapıldığında, efendi atamayı biliyor ama rıza vermemiş olsun. Efendinin sorumluluğu sanki rıza vermiş gibi tüm miktardan mıdır yoksa benzerlik kurularak, dağıtım yapması için mi sorumlu tutulmalıdır? Soru hassas bir soru olduğundan edictum'un lafzına bağlı kalmak daha iyidir: Kendi başına bilgisi olmak, gemiyle alakalı durumlarda sorumluluk için temel teşkil etmemelidir. Salt rıza da *peculium*'la ticaret durumlarında tüm miktarla sorumluluğa yol açmamalıdır. Pomponius'un önerdiği gibi, eğer hakimiyet altındaki kişi onun rızasıyla ticaret yaparsa o kişi tüm miktar ile sorumludur ancak rıza yoksa sadece *peculium* miktarınca sorumludur."

⁶⁷³ D. 14. 1. 6 pr. (Paulus libro sexto brevium)

si servus non voluntate domini navem exercuerit, si sciente eo, quasi tributoria, si ignorante, de peculio actio dabitur.

"Kölesinin gemi yönetimine *voluntas*'ı olmayan efendi bilgisi var ise dağıtım davası ile sorumlu olacaktır. Bilgisi yoksa da *peculium* üzerine dava ile sorumlu olacaktır."

Si vicarius servi mei negotietur, si quidem me sciente, tributaria tenebor, si me ignorante, ordinario sciente, de peculio eius actionem dandam Pomponius libro sexagensimo scripsit, nec deducendum ex vicarii peculio, quod ordinario debetur, cum id quod mihi debetur deducatur. Sed si uterque scierimus, et tributariam et de peculio actionem competere ait, tributariam vicarii nomine, de peculio vero ordinarii: eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur, sic tamen, ut utrumque tribuatur et quod mihi et quod servo debetur, cum, si servus ordinarius ignorasset, deduceretur integrum, quod ei a vicario debetur.

"Eğer bir alt kölemin ticaret yaptığını biliyorsam (*scientia*) dağıtım davası ile sorumluyumdur. Ben bilmiyorsam fakat üst kölem (*servus ordinarius*) biliyorsa, alt kölemin *peculium*'u üzerine dava ile sorumluyum. Pomponius'un altıncı kitabında söylediği gibi alt kölemin *peculium*'undan bana borçlu olunanı düşebilirim, fakat köleme (*servus ordinarius*'a) borçlu olunanı düşemem. O (Pomponius) der ki eğer ikimiz de biliyorsak hem dağıtım davası ile hem de *peculium* üzerine dava ile sorumlu olmalıyım: Alt köle açısından dağıtım davası ile, üst kölemin *peculium*'u açısından *peculium* üzerine dava ile. Hangi davayı açacağını davacı seçmek zorundadır. Bana ve üst köleme olan borçlar orantılı olarak düşülecek şekilde *merx peculiaris* açısından düzgünce hesaplanır. Aksi halde (*merx peculiaris*'e dair olması aranmasaydı) köleyle yapılan her işlem dağıtım davasına sebebiyet verirdi. Üst kölenin habersiz (*ignorantia*) olması halinde ise ona borçlu olunan miktarın tamamı düşülmelidir."

Ulpian'ın bu paragrafta yaptığı tartışma bir öncekinden farklı olarak efendi ve üst kölesinin (*servus ordinarius*) *scientia* ve *ignorantia*'larına odaklanmaktadır. Öncelikle efendinin alt kölesinin ticari faaliyetleri hakkında *scientia*'sı olduğu hallerde *actio tributaria* davası ile sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu sorumluluğun mantıken alt kölenin *merx peculiaris*'i kapsamınca olması gerekir.

Daha sonra ise efendinin alt kölesinin faaliyetlerinden habersiz olduğu (*ignorantia*) fakat üst kölenin bilgisi dahilinde (*scientia*) olduğu ihtimal üzerinde durularak böyle bir durumda efendinin alt kölesinin işlemlerinden dolayı üçüncü kişilere karşı *actio de peculio* ile sorumlu olduğu belirtilmiştir. Fakat üzerine dava

açılan söz konusu *peculium* alt kölenin *peculium*'udur⁶⁷⁴. *Actio de peculio*'nun niteliği gereği söz konusu olan öncelik hakkı açısından da efendinin üçüncü kişiye olan sorumluluğun ölçüsü belirlenirken alt kölece efendiye borçlu olunan miktarın düşülebileceği (çünkü *ignorantia*'dır) fakat üst köleye borçlu olunanın düşülemeyeceği ayrıca belirtilmiştir.

En sonunda da hem efendinin hem de üst kölenin, alt kölenin faaliyetleri hakkında malumat sahibi oldukları (*scientia*) ihtimal üzerinde durulmuştur. Böyle bir durumda efendinin yalnızca *tributoria* davası ile değil *actio de peculio* ile de sorumlu olduğu ayrıca belirtilmiştir. Fakat *tributoria* davasının alt kölenin *merx peculiaris*'i kapsamınca, *actio de peculio*'nun da üst kölenin *peculium*'u miktarınca açılabilceği belirtilmiştir. Ayrıca yine aynı şekilde sorumluluk miktarının hesabında düşülmesi gereken miktarlara ilişkin olarak da *tributoria* davası açılırsa niteliği gereği zaten düşülecek bir miktar olmadığı, efendi ve üst köleye olan borçların da diğer alacaklılarla birlikte orantılı olarak tatmin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Son olarak da üst kölenin habersiz (*ignorantia*) olması durumunda sadece ona olan borç miktarının tamamen düşülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Buraya kadar bahsettiğimiz *peculium* işletmesi formlarında ortak olan husus, nihayetinde tüm kölelerin ve malvarlığının sadece ve sadece bir aile babasının, bir efendinin hakimiyetine tabi olmasıdır. Fakat *Digesta*, bizi bu tarz *peculium* işletmesi formlarının kolektif bir girişim niteliğini haiz olabileceğinden de haberdar ediyor. Kısacası buraya kadar bahsedilen her üç formda da birden fazla efendinin bir araya gelmesi mümkündür.

4. Birden Fazla Efendinin Girişimci, Hakimiyetleri Altındaki Kölenin Yönetici Olduğu *Peculium* İşletmeleri

Kolektif nitelikli tek dereceli *peculium* işletmesi⁶⁷⁵, girişimci niteliğindeki birden fazla efendi *exercitor navis*'in / *negotiator*'un yönetici olarak bir *alieni iuris*'i

⁶⁷⁴ Zira efendi, kölesinin bir alt kölesine *peculium* tahsis etmesi üzerine alt köleyle yapılan işlemlerden sanki kendisi tahsis etmiş gibi [D. 15. 1. 6(Celsus libro sexto digestorum)] ancak alt köleye tahsis edilen *peculium* miktarınca sorumlu tutulabilirdi: Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 69.

⁶⁷⁵ Földi, **Structure of Enterprises**, *op. cit.*, s. 198; kolektif nitelikli tek dereceli *peculium* deniz işletmesi donatanlar arasında bir *societas* akdi yer aldığı *societas exercitores* olarak da ifade edilir.

magister navis communis veya *institor communis* olarak ataması halinde cereyan ederdi⁶⁷⁶. Her iki türüne de *Digesta*'da kendilerine ait fasıllarda yer verilmiştir⁶⁷⁷.

D. 14. 1. 1. 25 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest,

“Eğer geminin birkaç donatanı varsa, her biri tüm miktar için dava edilebilir.”

D. 14. 1. 2 (Gaius libro nono ad edictum provinciale)

ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit:

“Zira aksi halde tek bir sözleşen ile muhatap olan kişi davasını birden fazla davalı arasında bölmek zorunda kalırdı.”

D. 14. 1. 3 (Paulus libro 29 ad edictum)

Nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat, eumque qui praestiterit societatis iudicio a ceteris consecuturum.

“Her birinin gemide sahip olduğu pay önemli değildir. Çünkü borcu ödeyen kimse ortaklığı dava ederek (actio pro socio) diğerlerinden geri alabilir.”

D. 14. 1. 4 pr. (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videbuntur "videntur".

“Fakat eğer gemi birkaç donatan tarafından kişisel olarak yönetiliyorsa, yönetimdeki paylarıyla orantılı olarak sorumludurlar. Çünkü birbirlerinin kaptanı (magister'i) olarak muamele görmezler.”

D. 14. 1. 4. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.

Societas exercitores ise klasik *societas*'a nazaran ortaklardan birinin üçüncü kişilerle yapılan işlemlerinin diğer ortakların sorumluluklarına neden olmayacağı yönüyle istisnai nitelikteydi: Polojac, **op. cit.**, s. 145 ve 146.

⁶⁷⁶ Cerami, **op. cit.**, s. 95; Serrao, **op. cit.**, s. 7; Küçük, **op. cit.**, 121.

⁶⁷⁷ D. 14. 1. 0. *De exercitoria actione* ve D. 14. 3. 0. *De institoria actione*.

“Eğer birkaç donatandan biri diğerleri tarafından geminin kaptanı olarak atanmışsa, her biri tüm miktar için dava edilebilir.”

Görüldüğü üzere 14. kitabın 1. faslında yer alan yukarıdaki metinler birden fazla *sui iuris exercitor navis*'in (donatanın) hem varlığını hem de sınırlanmamış, tam sorumluluğunu işaret etmektedir. Devamında da *sui iuris exercitor navis*'lerin aynı zamanda gemi yönetimiyle de ilgilenebildikleri yani ayrıca bir *magister navis* atamadıkları bir hal ile aralarından birini *magister navis* olarak atadıkları ihtimale değinilmiştir. Bu ihtimallerden hem *societas* akdinin hem de *peculium* işletmesinin bünyesine uymayanı D. 14. 1. 4 pr.de Ulpianus tarafından bahsedilen durumdur. Zira donatanlar arasında bir *societas* söz konusu ise neden sadece her bir ortak kendi yönetimindeki payı kadar (donatma payı kadar) üçüncü kişilerce dava edilebiliyor⁶⁷⁸ sorusu akla takılır. Çünkü böyle bir durum ortaklık sözleşmesi sorumluluk rejimine temelden aykırıdır. Dolayısıyla Ulpianus söz konusu paragrafta her ne kadar lafzı yanıltıcı da olsa donatanların, her birinin sadece kendi başına kendi işini yürüttüğünü ve doğrudan yaptıkları işlemler üzerine üçüncü kişilere karşı yalnızca kendilerinin sorumlu olduklarını anlatmaya çalışıyor olmalıdır⁶⁷⁹. Aksi halde bu şekildeki spesifik bir durumda alacaklıların yararına olmayan farklı bir sorumluluk rejiminin ihdas edilmiş olduğu sonucuna ulaşmak gerekecektir⁶⁸⁰.

D. 14. 3. 13. 2 (Ulpianus libro 28 ad edictum)

Si duo pluresve tabernam exerceant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. Et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.

"Eğer iki veya daha fazla kişi bir dükkâna sahip olur ve eşit olmayan paylarla birlikte sahip oldukları bir köleyi yönetici olarak atarlarsa, köledeki paylarıyla orantılı

⁶⁷⁸ Polojac, **op. cit.**, s. 146; Küçük, **op. cit.**, s. 123.

⁶⁷⁹ Wacke, **op. cit.**, s. 293.

⁶⁸⁰ Polojac, **op. cit.**, s. 146.

olarak mı, eşit oranda mı, işletmedeki paylarıyla orantılı olarak mı yoksa tüm miktardan mı sorumlu olmalılardır? Soruyu dile getiren Iulianus, *peculium* üzerine ve gemi sahibine karşı açılabilen davalar ile benzerlik kurularak her birinin tüm miktar üzerine dava edilebileceğini söyledi. Dava edilen kişi ise ortaklığı dava ederek (*pro socio*) veya müşterek mülkiyeti bölme davası ile (*communi dividundo*) ödemek zorunda kaldığını geri elde edebilir."

Bu Digesta paragrafında görüldüğü üzere girişimci *negotiator* efendiler bir araya gelerek bir köleyi *institor communis* yani yönetici olarak atamışlardır. Metinde konumuz dahilinde çıkarım yapılabilecek pek çok hususa değinilmektedir. Fakat öncelikle efendilerin köle üzerindeki hakimiyetlerinin hem salt birlikte mülkiyet ilişkisi kapsamında hem de bir *societas* sözleşmesi kapsamında olabileceğini bir kez daha belirtmekte yarar görüyoruz⁶⁸¹. Bu kapsamda hem *actio pro socio*'nun hem de yerine göre *actio communi dividundo*'nun kullanılabileceği belirtilmiştir⁶⁸². Bu hususta Cerami, Burdese'nin konuya ilişkin gözlemlerine katıldığını belirterek efendi ortakların iç ilişkilerine yönelik olarak *actio pro socio*'yu kolektif girişimi sona erdirmeyecek şekilde kullanabilme imkânlarının kölenin birlikte malikleri arasındaki sosyal bağı orijinal bir şekilde ve otomatik olarak üstelik de köle merkezli bir çözüm ile *societas* akdi merkezli bir çözümü karşılaştırmaya gerek kalmadan sağlandığını ifade etmektedir⁶⁸³.

Bu tarz bir kara işletmesi için bir araya gelen efendiler eşit paylarla sahip oldukları bir köleyi yönetici olarak atayabilecekleri gibi eşit olmayan paylarla sahip oldukları bir köleyi de bu göreve getirebilirlerdi. Dahası efendilerin işletmedeki payları için de aynı şey geçerli olup eşit oranda katılımda bulunmak zorunda değillerdi.

⁶⁸¹ D. 14. 3. 13. 2 (Ulpianus libro 28 ad edictum); Cerami, **op. cit.**, s. 95; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 54 ve 63: Bu kapsamda *servus communis*'in sözleşmesi üzerine dava edilen efendi diğer efendileri, aralarındaki ilişkiye göre yalnızca ortaklık sözleşmesi üzerine (*actio pro socio*), yalnızca paylı mülkiyetin bölünmesi üzerine (*actio communi dividundo*) veya ikisinden biriyle sorumlu tutabilme imkanına sahip olurdu.

⁶⁸² Serrao, **op. cit.**, s. 8.

⁶⁸³ Cerami, **op. cit.**, s. 97 ve 98. Benzer doğrultuda Serrao da kolektif girişimlerde dışsal ilişkinin (üçüncü kişilerle ilişkilerin) şirketin, efendiler ve ortak olunan köle (*servus communis*) arasındaki hakimiyet ilişkisi (*potestas*) ve mülkiyet ilişkisi üzerine mi yoksa işletme malvarlığı olarak *peculium*'un birlikte mülkiyeti üzerine mi dayandırıldığını tartışmanın faydasız olacağını ifade etmiştir: Q.v.: Serrao, **op. cit.**, s. 8.

Öte yandan efendilerin tâbi olacakları sorumluluk rejimleri için farklı ihtimaller üzerinde durmaları da en azından süreç içerisinde bir noktada görüş birliği olmadığı anlamına geliyor da olabilir. Gene de hâkim görüşün *actio exercitoria* (D. 14. 1. 1. 25) ve *actio de peculio* (D. 15. 1. 27. 8) ile aynı doğrultuda cereyan ettiğini hem Ulpianus'un Iulianus'a katılmasından hem de Paulus'un D. 14. 3. 14'te⁶⁸⁴ efendilerce üçüncü kişiye ait olan kölenin ortak işletmeye yönetici olarak atanması halinde efendiler için aynı sorumluluk rejiminin benimsemesinden anlayabiliyoruz. Oysa nerdeyse karşılıklı olarak paragraf paragraf kaleme alınmış olan aynı kitabın birinci faslı ile üçüncü faslı arasında bir karşılaştırma yapıldığında böyle bir tereddüt veya donatanların sorumluluk rejimine dair farklı ihtimaller teklif edildiğini görmüyoruz. Bu ise gemi işletmesine yönelik hükümlerin kamu menfaati göz önüne alınarak daha sıkı tutulmaya çalışıldığının bir göstergesi olabilir ki aynı fasılda kamu menfaatinin öncelenmesi gerektiğine ilişkin hükümler defaatle göze çarpmaktadır⁶⁸⁵.

5. Birden Fazla Efendinin Hakimiyeti Altındaki Kölenin Girişimci Olduğu Peculium İşletmeleri

Kolektif nitelikli çift dereceli *peculium* işletmesi⁶⁸⁶ girişimcinin, birden fazla efendinin hakimiyeti altındaki *alieni iuris* (*exercitor navis communis in potestate / negotiator communis in potestate*) olduğu organizasyonel formdu⁶⁸⁷.

D. 14. 1. 4. 2 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Sed si servus plurium navem exerceat voluntate eorum, idem placuit quod in pluribus exercitoribus. Plane si unius ex omnibus voluntate exercuit, in solidum ille tenebitur, et ideo puto et in superiore casu in solidum omnes teneri.

⁶⁸⁴ D. 14. 3. 14 (Paulus libro quarto ad Plautium): Idem erit et si alienus servus communi merci praepositus sit: nam adversus utrumque in solidum actio dari debet et quod quisque praestiterit, eius partem societatis vel communi dividundo iudicio consequetur. Certe ubicumque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat, veluti si is, cuius servo creditum est, duobus heredibus institutis ei servo libertatem dederit: nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo iudicium.

⁶⁸⁵ D. 14. 1. 1 pr.; D. 14. 1. 1. 5; D. 14. 1. 1. 20; D. 4. 9. 1. 1; D. 4. 9. 3. 1.

⁶⁸⁶ Földi, *Structure of Enterprises*, *op. cit.*, s. 201-202.

⁶⁸⁷ Serrao, *op. cit.*, s. 8.

"Eğer birlikte malik olunan bir köle efendilerinin rızasıyla bir gemi yönetiyorsa çözüm, birden fazla donatan olduğu haldekiyle aynıdır. Eğer sadece maliklerden biri rıza göstermişse, o açıkça tüm miktardan sorumlu olur. Bu yüzden bence bu durumda hepsi tüm miktardan sorumludur."

D. 14. 1. 6. 1 (Paulus libro sexto brevium)

Si communis servus voluntate dominorum exerceat navem, in singulos dari debet in solidum actio.

"Eğer birlikte sahip olunan bir köle efendilerinin rızasıyla bir gemi yönetiyorsa, her biri tüm miktar üzerine dava edilebilir."

Paragrafın önemi doğrudan hem çift dereceli işletme yapısını hem de efendilerin sayısal çokluğunu (işletmenin kolektif yapısını) aynı anda ifade etmesinden gelmektedir. Birden fazla donatan olduğu hal ile yapılan karşılaştırmadan bu paragraf özelinde bahsedilenin donatanın *alieni iuris* olduğu yeni bir durumun verilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla efendiler *voluntas*'ları mevcut şekilde birlikte malik olarak en geri planda kalmaktadırlar. *Peculium* tahsis etmiş oldukları kendilerine tabi olan ise (paragraf özelinde bir köle) girişimci *exercitor navis communis in potestate* olarak ön plandadır. Böyle bir halde her bir efendinin, ortak kölenin deniz işletmesinin yönetimi veya işletilmesiyle alakalı işlemlerinden doğan borçların tamamından aynı anda üçüncü kişilere karşı sorumlu olacakları da ifade edilmiştir⁶⁸⁸.

Kara işletmesine yönelik inceleyeceğimiz örnek ise Ulpianus tarafından aktarılmıştır:

D. 14. 4. 3 pr. (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Sed si servus communis sit et ambo sciant domini, in utrumlibet ex illis dabitur actio: at si alter scit, alter ignoravit, in eum qui scit dabitur actio, deducetur tamen solidum quod ei qui ignoravit debetur. Quod si ipsum quis ignorantem convenerit, quoniam de peculio convenitur, deducetur etiam id quod scienti debetur et quidem in

⁶⁸⁸ Serrao, **op. cit.**, s. 8; Küçük, **op. cit.**, s. 124.

solidum: nam et si ipse de peculio conventus esset, solidum quod ei deberetur deduceretur, et ita Iulianus libro duodecimo digestorum scripsit.

"Eğer bir kölenin iki sahibi var ve ikisi de onun ticaret yaptığını biliyorsa, ikisine karşı da dava (tributoria) açılabilir. Eğer biri biliyor diğeri bilmiyorsa, bilene karşı açılır ve bilmeyene borçlu olunan tüm miktarın düşülmesine tabidir. Eğer bilmeyen efendiye dava açılacaksa bu, peculium üzerine dava yoluyla olmalıdır ve bilen efendiye borçlu olunan tüm miktarın düşülmesi gerekir, tıpkı kendisi peculium üzerine dava edilmiş gibi. Bu, Iulianus'un kendi Digesta'sının on ikinci kitabında söyledikleri ile aynı doğrultudadır."

Bu paragraftan da bir kölenin girişimci *negotiator communis in potestate* olarak bir *peculium* işletmesinin başında olduğu açıkça çıkarılmaktadır. Metinde efendilerinin kölenin ticari faaliyetine karşı çeşitli konumlarının, farkındalık derecelerinin sorumluluk rejimlerinde yapacağı farklılıklar izah edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda önce *scientia*'sı olan efendiye her zaman için dağıtım davası açılabilceği belirtilmiştir. Sonrasında ise efendilerden birinin *ignorans* diğerrinin ise *sciens* olduğu halde bilgisi olana *tributoria* davası açılabilceği ve bu halde kölenin bilgisiz efendiye olan borçlarının düşülebileceği fakat bilgisiz olana *actio de peculio*'nun açılabilceği ve bu halde de köleden bilgisi olan efendiye karşı olan borçların da düşülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Fakat deniz işletmelerine yönelik örneklerimizi on dördüncü kitabın "*de exercitoria actione*" isimli ilk faslından, kara işletmelerine yönelik olanları da aynı kitabın "*de institoria actione*" isimli üçüncü kitabından alırken bu seferki örneğimizi neden aynı kitabın "*de tributoria actione*" isimli dördüncü faslından aldığımız sorusu cevaplanmak gerekir. Çünkü *actio tributoria* yalnızca başlangıçta ve dar kapsamlı bir şekilde mal satışına (Gaius'un ifadesiyle *negotiatio merce peculiari*⁶⁸⁹) yönelikti⁶⁹⁰. Bu tarz bir soruya Ulpianus tarafından aynı fasılda Pedius'un ağzından nakledilerek şu şekilde cevap verilmiştir:

D. 14. 4. 1. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

⁶⁸⁹ Gai. Inst. 4. 72

⁶⁹⁰ Földi, *Gedanken zum Handelsrecht*, op. cit, s. 83.

Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum.

“Pedius on beşinci kitabında der ki bu edictum, merx kelimesi çamaşırcılara, terzilere, dokumacılara veya köle satıcıları için kullanılamayacak kadar dar anlamlı bir kelime olsa da her türden ticari faaliyeti kapsayacak şekilde genişletilmelidir.”

Paragraftan çıkarılması gereken anlam *actio tributoria*’ya ilişkin hükümlerin, kapsamının kademeli olarak genişletilmesi üzerine her türlü işletme için uygulanabilecek niteliğe büründüğüdür⁶⁹¹.

6. Efendi ve Aile Evladının Hakimiyeti Altındaki Kölenin Girişimci Olduğu Peculium İşletmeleri

Kolektif nitelikli çok dereceli *peculium* işletmesi⁶⁹², girişimci *servus peculiaris*’in efendi ve kendisinin *peculium*’unda bulunduğu aile evladının hakimiyetinde olup bir deniz veya kara işletmesi yönettiği organizasyonel formdu. D. 14. 1. 1. 22 numaralı paragraf bu tarz bir *peculium* işletmesine de işaret ediyor. Zira efendi, aile evladından bu şekilde yararlandığı zaman aile evladı da kendi *peculium*’u için malik benzeri bir statüde olduğu ve daha da önemlisi dava edilebildiği için sanki girişimci *servus peculiaris* ve onun işlettiği işletme üzerinde efendisiyle bir ortaklık ilişkisi içerisindeymiş gibi bir durum söz konusu oluyordu⁶⁹³. Böyle bir durumda paragraftan çıkan anlam efendi ile aile evladının üçüncü kişiye karşı *servus peculiaris*’in altına girdiği borcun tamamından beraber sorumlu olacaklarıdır.

⁶⁹¹ *Actio tributoria*’nın deniz işletmeleri söz konusu olduğunda da uygulanabildiğine ilişkin q.v.: D. 14. 1. 6 pr. (Paulus libro sexto brevium).

⁶⁹² Földi, *Structure of Enterprises*, op. cit, s. 203 et. seq.

⁶⁹³ *Ibid.*

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NEGOTIATIO PER SERVOS COMMUNES'İ GÜNÜMÜZ

ŞİRKETLERİNE YAKLAŞTIRAN ÖZELLİKLER

I. GENEL OLARAK

Societas'tan ve günümüz modern şirketinin temel özelliklerini neden ve nasıl karşılayamadığından yukarıda⁶⁹⁴, bahsettik. Bir sonraki bölümde ise *negotatio per servos communes*⁶⁹⁵ten ve üzerine inşa edildiği kurumlardan bahsedip onun sıra dışı yapısına bir giriş yapmaya çalıştık. Belirtmek gerekir ki günümüzde şirketin, katılımcılarına sağladığı kendi hukuki kişiliği üzerinden kolayca ve düşük maliyetten işlem yapabilmeleri imkânını Roma hukuku da aynı paralelde tanımış veya tanımaya çalışmıştı. Öyle ki efendi malikler için *peculium* tesis etmek kölenin yürütebileceği ticari girişimlere dolaylı olarak ve de dolayısıyla daha düşük riskle katılma olasılığı sunuyor ve bu yönüyle de *peculium*, tesisi ticari yatırımlar için bir araç niteliği taşıyordu⁶⁹⁶. Bu yapının kullanımda olduğu dönem için ise doktrinde özellikle MÖ II. yüzyıl ile MS II. yüzyıl gösterilmektedir⁶⁹⁷. Zira bu dönem ekonomik bakımdan, *pater familias*'ın ön planda olduğu bir aile yapısından ticari-girişimci bir aileye kademeli bir dönüşümün yaşandığı ve bu kapsamda da toprak mülkiyeti ve tarıma bağlı statik zenginliğin ticari sermaye ve finansal teşebbüslere dayalı dinamik zenginliğe evrildiği bir süreç olmuştur⁶⁹⁸.

Bu bölümde ise bu enteresan yapının *societas*'ın haiz olamadığı modern şirketin birtakım özelliklerine onlara alternatifler geliştirerek sahip olduğunu ortaya koymaya çalışacağız. Zira bu tarz bir örgütlenmenin kullanımdaki saf ve basit *societas*'ın bünyesinde mündemiç olan bazı yapısal- fonksiyonel dezavantajları

⁶⁹⁴ Birinci Bölüm, II, E, F ve G.

⁶⁹⁵ Kuruma işaret eden Digesta metinlerinden birkaçı şöyledir: D. 40. 9. 10 (Gaius libro primo rerum cottidianarum sive aureorum); D. 26. 7. 58 pr. (Scaevola libro 11 digestorum); D. 14. 3. 19. 1 (Papinianus libro tertio responsorum).

⁶⁹⁶ Silver, *Peculium Economy*, *op. cit.*, s. 68.

⁶⁹⁷ Aubert, Jean-Jacques, *Business Managers in Ancient Rome A Social and Economic Study of Institores, 200 B.C. – A.D. 250*, E. J. Brill, Leiden New York Köln, 1994; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 370.

⁶⁹⁸ Cerami, *op. cit.*, s. 93.

hafiflettiği doktrinde ifade edilmiştir⁶⁹⁹. Bu özellikler: Süreklilik, doğrudan temsil, sınırlı sorumluluk ve işletme malvarlığının korunmasıdır.

II. SÜREKLİLİK

Tarihsel süreç içerisinde Romalıların, tapınakların ve yolların inşası veya deniz aşırı ticaret gibi sermaye yoğunluklu projeleri finanse etmek durumunda kaldıklarını biliyoruz. Dahası gerek kapsamları gerekse de tamamlanma süreleri ve maruz kalınan riskler nedeniyle bunların bireysel iş adamlarının kapasitelerini (ömürlerini ve mali güçlerini) aşan projeler olabilecekleri konusunda da bir şüphe yoktur. Bu noktada süreklilik, bu tarz büyük projelerin gerçekleştirilebilmesi için kritik öneme sahip bir husus olarak karşımıza çıkar. Zira teorik olarak herhangi bir girişim ancak büyürse genişler ve büyümesi için de en basit haliyle belirli bir süre devam edebilmesi gerekir. Bu nedenle de herhangi bir organizasyonel formdaki zamansız sona erme riski veya girişimcilerin ticareti genişletme yönündeki tereddütleri gibi istikrarsızlıklar büyümenin önündeki engeller oluyorlardı. Bunları *societas*'ın *fraternitas* temelli doğası gereği kolayca sona erebilmesi ve *societas publicanorum* mevzu bahis olduğunda da gerek sosyal gerek politik nedenlerle olsun bilinçli bir şekilde büyütülmeden yararlanıldığında görmüş bulunduk. Bu doğrultuda *societas*, *societas publicanorum* ve *peculium* işletmelerinin, sermaye yoğunluklu şirketlerin oluşumunu destekleyebilecek ölçüde bir süreklilik sağlamadığını belirtmekle birlikte aralarında farklar bulunduğunu da biliyoruz⁷⁰⁰. Bu bağlamda *negotiatio per servos communes*, kanımızca, diğerlerinden farklı olarak kısmi bir sürekliliği sağlayabiliyordu. Zira süreklilik, *peculium* tesisinin doğal gerekliliği idi⁷⁰¹. Kurumun temelinde birlikte sahip olunan köle⁷⁰² ve ona, ticari işletme tarzında da olabilen, işletmesi için bırakılan bir *peculium* yer alıyordu. Bu nedenle de sürekliliğinden kasıt işletme malvarlığı olan

⁶⁹⁹ Fleckner, *Antike Kapitalvereinigungen*, *op. cit.* s. 217, 223 ve 230; Fleckner, *Peculium: Device For Donations*, *op. cit.* s. 222; Cerami, *op. cit.* s. 98 ve 102; Silver, *Peculium Economy*, *op. cit.* s. 69; Hawk, *op. cit.* s. 233; Fleckner, *Roman Business Associations*, *op. cit.* s. 9 ve 28; Polojac, *op. cit.* s. 143 ve 144.

⁷⁰⁰ *Societas*, *societas publicanorum* ve *peculium*'un her birinin farklı seviyede de olsa temelde istikrarsız bir yapıda olduklarına ilişkin q.v.: Fleckner, *Roman Business Associations*, *op. cit.* s. 16 et. seq.

⁷⁰¹ Karaaslan, *Peculium'un Rolü*, *op. cit.* s. 2262.

⁷⁰² Cerami, *op. cit.* s. 96.

peculium'a, köle ve *peculium*'dan oluşan işletmenin tümüne, yönetici pozisyonundaki köleye ve malik konumunda olan efendilere ilişkin olabilirdi. Bu kapsamda; kölenin şahsının veya efendi maliklerden birinin payının satılması tarzı rızaî akitler, kölenin *manumissio*'su veya *peculium*'un geri çekilmesi gibi tek taraflı işlemler, kölenin veya efendi maliklerden birinin ölümü gibi doğal olaylar veya efendi maliklerden birinin hukuki işlem ehliyetini kaybının belirlenmesi gibi bir yasal prosedür söz konusu olabilirdi.

A. İşletme Malvarlığı *Peculium*'un Eksiltilmesi

Kurumun temelini hakimiyet altındaki köleye tahsis edilen *peculium* oluşturmaktadır. Dolayısıyla işletme malvarlığından kasıt da *peculium*'a dahil olan malvarlığıdır. Bu kapsamda; yönetici olarak çalışan köleye verilen *peculium*'un hileli azaltılması, bu *peculium*'un belirli bir kısmını oluşturan *merx peculiaris* adlı kısmın hileli azaltılması, *peculium*'un hilesiz geri çekilmesi ve son olarak da *peculium*'un acz hali üzerinde durulacak olup bunların işletmenin sürekliliğine olan etkisi tespit edilmeye çalışılacaktır.

1. *Peculium*'un Hileli Azaltılması

Roma hukuku, *peculium*'un geri çekilerek ortadan kaldırılmasına ve eksiltilmesine yeri geldiğinde müdahale etmek eğiliminde olmuştur⁷⁰³.

D. 15. 2. 1 pr. (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Praetor ait: "Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo".

"Praetor'un edictum'u şuna hükmeder: "Başkasının hakimiyetinde olan kişinin ölümünden, emancipatio'sundan, manumissio'sundan veya devrinden sonraki davanın

⁷⁰³ Doktrinden Grotkamp *peculium*'un kötüye kullanılmasına yönelik Digesta metinlerinden hareket ederek Ulpianus gibi hukukçuların bu tarz suiistimal durumlarını kendilerine problem edinmelerini de hesaba katarak *peculium*'un pratik hayatta da özellikle sorumluluk sınırlaması yönüyle kullanımda olduğunu ifade etmektedir: Q.v.: Grotkamp, **op. cit.**, s. 125.

ilk açılabilceğı andan itibaren bir yıl için peculium'un içinde bulunan ile ya da bulunması gereken ama hakimiyet sahibinin hilesiyle bulunmayan miktar ile sınırlı olarak dava veriyorum."

Görüldüğü üzere bu parçada işletme alacaklılarına verilen imkân, hem *actio de peculio annalis* ile, *peculium*'un sona ermesine rağmen yani *actio de peculio*'nun artık açılmasına rağmen efendi ortağı sorumlu tutmak hem de bu sorumluluğun kapsamını belirlerken hile ile düşürülen miktarı *peculium*'un hesabında dikkate alarak mağduriyetlerini önlemektir. Burada tekrar hatırlanması gereken husus *peculium*'dan hileli olarak geri çekilen miktar kadar kölece efendiye borçlu olunması halinde artık efendinin sorumluluğunun kalmayacağıdır⁷⁰⁴.

D. 15. 1. 21 pr. (Ulpianus libro 29 ad edictum)⁷⁰⁵

Summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset. Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium: sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, Mela scribit dolo malo eius factum. Sed et si quis, cum suspicaretur alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret. Sed si alii solvit, non dubito de hoc, quin non teneatur, quoniam creditori solvitur et licet creditori vigilare ad suum consequendum.

"Praetor, peculium'un, efendinin hileli eylemi olmasaydı içereceğı mülkleri haiz olacağını varsaymakta tamamen haklıdır. Efendinin peculium'u gizlemesini de hileli eylem olarak kabul etmek zorundayız ve Mela der ki, peculium'u alacaklıları dezavantajlı yapacak şekilde kullanmak hiledir. Peculium'u yaklaşan bir dava nedeniyle üçüncü bir tarafa yönlendirmek de hiledir. Fakat alacaklıların vadesi gelen miktarı elde etme izni olduğu için bir alacaklıya yapılan ödemede bir yanlış yoktur."

D. 15. 1. 21. 2 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

⁷⁰⁴ D. 15. 1. 26 (Paulus, On the Edict, Book XXX.) için q.v.: n. 541.

⁷⁰⁵ *Peculium*'un hileli azaltılmasının, sorumlu olunacak *peculium* değerinin hesabında etkisi konusunda D. 15. 1. 21 pr. numaralı paragrafın ayrıntılı incelemesi için q.v.: Grotkamp, **op. cit.**, s. 129-136.

Emptor autem ex dolo venditoris non tenebitur nec heres vel alius successor, nisi in id quod ad se pervenit. Sive autem post iudicium acceptum sive ante dolo factum sit, continetur officio iudicis.

“Fakat alıcı, satıcının hilesinden; varisi ya da halefleri de elde ettikleri kazancın ötesinde sorumlu değildirler. Hâkim davada ileri sürülsün ya da sürülmesin işlendiğinde hileyi hesaba katar.”

Yukarıdaki Digesta paragraflarında görüldüğü üzere hileli azaltma, efendi ortakların *peculium*’u köleden alması, köle üzerinden alacaklıları dolandırması ya da *peculium*’a dahil malları başkalarına vererek alacaklıların ulaşabileceği alanın dışına çıkarması şeklinde tezahür edebiliyordu. Metinde *dolus malus* olarak ifadesini bulmuş olan hileli hareket, kişi kasıtlı olarak güveni ihlal edecek şekilde davrandığı durumlarda meydana geliyordu⁷⁰⁶. Bu kapsamda geri çekilmiş olsa dahi, alacaklıların efendiyi sorumlu tutabilecekleri miktarın hesabında hileli olarak azaltılan miktarın hesaba katılması gerektiği defaatle ifade edilmiştir. Nihayetinde ortaya çıkan sonuç şudur ki; *peculium*’un hileli olarak düşürülen kısmı efendiye dava açıldığında sorumlu olunacak miktarın hesabında dikkate alınmış⁷⁰⁷ ve gerektiğinde *actio de peculio* gerektiğinde ise *annalis* şekli ile efendinin sorumluluğu sağlanmıştır. Hileli düşürülen kısmın sorumluluk miktarının hesabında dikkate alınıp eklenmesi hem hakkaniyeti sağlamaya yönelik bir uygulama hem de işletme alacaklılarını koruma arzusunun hukuka aksetmesi olarak yorumlanabilir.

2. Merx Peculiaris’in Hileli Azaltılması

Roma hukukunun *peculium*’un haksız olarak azaltılmasına müdahale ettiğini ve bunun da işletme alacaklılarının menfaatine olduğunu belirttik. Sıradaki Digesta metninde gördüğümüz ise daha spesifik bir husustur:

D. 14. 4. 1. 2 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

⁷⁰⁶ Grotkamp, **op. cit.**, s. 130; Plutarch, Cato’nun hayatı üzerine yazdığı eserinde, Cato’nun *peculium* vererek ticaret yapmasını sağladığı kölesinden birkaç tane alt-köleyi fiyatlarını yüksek bedelden satın aldığını yazar. Grotkamp, yüksekten satın almasını Cato’nun iyi bir tüccar olarak en ufak bir *dolus malus* emaresinden kaçınma arzusu ile açıklar: Grotkamp, **op. cit.**, s. 137.

⁷⁰⁷ **Ibid.**, s. 129; Kaser, **op. cit.**, s. 506.

Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod debetur accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur.

“Merx peculiaris ifadesindeki peculium kelimesi genelde olduğu gibi efendiye borçlu olunan düşüldükten sonra kalanlar manasında değildir. Çünkü peculium borç altında olsa bile içinde pekâlâ ticari mal olabilir ve eğer öyleyse efendi, ticaret için kullanıldığını bildiği varsayılarak actio tributoria ile sorumlu olacaktır.”

Peculium kurumu pek çok farklı amaca hizmet etmek üzere Roma’da geniş bir kullanım alanına sahip olmuştu ve bunlardan biri de konumuz kapsamında ticari işletme faaliyetleriydi. *Peculium*’un içerisinde ticari faaliyetlere özgülenmiş malvarlığı olarak tanımlayabileceğimiz bir kısmı teşkil eden *merx peculiaris*’in⁷⁰⁸ hileli olarak azaltılması söz konusu olabilirdi ve bu husus da aşağıda görüleceği üzere hukuken nazara alınmıştı.

D. 14. 4. 7. 3 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Sed et si mercem perire passus est aut eam avertit aut vilioris data opera distraxit vel si ab emptoribus pretium non exegerit, dicendum erit teneri eum tributoria, si dolus intervenit.

“Efendi, eğer hileli olarak mülkü kaybeder veya başka tarafa yönlendirir veya kasıtlı olarak çok düşük fiyata satar veya alıcılardan ücretini toplamakta başarısız olursa actio tributoria ile sorumludur.”

Metinde efendinin *peculium*’un *merx peculiaris* olarak adlandırılan ticari kısmında aldatma kastıyla yapacağı oynamalar hileli olarak kaybetmek, başka birisine nakletmek, bilerek düşük fiyata satmak ve satıp karşılığını almamak olarak sayılmış ve bunların efendinin sorumluluğunun dışında bırakılamayacağı ifade edilmiştir. Böylece bir kez daha hem de özellikle *peculium*’un ticari kısmına ilişkin olarak işletme alacaklıları, *peculium*’un sürekliliği sağlanmak suretiyle korunmuştu. Görüldüğü üzere efendi ortağın mal kaçırmasının veya başka bir yolla işletme alacaklılarının

⁷⁰⁸ Berger, **op. cit.**, s. 581.

zararına neden olmasının önüne - hileli olarak *peculium*'a zarar verilmesi, eksiltilmesi halinde - *actio tributoria* ile sorumlu tutularak geçilmeye çalışılmıştı.

3. *Peculium*'un Hilesiz Geri Çekilmesi

Efendinin *peculium*'u dürüst bir şekilde geri çekmesi *Digesta*'da incelenen hususlardan bir diğeridir. *Bonus pater familias* olan efendinin, kendisinin ve kölesinin alacaklılarına zarar vermek amacıyla işlem yapması kötü niyetli, hileli davranıştır. Bu nedenle de metinde geçen hilesiz geri çekmekten ancak efendinin kölesinin alacaklılarını yani *peculium* başka bir ifadeyle de işletme alacaklılarını dezavantajlı duruma düşürmeksizin⁷⁰⁹ geri çekmesi kastediliyor olabilir.

D. 15. 3. 1. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio: rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio. Quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeteriit? De in rem verso namque actio perpetua est et locum habet, sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est.

“Actio de peculio her zaman mevcut olmayabilirdi. Bu nedenle de actio de in rem verso'yu sağlamak boş bir hareket değildi. Labeo'nun hakkıyla işaret ettiği gibi, alakalı bir yararın sağlanmış olması ama *peculium* üzerine dava açılmaması gayet mümkündür. Efendi *peculium*'u dürüstçe geri çekmiş olabilir ya da *peculium* kölenin ölümüyle sona ermiş olabilir ve davaya izin verilen bundan sonraki yıl geçmiş olabilir; bununla birlikte actio de in rem verso bir zaman sınırına tabi değildir ve efendi *peculium*'u hilesiz (dürüstçe) geri çektiğinde veya actio de peculio açılacak yıl geçtikten sonra açılabilir.”

Görüldüğü üzere efendinin dürüst şekilde *peculium*'u geri çekmesi halinde de işletmenin alacaklılarına karşı borçları için devam ediyormuşçasına efendinin

⁷⁰⁹ D. 15. 1. 21 pr.'e göre, “... ve Mela der ki, *peculium*'u alacaklıları dezavantajlı yapacak şekilde kullanmak hiledir/ dolandırıcılıktır. ...”

sorumluluğu sağlanmaya çalışılmıştır. *Praetor* bunu sağlamak için *actio de in rem verso*'yu ihdas etmiştir. Burada işletme alacaklılarına karşı efendi ortağın sorumluluğu için bir zaman sınırı getirilmemiş olması dikkate layık olup yine ticari hayata güven getirmeye, kölelerle işlem yapmanın güvenliğini sağlamaya, işletmenin borç ödeme kabiliyetini teminat altına almaya yönelik Roma hukukçularının tedbirlerinden biri olmuştur.

4. *Peculium*'un Acz Hali

Ulpianus'un yukarıdaki açıklamasında⁷¹⁰ bahsedilen bir diğer husus ise *peculium*'un borç ödeyemez hale düşmesidir. Zira efendi ortağın, *peculium*'u dürüstçe de olsa geri çekmesi işletme alacaklılarına olan borcun ortadan kalkması anlamına gelmez. Borç devam etmekte ama ortada borcun karşılanacağı bir *peculium*, geri çekildiği için, kalmamaktadır. *Praetor* hukukunun bu duruma karşı getirdiği çözüm yolu da ek davalardan geçmektedir. Böylece, *actio de in rem verso* vasıtasıyla, geri çekildiği için ortada borcun karşılanabileceği bir miktarın kalmaması efendinin sorumluluğunu engellemiyor ve işletmenin borç ödeme kabiliyeti bir ölçüye kadar sağlanmış oluyordu.

D. 13. 5. 2 (Iulianus libro 11 digestorum)

Quod si filii nomine constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenebitur.

“Ancak eğer, oğlunun hesabına 10 aurei ödeme yapacağı hususunda constitutum anlaşması yaparsa, *peculium*'da sadece 5 aurei bulunsa da constitutum anlaşmasıyla üzerinde mutabık kalınan 10 aurei'den sorumlu olacaktır.”

Bilindiği üzere efendinin sorumluluğu *peculium* değeri kadardır. Yukarıdaki *Digesta* metninde ise *peculium*'un değerinin borçların değerinden az olduğu bir olaydan bahsedilmiştir. Öncelikle her ne kadar metinde oğuldan bahsedilse de hakimiyet altında bulunanlardan olması hasebiyle köleler için de uygulanmasının

⁷¹⁰ D. 15. 3. 1. 1 için q.v.: Üçüncü Bölüm, II, A, 3.

mümkün olduğu kanaatindeyiz⁷¹¹. Olaydan efendinin on *aurei* ödeme yapacağı konusunda bir *pacta praetoria*⁷¹² olan *constitutum*⁷¹³ anlaşması yaptığını anlıyoruz. Bu şekilde kendisini ek bir taahhüt altına sokması *peculium*'un borç ödemeye yetmeyecek durumda, acz halinde olduğunu da gösteriyor. Görülen o ki Roma hukuku *peculium*'un acz halinde kalması durumunda bu hususun efendi tarafından düzeltilmesi ve *peculium* alacaklılarının zarara uğramalarının önlenmesi için bir kez daha *praetor* vasıtasıyla bir kolaylık ihdas etmiştir: *Actio de pecunia constituta*⁷¹⁴ yani vaat edilen para davası. Bu dava vasıtasıyla *peculium* alacaklısı ile efendi arasındaki *pactum* mahiyetindeki bir anlaşmayı, *praetor* korumuş ve efendinin *peculium* miktarını aşacak şekilde sorumluluğunu sağlamıştır.

D. 13. 5. 19. 2 (Paulus libro 29 ad edictum)

Si pater vel dominus constituerit se soluturum quod fuit in peculio, non minueretur peculium eo, quod ex ea causa obstrictus esse coeperit: et licet interierit peculium, non tamen liberatur.

“Eğer bir baba veya efendi *peculium* miktarını ödemek için bir *constitutum* anlaşması yaparsa, *peculium*, tam olarak bu anlaşma nedeniyle bağlı olduğu için azaltılmamalıdır. Efendi ve baba *peculium* yok olsa bile borcundan kurtulmaz.”

⁷¹¹ D. 14. 4. 1. 4 de bunu destekler. Paragrafa göre, “Gücü altındaki kişilere istinaden bu Edictum herkesi kapsar, başkasının hakimiyeti altında bulunan her cinsiyetten herkesi.”

⁷¹² Rızaî aitler sisteminin genişlemesinde rol oynayan *pactum*'lardan *praetor*'ların tanıdıkları anlaşmalar için q.v.: Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, **op. cit.**, s. 268- 280.

⁷¹³ Kendisinin veya bir başkasının hali hazırda mevcut olan borcunu belirli bir yer ve zamanda ödeyeceğine ilişkin şekle tabi olmayan bir anlaşmadır. Bir *novatio*/ yenileme değildir. Bu nedenle de alacaklı borçluyu asıl sözleşmeye göre dava edebilir. *Constitutum*'un icrası *actio de pecunia constituta* ile sağlanır. Haksız fiillerden doğan borçları karşılamak için de *constitutum* kullanılabilirdi. Başlarda yalnızca paraya veya başka tür misli mallara ilişkin bir borcun ifasına dair bir vaatti. Iustinianus zamanında ise bütün borçlar için kullanılabilirdiği kabul edildi. Ayrıntılı bilgi için q.v.: Berger, **op. cit.**, s. 410; Umut, **Lügat**, **op. cit.**, s. 5 ve 47;

⁷¹⁴ Bu dava *formula*'sı olaya dayadığı için bir *actio in factum*'dur. Davanın ortaya çıkışı olarak milattan önce üçüncü yüzyılın ikinci yarısı ile ikinci yüzyılın ilk yarısının gösterilmektedir: Q.v.: Jorge Menabrito Paz, “The Review of Edikt de Pecunia Constituta: Die Römische Erfüllungszusage und Ihre Einbettung in den Hellenischen Kreditverkehr by Johannes Platschek”, **Roman Legal Tradition**, Vol: 10, 2014, s. 58-62. Kanımızca, davanın ihdas edildiği söylenen tarih ve *peculium* kurumu ile birlikte de işlevsellik kazanabilmesi hakkındaki Digesta metinleri birlikte değerlendirildiğinde, MÖ II. yüzyıl ile MS II. yüzyıl arasında “*negotiatio per servos communes*” kurumuna da hizmet etmiş olduğuna işaret etmektedir.

Bu *Digesta* metninde ise *constitutum* anlaşmasında teminat altına alınan miktar için *peculium* değerinin gösterilmesi hali üzerinde durulmuştur. Bir önceki metinden farklı olduğu husus kölenin/ işletmenin, ticari/ hukuki faaliyetinden önce; efendinin, sorumluluğu için anlaşma tarihindeki *peculium* miktarının sabitlenmiş olmasıdır. Yani bir nevi işletmenin borç ödeyebilirliği önceden ve bir kotadan sonra *peculium*'un mevcut andaki miktarından bağımsız olarak teminat altına alınmaktadır. Burada karıştırılmaması gereken husus, bu sınırlamanın yalnızca *peculium*'un değerinin anlaşma tarihindeki miktardan daha aşağıya düşmesi halinde bir anlam ifade etmesiydi. Zira *peculium*'un değerinin artması ve yeni malların girmesi ile zenginleşmesi efendinin sorumluluk miktarını da arttıracaktır. Söz konusu olan *constitutum* anlaşması bunu engellemez. Aksi halde munzam davalar işlevsiz kalır ve basit bir mantık yürütme ile ulaşılabileceği üzere ticaret hayatı sekteye uğrardı. *Constitutum* anlaşmasının katkıda bulunduğu husus normal şartlar altında *peculium*'un değer kaybetmesi ile efendinin azalacak olan sorumluluğunun en az anlaşma anındaki *peculium* değerince sabit kalmasını sağlamasıydı. Nihayetinde görülen odur ki, her ne kadar bunun için efendinin kendi rızası ile ayrı bir *pactum* yapması gerekmiş olsa da işletme alacaklılarının *peculium*'un acz haline düşmesi karşısında da korunmasını sağlayan bir mekanizmanın Roma'da sürekliliğe katkı sağlayacak tarzda mevcut olduğu söylenebilir kanısındayız.

B. İşletmenin Tümüne Yönelik Değişiklikler

Köle ve kendisine tahsis edilen *peculium*'dan oluşan işletmenin tümüne etki edecek tarzdaki değişiklikler kurumun sürekliliği açısından incelenmesi gereken bir diğer husustur. Bu kapsamda ortaklardan biri tarafından işletmedeki payın devri ve ortakların tümü tarafından işletmenin devri söz konusu olabilirdi. Ortaklardan kasıt kölenin şahsı üzerinde birlikte malik olup ona *peculium* tahsis etmiş olan efendi maliklerdir.

1. Kölenin Efendi Maliklerden Sadece Biri Tarafından Devri

Digesta'da incelenen hususlardan biri de işletmenin yöneticisi pozisyonunda da olan kölenin, üzerindeki payın birlikte maliklerden biri tarafından devredilmesi

olmuştur. Gerçekten de Romalıların gerçeklikten uzak olmayan bir anlayışla köle ve ona verilen *peculium* üzerinde aynı kişilerin birlikte mülkiyete sahip olabilecekleri yanında aksi durumu da değerlendirdiklerini görüyoruz.

D. 15. 1. 37. 2 (Iulianus libro 12 digestorum)

Servum communem, quem cum titio habebam, vendidi Sempronio: quaesitum est, si de peculio cum Titio aut cum Sempronio ageretur, an eius peculii, quod apud me esset, ratio haberi deberet. Dixi, si cum Sempronio ageretur, numquam rationem eius peculii, quod apud me esset, haberi debere, quia is nullam adversus me actionem haberet, per quam id quod praestitisset consequi posset. Sed et si cum Titio post annum quam vendidissem ageretur, similiter non esse computandum peculium quod apud me est, quia iam mecum agi de peculio non posset. Sin autem intra annum ageretur, tunc quoque habendam huius peculii rationem, postquam placuit alienato homine permittendum creditori et cum venditore et cum emptore agere.

“Eğer Sempronius'a, Titius ile birlikte sahip olduğum bir köleyi satarsam ve Titius veya Sempronius *peculium* üzerine dava edilirse, bende bulunması muhtemel herhangi bir *peculium* dikkate alınmalı mıdır? Cevap: Sempronius aleyhine olan davada, tutuyor olduğum *peculium* dikkate alınmamalıdır. Çünkü ödediği hiçbir şey için bana rücu hakkı yoktur. Eğer ki ben satışı yaptıktan bir yıl sonra Titius aleyhine dava açılırsa, yine aynı şekilde tutuyor olduğum *peculium* hesaba katılmamalıdır. Zira artık (bir yıldan sonra) beni dava edemez. Ancak, eğer dava bir yıl içerisinde açılırsa, o zaman böyle bir *peculium*, kölenin devrinde alacaklının hem satıcıyı hem de alıcıyı dava edebileceği kabul edildiği için hesaba katılmalı, dikkate alınmalıdır.”

Söz konusu parçada bir köleye birlikte malik iki efendi ortaktan biri kendi payını üçüncü bir kişiye devretmektedir. Yani ayrılan ortak köledeki *peculium* payını geri çekerek ayrılıyor. Metnin önemi öncelikle dolaylı olarak da olsa köle üzerindeki payın devrinin mümkün olduğuna işaret etmesidir. Anladığımız üzere bu pay devri ile yeni pay sahibi işletmenin ortağı haline geliyordu. Zaten köle bir *res* olarak müşterek mülkiyette bulunduğu zaman *communio*/ müşterek mülkiyet esaslarına tabi olması gerekirdi. Bu kapsamda aksine anlaşma olmadıkça müşterek maliklerden her birinin,

payını diğer maliklere zarar vermeyecek şekilde⁷¹⁵ üçüncü bir kişiye devri mümkündür⁷¹⁶. Bu hem müştereken malik olunan köle üzerindeki pay hem de köleye tahsis olunan müştereken malik olunan *peculium* üzerindeki pay için geçerliydi. Olayda sorulan soru: “Yeni ortak *peculium* üzerine dava edildiğinde onun sorumlu olduğu miktarın tespitinde payını devreden kişinin elinde bulunması muhtemel *peculium* kısmı da dikkate alınacak mıdır?” şeklindedir. Soruya metnin kendi içinde verilen cevap ise satıcı olan eski efendideki *peculium*’un dikkate alınmaması gerektiğidir. Gerekçe olarak da yeni ortağın eski ortağa rücu hakkı olmadığı belirtilmiştir. Aralarında bir rücu hakkı olması zaten söz konusu değildir. Zira hiçbir zaman *peculium* üzerinde birlikte ortak olmamışlardır.

Ortakların paylarından fazla ödedikleri kısmı diğerlerinden temin edebileceklerine (rücu) Digesta’nın aynı kitabında numara olarak daha önce de değinilmiştir:

D. 15. 1. 27. 8 (Gaius libro nono ad edictum provinciale)

Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri: est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit: nec huius dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et eius quod apud alterum. Nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi. Quod Iulianus ita locum habere ait, si apud alterum quoque fuit peculium, quia eo casu solvendo quisque etiam socium aere alieno liberare videtur: at si nullum sit apud alterum peculium, contra esse, quia nec liberare ullo modo aere alieno eum intellegitur.

"İki veya daha fazla malike ait olan bir köle ile sözleşme yapan kişi, dilediği malike karşı tüm miktar için bir dava açabilir. Çünkü tek bir kişi ile anlaşılan kimsenin iddiasını/ davasını birden fazla kimse arasında bölmesinin gerekmesi yanlış olur. Seçilen davalıya karşı açılan davada, sadece o davalının katkıda bulunduğu *peculium*

⁷¹⁵ Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 377.

⁷¹⁶ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 104; Erdoğan, **Roma Eşya**, **op. cit.**, s. 46.

miktarı değil tüm maliklerce katkıda bulunulan *peculium* hesaba katılır. Seçilen davalı sorumlu tutulmakla zarara uğratılmış olmaz. Çünkü kendi kısmından/ payından fazla öderse, ortaklığı dava ederek (*pro socio*) veya müşterek mülkiyeti bölme davası ile (*communi dividundo*) diğer ortak veya ortaklardan dengeyi sağlayabilir. Julian der ki bu yalnızca diğer ortaklar *peculium*'a katılmışlarsa doğrudur. Çünkü bu halde bir ortak ödemede bulunarak diğerlerini borçtan kurtarır. Fakat eğer diğer ortaklar *peculium*'a katılmamışlarsa o zaman ödemekten kurtuldukları bir borç söz konusu değildir. Bu nedenle de kendilerine başvurulması söz konusu değildir."

Paragrafta bahsedilen husus köle ve *peculium* üzerinde aynı kişilerin malik olduğu bir durum olup Gaius'tan öğrendiğimize göre yeni ortağın dava edildiğinde eski/ devreden ortaktaki *peculium*'un dikkate alınmaması bu ikisinin kölenin *peculium*'u üzerine ortak olmamalarıyla açıklanmaktadır. Zira köleye verilen tüm *peculium*'un üçüncü kişilere karşı sorumluluklarında dikkate alındığı kimseler, *peculium* üzerine de ortak olan efendi maliklerdir. D. 15. 1. 37. 2'de ayrıca diğer ortağa dava açıldığında ise satıştan itibaren bir yıl geçtikten sonra artık devreden eski ortağın sorumluluğu kalmadığı için ondaki *peculium*'un yine dikkate alınmaması gerektiği yazılmıştır. Köle üzerindeki ortaklık devam ederken efendi ortakların *peculium*'un alacaklılarına olan sorumluluklarının müteselsilen olduğunu biliyoruz⁷¹⁷. Buradan hareketle paragrafin son kısmında bahsedilen de ortaklardan birinin değişmesi üzerine ayrılan ortak ile kalanların söz konusu *peculium* üzerine müteselsil sorumluluklarının bir yıl daha devam edeceğidir. Dolayısıyla bu süreç boyunca sorumluluk miktarının hesabında ayrılan efendideki *peculium*'un dikkate alınmasının gerektiğinin belirtilmesi de gayet isabetli ve kendi içerisinde tutarlıdır.

Nihayetinde anlaşılan o ki *peculium* işletmesinin, devirden önceki işlemlerden kaynaklı alacaklılarına karşı, ortaklıktan ayrılan (eski efendi) ortak ile ortaklıkta kalan

⁷¹⁷ D. 15. 1. 27. 8'de bir köle üzerinde ortak olan birden fazla malikin, kölenin borcundan dolayı üçüncü kişilere ve birbirlerine olan sorumluluklarından bahsedilmiş ve *peculium* alacaklısının borcun tüm miktarı için, tüm maliklerce katkıda bulunulan *peculium* hesabınca efendi maliklerden dilediğine başvurabileceği ve ödemede bulunan malikin de ifada bulunduğu payından fazla kısım için ortaklığı *actio pro socio* ile veya *actio communi dividundo* ile dava edebileceğinden yani sorumluluğun müteselsilen olduğundan bahsedilmiştir.

efendi ortağın müteselsilen sorumlulukları alacaklılara karşı bir yıllık süre ile devam etmekteydi⁷¹⁸.

Fakat Gaius'un bu paragrafında ayrıca, köle üzerinde ortak olan ama *peculium* üzerinde ortak olmayan efendinin *peculium* üzerine dava edilemeyeceğine temas edildiğini de görebiliyoruz. *Peculium*'a katılmayan bir ortağa başvurulmasının mümkün olmadığını ifade etmesi bizleri söz gelimi köle üzerinde ortak olan beş efendinin sadece dördünün ortak köleye müşterek bir *peculium* tahsis etmiş oldukları bir durumda alacaklı üçüncü kişinin köle üzerinde ortak olan fakat *peculium* üzerinde ortak olmayan efendiye başvuramayacağına da ulaştırır. Bu şekilde diğer dört ortaktan birine başvurusu halinde de ödeme yapan ortağın beşinci ortağa rücu edemeyeceği yine açıktır. Zira *peculium* üzerinde müşterek mülkiyete sahip değildir ve dolayısıyla da sorumlu değildir. Zira *negotiatio per servos communes*'te efendi ortakların (iç ilişkide) borçlardan sorumlulukları *peculium*'daki payları oranında, karlardan sorumlulukları ise köle üzerindeki payları oranındadır.

Sonuçta görüldüğü üzere efendi ortaklardan birinin kendi payını bir üçüncü kişiye diğerlerinden bağımsız olarak devri mümkündü ve bu devir sadece köle üzerindeki payın devri veya hem köle hem de *peculium* üzerindeki payın devri olabilirdi⁷¹⁹. Bir manada köledeki payın devri ortaklık hissesinin devri gibiydi ve ortağın değişmesi anlamına geliyordu. Köledeki devredilen payın yeni sahibi işletmenin yeni ortağı olurdu ve bu yönüyle klasik *societas* akdinden ayrılıyordu. Bu yönüyle köleler üzerindeki paylar, ticari işletmeler söz konusu olduğunda yaşayan bir tür devredilebilir hisseler görevi icra edebiliyordu⁷²⁰. Yeni ortak sadece köle üzerindeki payı elde etmiş ise ayrıca Iulianus'un da belirttiği üzere köleye bir miktar *peculium*'u diğer ortak efendi maliklerce birlikte malik olmak üzere tahsis edebilirdi⁷²¹. Böylece onlarla beraber kölenin işlemlerinden müteselsilen sorumlu olmaya da başlardı. Bu ise işletmenin sürekliliğini sağlayan ve onu klasik Roma *societas*'ından ayıran belki de en önemli özelliğiydi. Üstelik işletmenin efendi maliklerinden birindeki bu tarz bir değişikliğin işletme alacaklılarına yönelik etkileri

⁷¹⁸ Paylarından fazla ödedikleri kısım için ise birbirlerine karşı rücu hakları vardı.

⁷¹⁹ Grotkamp, **op. cit.**, s. 128.

⁷²⁰ Del Granado, **op. cit.**, s. 341. Aynı kaynakta, *peculium*'unda bir *taberna* veya *officina*'sı olan kölenin satımının söz konusu işletmenin satımı anlamına geleceği de ifade edilmiştir.

⁷²¹ D. 41. 1. 37 (Iulianus libro 44 digestorum).

de düşünölmüştü. Devralan yeni ortak ile hali hazırda mevcut olan ortağın, devirden sonraki *peculium*'a ilişkin işlemlerden sorumluluğı müteselsilen olduğı gibi ayrıca devredip ayrılan eski ortak ile ortaklıkta kalan ortak arasındaki, devirden önceki *peculium*'a ilişkin işlemlerden, müteselsil sorumluluk ilişkisi de devirden itibaren bir yıl süreyle devam etmekteydi. Bir yıl boyunca devam edebilmesi kuşkusuz ki *peculium*'u geri çekerek sadece köle üzerindeki payın devredilmiş olmasındandı. Köledeki pay ile beraber *peculium*'daki pay da devredilmiş olsaydı, kuşkusuz artık bir yıl içerisinde dahi böyle bir müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacaktı, meğer ki satış bedelinin *peculium* yerine geçeceği kararlaştırılmış olsun⁷²².

2. Kölenin Efendi Malikler Tarafından Devri

Değınilmesi gereken diğeri bir konu da kölenin, kendisine efendi ortaklarca tahsis edilmiş olan *peculium* ile birlikte tümünden devridir. Böyle bir halde tek seferde ortakların tümü değışmekte ve muhtemelen de tek kişiyi devir söz konusu ise, ortaklık (ve köle üzerindeki birlikte mülkiyet) sona ermekteydi. Köle ve *peculium res* niteliğinde olup kölenin şahsı üzerinde efendi ortakların *communio*'su/ müşterek mülkiyeti bulunduğı için işletmenin devrinde *communio*'ya ilişkin esaslar uygulanmak gerekirdi. Bu kapsamda yalnızca tüm maliklerin anlaşmasıyla işletmenin devri söz konusu olabilirdi. Zira müşterek maliklerden biri müşterek malvarlığının tümü üzerinde tasarrufta bulunamazdı. Devredilmesi veya üzerinde bir irtifak hakkı tesisi gibi bu tarz işlemlerin tüm ortakların rızası dahilinde olması gerekirdi⁷²³.

D. 15. 1. 27. 2 (Gaius libro nono ad edictum provinciale)

Si servus alienatus sit, quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur, tamen nihilo minus et in novum dominum actio datur, et nihil interest, aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit.

⁷²² D. 15. 1. 33 ve 34'e göre, "Ama eğer köle, ücretin, *peculium*'un yerini alması şartıyla satılmışsa, *peculium*, onu oluşturan şeylerin elinde bulunduğı kişiden ziyade sanki satıcının elindeymiş gibi davranılabilir." Kölenin devri ve *peculium* ilişkisi için q.v.: Üçüncü Bölüm, II, C, 4.

⁷²³ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, op. cit, s. 105; Erdoğan, **Roma Eşya**, op. cit, s. 46 ve 47.

“Devirden itibaren bir yıl için köleyi devreden kimseye karşı *peculium* üzerine praetor davası açılabilmesine rağmen, mevcut *peculium*'un, devralan malikin hakimiyeti altında yeni kazanılmış olmasından veya satışın veya bağışın/ hediyein parçasını oluşturan eskisinin köleye tekrar bahşedilmesinden mücerret olarak yeni efendi de dava edilebilir.”

D. 14. 4. 10 (Paulus libro 30 ad edictum)

De peculio actione etiam cum emptore servi agi potest, tributaria non potest,

“Köleyi satın alan kişi *peculium* üzerine (actio de peculio ile) dava edilebilir ama *peculium*'un dağıtım davası ile (actio tributaria) dava edilemez.”

İncelenen husus, köle ve *peculium*'dan oluşan işletmenin tümünün efendi maliklerce devri olduğu için bu paragrafların kölenin *peculium*'lu devrinden bahsettiği kısmı bizim için önem arz etmektedir. Paragrafın ilk yarısında, kölenin *peculium*'suz devrinden bahsedilmekte ve işletmenin devri üzerine önceki efendi ortakların, devre konu etmeyip kendilerinde tuttıkları miktarca devirden önceki *peculium*'a ilişkin işlemlerden sorumluluklarının bir yıl süreyle devam ettiği belirtilmiştir ki bu husus *annalis* davasının mahiyeti ile uyumludur. İkinci yarısında ise kölenin *peculium*'lu devrinden bahsedilmekte ve yeni efendi veya efendi ortakların ister köleyle gelen olsun (ki bu kölenin *peculium*'la birlikte devri anlamına gelir) ister kendileri yeni tesis etmiş veya miktarını artırmış olsunlar köledeki *peculium* miktarınca sorumlu tutulabilecekleri belirtilmektedir. Nihayetinde efendi malikler tarafından işletmenin tümünün (köle ve *peculium*) devri halinde devralanın *peculium* üzerine dava edilebilmesine hukuk sistemi müsaade etmekteydi.

C. Yönetime Yönelik Değişiklikler

Köle kendisine tahsis edilen *peculium* ile işletmenin yöneticisi konumunda olduğu için işletmenin konusu kapsamında hukuki işlemleri gerçekleştiren, *peculium* üzerinde tasarruf eden de kendisiydi. *Alieni iuris*'lerin ise işletme temsilcisi, yöneticisi olarak kullanılmaları, statülerinde yapılacak değişiklikler çoğu durumda kolay ve hızlı

olmadığı için temsil edilen, adına işlem yapılan konumunda olan efendilerin sonradan istemediklerine karar verdikleri taahhütlerden kurtulmalarını engellerdi⁷²⁴.

1. Kölenin Ölümü

Peculium'un hileli azaltılması bahsinde Ulpianus'tan incelediğimiz metinde⁷²⁵ bahsedilen diğer hususların yanı sıra kölenin ölümü ile efendi ortakların *peculium*'a dayanan *annalis* davası ile bir yıllık süre için sorumlu tutulmaları uygun görülmüştür. Zira ölüm ile *peculium* ortadan kalkacağı ve onu oluşturan şeyler, köle üzerindeki birlikte mülkiyet durumu devam ettiği için, efendinin kişisel malvarlığına dahil olacağından⁷²⁶ *peculium*/ işletme alacaklılarına yönelik ihtiyaç duyulan güvence bu şekilde sağlanmaya çalışılmıştır.

Peculium'un hilesiz geri çekilmesi bahsinde Ulpianus'tan intikal eden bir diğer paragrafta da⁷²⁷ *peculium*'un kölenin ölümü ile sona ermesi halinde *annalis* davasının açılabilmesi bir yıllık sürenin geçebileceği ve bu halde efendi ortağın kölenin işleminden yarar sağlamış bulunması halinde zaman sınırına tabi olmadan *actio de in rem verso* açılabilmesi işaret edilmektedir. Bu dava efendinin, kölenin faaliyetlerinden elde ettiği faydaları/ kârları alacaklıların erişiminden çıkarmasını zorlaştırıyordu.

Nihayetinde yönetici pozisyonundaki kölenin ölümü üzerine işletme alacaklılarının dezavantajlı duruma düşmelerinin önüne ilk bir yıl için *annalis* davası tanınarak sonrası için de efendinin yarar sağlaması şartıyla⁷²⁸ süre sınırı olmadan *de in rem verso* davası ile geçilmiştir. Görülen o ki kölenin ölümü üzerine efendinin sorumluluğunda tezahür eden işletmenin sürekliliği, alacaklılarının zor duruma düşmelerinin engellenmesine yetecek ölçüde sağlanmaya çalışılmıştır.

⁷²⁴ Üçüncü kişiler tarafından kolayca tanınabilmeleri ve statülerindeki devamlılığın kısa vadeli değil aksine uzun süreli olması aile üyeliği ile ilgili formalitelerin aleniyeti sağlamayı amaç edinmiş yapısından ileri gelir: Q.v.: Arruñada, **op. cit**, s. 25 ve 29-30.

⁷²⁵ D. 15. 2. 1 pr. için q.v.: Üçüncü Bölüm, II, A, 1.

⁷²⁶ Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit**, s. 228; Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit**, s. 30.

⁷²⁷ D. 15. 3. 1. 1 için q.v.: Üçüncü Bölüm, II, A, 3.

⁷²⁸ Nelerin yarar sağlamak olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin q.v.: D. 15. 3. 3.; İkinci Bölüm, I, C, 2.

2. Kölenin *Peculium*'la Birlikte *Manumissio*'su

Önceki bölümde bahsedildiği üzere⁷²⁹ *peculium*'un esas amacı pek tabi ki özgürlüğün elde edilmesi değildi. Zaten geçimini sağlayacak⁷³⁰ kılık kıyafet ve yiyecekten oluşan asgari miktarın üstünde *peculium*'a yalnızca sınırlı sayıda ayrıcalıklı köleler ulaşabiliyordu. Daha çok, bir tür kölenin geçimini sağlama ve sınırlı oranda da efendinin kölelerini işletme temsilcisi olarak kullanma aracı olarak işlev görüyordu. Bu denkleme ters tarafından bakılınca da *peculium*'u olmayan kölelerin daha ziyade pasif ve efendiyi fiili temsil yeteneğinden yoksun bir konumda kaldığı görülmüyordu. Erkek kölelerin işbilir olmaları, para kazanmaya, ticaret yapabilmeye istidatlı olmaları; kadın köleler için ise ister fahişelik olsun ister efendilerinin gözdeleleri olarak duygusal yakınlık kurabilmeleri olsun cinsellikleri *peculium*'a ve devamında *manumissio*'ya giden yol oluyordu⁷³¹.

Roma'da kölelik sisteminin sorunsuz işlemesinin araçlarından birisi de kölenin özgürlüğe kavuşma umudunu canlı tutmak olduğu⁷³² için özgürlüğe ve devamında vatandaşlığa giden yolda *peculium*'un bir araç olarak kullanılması önem arz ediyordu⁷³³.

Aslında kölenin kendi *manumissio*'sunu *peculium*'u ile satın alması, her ne kadar hukuki olarak *peculium* efendiye ait olsa da özellik gösterdiği anlamına geliyordu. Efendi açısından fiili olarak kısıtlamaları vardı. Zira akla, eğer efendi için hiçbir sıkıntı olmayacaksa, neden kölesini *peculium*'uyla beraber azat etmek gereği duyduğu gelebilir. Belki insanlıklarından dolayı özgür hayatlarına belirli bir sermaye

⁷²⁹ Q.v.: İkinci Bölüm, I, B, 3.

⁷³⁰ D. 15. 1. 25'e göre, "Eğer efendi, onları köleye özel ve kalıcı kullanımı için vermişse, giysiler *peculium*'un bir parçasını oluşturur. Fakat eğer sadece uşak olarak veya yemekte hazır bulunması gibi belirli amaçlar ve özel durumlar için verildiklerinde oluşturmaz."

⁷³¹ Her ne kadar kadınlar da ticari bir deniz veya kara işletmesinin başına getirilebilirlerdiyse de daha ziyade onlar için *peculium* ve devamında özgürlüğe giden yol efendilerinin iradesine etki eden cinselliklerinden geçiyordu. Q.v.: Roth, **op. cit.**, s. 93, n. 9; öyle ki efendi ile azatlı kölesi arasındaki evlilikleri kaydeden çok sayıda mezar taşı söz konusudur: Hopkins, **op. cit.**, s. 127.

⁷³² Roth, **op. cit.**, s. 91; Hopkins, **op. cit.**, s. 115 et. seq.

⁷³³ Roth, **op. cit.**, s. 92 ve 93; Del Granado, **op. cit.**, s. 338; Serrao, **op. cit.**, s. 42.

ile başlamalarını arzuluyorlardı⁷³⁴, belki diğer Romalılara karşı bir gösteriş⁷³⁵, belki de asıl amaçları kölelik sisteminin sorunsuz işlemesi için sayıları giderek artmakta olan kölelerin özgürlük umudu beslemelerini sağlayarak sömürmeye devam etmekte⁷³⁶. Nihayetinde köle azat edilip hakimiyetten çıkarılırken *peculium* ya efendi tarafından geri alınır ya da kendisine bırakılırdı⁷³⁷. Bu bağlamda esas soru efendi ortağın bu husustaki saikinden ziyade; köle, *peculium*'undan vazgeçerek özgürlüğünü elde edebildiğine göre *peculium*'u ile azat edilmesinden anlaşılması gerekenin ne olduğudur.

Kölenin azat edilmesinin *peculium*'la birlikte veya ondan mücerret olabilmesi bu iki kurum arasındaki ilişkinin tek taraflı olduğu anlamına gelmemelidir. Çünkü daha ziyade karşılıklı bir etkileşim söz konusu olmuştur. Zira *manumissio peculium*'lu olabileceği gibi, aslında *manumissio*'ya sebebiyet veren *peculium* da olabilirdi⁷³⁸. Kölenin özgürlüğünü satın alması olarak pek çok eserde ifadesini bulan bu durum⁷³⁹ esasında kölenin *peculium*'unu veya onun bir kısmını *manumissio* karşılığı efendisine bırakması temelli sözleşmesel bir pazarlık oluyordu⁷⁴⁰. Belki de hayatı boyunca

⁷³⁴ Öyle ki kaynaklarda *peculium*'un yeterli büyüklüğe ulaşması halinde *manumissio* üzerine *peculium* kendisinde kalan tarafın diğerine hayatını idame ettirecek araçlardan yoksun olması halinde birkaç ay boyunca hatta duruma göre birkaç yıl boyunca aylık olarak ödemelerde bulunduğu sabittir. Q.v.: Andreau, **op. cit.**, s. 68.

⁷³⁵ Servetlerinin ve güçlerinin göstergesi olarak köle azat etmek bir problem olmaya başlayınca İmparator Augustus vasiyetname ile azat edilebilecek köle sayısını sınırlama yoluna gitmişti: Hopkins, **op. cit.**, s. 128.

⁷³⁶ Nihayetinde özgürlüğe giden yolda köle olarak sömürülmeleri *manumissio*'dan sonra da vatandaşlığa giden yolda azatlı olarak sömürülmeleri söz konusuydu. Q.v.: Roth, **op. cit.**, s. 94; Del Granado, **op. cit.**, s. 338-339. Yahut azat edilen sadece kölenin kendisi olup sevdikleri yine efendinin hakimiyetinde ve *patria potestas*'ına tabi yaşamaya devam ediyorlardı. Bu ise azatlıya karşı bir çeşit denetleme ve dengeleme vasıtası görevi görüyordu.

⁷³⁷ Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 68.

⁷³⁸ Gerçekten de gerçekleştirilen azat etme işlemlerinin en yüksek yüzdesinin ticaret ve üretim faaliyetlerinde (sanayi, zanaat) istihdam edilen köleler lehine yapıldığı tespit edilmektedir: Q.v.: Serrao, **op. cit.**, s. 42.

⁷³⁹ Hopkins, **op. cit.**, s. 126; Temin, **Roman Market Economy**, **op. cit.**, s. 131; Karaaslan, **Peculium**, **op. cit.**, s. 44; kölelik bir sistem olarak görülmesi gerektiğinden, her ne kadar kişiler bazında ne derece kutlu bir nimet olursa olsun, azat edilme, kölelik sistemini çözen bir parametre değil daha ziyade onu destekleyen muazzam bir etkendi: Q.v.: Hopkins, **op. cit.**, s. 118.

⁷⁴⁰ Roth, **op. cit.**, s. 94 et. seq. Söz konusu olan pek tabii yasal bir sözleşme değildi. Köleler tarafından icra edilmesi vs. söz konusu olamazdı. Zira kölelerin bu tarz yasal hakları yoktu. Fakat genel olarak efendileri tarafından onurlandırılırdı: Q.v.: Hopkins, **op. cit.**, s. 126; otonom bir statüyü elde edebilmek için köle, efendisini tazmin ederdi. Bu tazmin ise özerklik dereceleri farklılaşmakla birlikte kimi zaman efendisinin temsilcisi olarak çalışmasıyla, toptan veya periyodik ödemelerde bulunmasıyla kimi zaman da *peculium*'unu biriktirip toplaması ile vücut bulabiliyordu. Öyle ki bu tarz bir otonomiye, fiili özgürlüğü, icra eden köleler başarılı olmaları durumunda özgürlüklerini satın alıp özgür bir insan olarak

kendisi adına yaptığı ilk hukuki işlem, özgürlüğünü satın almak oluyordu⁷⁴¹. Bu duruma getirilen farklı bir bakış açısı da efendinin zaten kendisine ait olan *peculium*'un bir kısmını köleden geri alması kalanını ise *manumissio* üzerine ona ihsan etmesi şeklindedir ki öncelikle akla gelen de budur. Aslında iki tür düşünce tarzı da isabetsiz değildir. Zira kölenin *manumissio*'su efendi hayattayken *inter vivos*⁷⁴² olarak yapılabileceği gibi, vasiyetname ile onun ölümü üzerine de gerçekleşebilirdi. İşte, kölenin hem *peculium*'u hem de özgürlüğünü *manumissio* üzerine elinde tutması, *manumissio*'da tercih edilebilecek usuller⁷⁴³ ve bu usullerde efendinin açık bir irade açıklamasından geri durması veya net olmaması faktörlerine göre mümkün olabiliyordu.

Cod. 7. 23. 1 (DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. RUFINO)

Imperatores Diocletianus, Maximianus . Longe diversam causam eorum, qui a superstitibus manumittuntur, item illorum, quibus testamento libertas relinquitur, esse dissimulare non debueras, cum superiore quidem casu concessum tacite *peculium*, si non adimatur, posteriore vero, nisi specialiter fuerit datum, penes successorem remanere sit iuris evidenter.

“Unutulmamalıdır ki o esnada yaşayan kişilerce azat edilenlerin durumlarıyla özgürlükleri vasiyetname ile kendilerine bırakılanlar arasında büyük fark vardır. Zira ilk durumda eğer ki özellikle mahrum bırakılmadırlarsa zımnen *peculium*'a hak

ölebilecek bir duruma gelebiliyorlardı: Q.v.: Silver, **Autonomous Slaves**, **op. cit**, s. 233 ve 234; Serrao, **op. cit**, s. 42.

⁷⁴¹ D. 40. 1. 6 (Alfenus libro quatro digestorum)'a göre, “Servus pecuniam ob libertatem pactus erat et eam domino dederat: dominus prius quam eum manumitteret, mortuus erat testamentoque liberum esse iusserat et ei *peculium* suum legaverat. Consulebat, quam pecuniam domino dedisset ob libertatem, an eam sibi heredes patroni reddere deberent necne. Respondit, si eam pecuniam dominus, posteaquam accepisset, in suae pecuniae rationem habuisset, statim desisse eius *peculii* esse: sed si interea, dum eum manumitteret, accetum servo rettulisset, videri *peculii* fuisse et debere heredes eam pecuniam manumisso reddere.

Bir köle özgürlüğü için para karşılığı pazarlık eder ve parayı efendiye öder. Efendi onu azat etmeden önce ölür ve onun özgür olmasını vasiyetinde emreder ve ayrıca *peculium*'unu ona miras bırakır. Köle, özgürlüğünü elde etmek için efendisine ödediği paranın efendinin mirasçıları tarafından kendisine geri ödenmesi gerekip gerekmediğine ilişkin olarak sorar. Alfenus şöyle cevaplar: Eğer efendi parayı aldıktan sonra onu kendisinin olarak hesabında tutmuşsa, para o anda kölenin *peculium*'unun bir parçasını oluşturmayı bırakır. Fakat eğer bu arada, onu azat etmeden önce, parayı köle tarafından ödenmiş para olarak kenara ayırırsa, para onun *peculium*'una ait olarak düşünülür ve mirasçılar parayı azat edilen köleye iade etmek zorundadırlar.”

⁷⁴² İlgili tarafları hayattayken hüküm ifade edecek yasal işlemleri nitelemeye kullanılan Latince deyiş.

⁷⁴³ Roth, **op. cit**, s. 97.

kazanırlardı ve ikinci durumda ise açıkça azat edilen köleye bırakılmadıkça mirasçılar peculium üzerinde hak sahibi olurlardı. Hukukun bu hükmü son derece açıktır.”

Inst. 2. 20. 20

... peculium autem nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis si vivus manumiserit, sufficit si non adimatur: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. ...

“... Efendisi hayattayken onu azat etmesine rağmen peculium miras olarak verilmedikçe azat edilen köleye borçlu değildir. Geri alınmış olması yeterlidir. Yüce Severus ve Antoninus tarafından fermanla bu şekilde cevaplanmıştır. ...”

Görülen o ki *manumissio testamento* türü azat etmede *peculium*’un köleye devri/ geçmesi açık beyan gerektiriyordu. Köle, öyle belirtilmedikçe *peculium*’un kendisine devrini bekleyemezdi⁷⁴⁴. Buradan çıkan sonuç, vasiyetname ile azat etmede *peculium* işletmesinin köleye devri için de açık bir iradenin efendi malik tarafından ortaya konması gerektiğidir.

⁷⁴⁴ Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 190. Bu beyan, mesela mirasçılardan birine belli miktarın ödenmesi şart koşularak zımni olarak da belirtilebilirdi. Alakalı Digesta metni şöyledir: D. 33. 8. 8. 7’ye göre, “Interdum etsi non sit legatum peculium, velut legatum sic accipitur, id est in huiusmodi specie: quidam servo libertatem, si rationes reddidisset, dederat, et si heredibus centum intulisset. Imperator igitur noster cum patre rescripsit, peculium quidem non nisi legatum deberi: "verum", inquit, " si condicionibus praescriptis paruit servus, testatorem voluisse eum retinere peculium interpretamur": videlicet ex eo, quod ex peculio eum iusserat centum inferre.

Bazen, peculium vasiyetle bırakılmış olmamasına rağmen, sanki bırakılmış gibi davranılır. Yani, bu tür bir olayda, bir adam, kölesine özgürlüğünü hesapları denkleştirmesi ve mirasçılara 100 aurei ödemesi koşuluyla verir. Bu yüzden imparatorumuz ve babası (Caracalla ve Severus) peculium'un gerçekten vasiyet edilmişse borçlu olunduğu cevabını vermiştir. Ama "eğer köle belirtilen şartları yerine getirmişse, kölesine ödemesini emrettiği yüz aurei'nin peculium'dan olması gerekçesiyle; efendinin, kölenin, peculium'unu elinde tutmasını arzu ettiğini anlarız" demiştir.”

Efendinin sağ olduğu kölenin *manumissio*'su türlerinde ise ister *vindicta*⁷⁴⁵ ister *inter amicos*⁷⁴⁶ veya diğerleri⁷⁴⁷ olsun, *peculium*'un devri açık beyan gerektirmezdi. Köle, *peculium*'un kendisine devrini aksi belirtilmemişse, yani kendisinden alınmadığı kadarıyla, bekleyebilirdi⁷⁴⁸. Zaten ancak mali bir anlaşma, sözleşmesel bir düzenleme *peculium*'dan arta kalanın öylece köleye geçmesini açıklayabilirdi⁷⁴⁹. Bu da demek oluyor ki kölenin, ilgili taraflar hayattayken hüküm ifade edecek şekilde azat edilmesi durumunda *peculium* işletmesinin kaderine yönelik taraflar arasında bir mutabakata varılması kuvvetle muhtemeldi.

Sonunda kölenin özgürlüğünü elde etmesi ister *inter vivos* ister ise *post mortem* olsun⁷⁵⁰ *peculium*'dan efendiye geri verilen kısmın dışında kalan ne varsa kölenin olacak şekilde⁷⁵¹ mümkündü. *Peculium* işletmesinin kaderi de bu kapsamda *manumissio*'nun türüne ve efendinin ne şekilde harekete geçtiğine bağlıydı.

D. 15. 1. 53 (Paulus libro 11 quaestionum)

Si Stichus *peculium* cum *manumitteretur* *ademptum* non est, *videtur concessum*: *debitores autem convenire nisi mandatis sibi actionibus non potest*.

“Eğer bir köle azat edilir ve *peculium*'u kendisinden alınmaz ise ona verilmiş kabul edilir. Fakat azat edilen köle borçlularını dava etmeden evvel dava haklarının kendisine temlik edilmesi gerekir.”

⁷⁴⁵ *Manumissio vindicta*: *Ius civile*'ye göre azat etme şekillerinden biri olup değnek ile azat etme olarak eserlerde ifadesini bulmuştur. Azat edecek olan efendi, hürriyet savunucusu (*adsertor libertatis*) konumunda efendinin güvenilir bir dostu ve kölenin, bir *magistra* önünde bulunması ve hürriyet savunucusunun kölenin özgür olduğu yönündeki iddiasına karşılık efendice karşı çıkılmaması ve *magistra*'nın tasdiki ile gerçekleşirdi (q.v.: Umur, **Lügat, op. cit.**, s.134; Berger, **op. cit.**, s. 577).

⁷⁴⁶ *Manumissio inter amicos*: *Praetor* hukukunun azat etme şekillerden olan bu usulde köle, efendinin dostları huzurunda yani deyim yerindeyse tanıklar önünde beyan ile azat edilirdi. Bunlar hür gibi yaşar ama köle olarak ölürlerd (q.v.: Umur, **Lügat, op. cit.**, s. 133; Berger, **op. cit.**, s. 576).

⁷⁴⁷ *Manumissio censu* (sayım sırasında azat etme), *manumissio in ecclesia* (kilisede azat etme), *manumissio per epistulam* (mektupla azat etme), *manumissio per mensam* (masasına oturtmak suretiyle azat etme).

⁷⁴⁸ Buckland, **Slavery, op. cit.**, s. 190 et. seq.

⁷⁴⁹ Roth, **op. cit.**, s. 104, n. 39.

⁷⁵⁰ *Manumissio* türleri arasında bu tarz bir ayırım yapılması elbette öncelikle mirasçılarının işine geliyordu. Ölmek üzere iken yapılan bir vasiyetname ile mirasçılarının durumunun kötüleşmesinin önüne geçmek için malik efendinin *peculium*'u azat ediyor olduğu kölesine bırakma iradesini açıkça belirtmesi aranmıştı. Nihayetinde *manumissio testamento* tüm zamanlar boyunca en popüler azat etme şekli olarak kalmıştı (q.v.: A. M. Duff, **Freedmen in the Early Roman Empire**, Oxford: Clarendon Press, 1928, s. 25).

⁷⁵¹ Malmendier, **op. cit.**, s. 1084.

Görüldüğü üzere kölenin *peculium*'u ile birlikte azat edilmesi, *peculium*'a dahil olan işletmenin de dolaylı olarak kendisine devri anlamına gelebilirdi. Kölenin işletmesinin borçlularını takip edebilmesi için ise dava hakkının kendisine devri gerekiyordu⁷⁵². Bu Digesta parçasını D. 15. 2. 1. 1 ile beraber değerlendirdiğimizde, *peculium*'la birlikte azat eden maliklere yönelik bir *annalis* davasının ise mümkün olmadığını çıkarıyoruz. Zira bu paragrafta bahsedilen *manumissio*, *peculium*'suz bir *manumissio* olup bu tarz bir azat ile bir zamanlar *peculium*'u oluşturan şeyler artık efendinin kişisel malvarlığında yer aldığı için, daha doğrusu efendinin malvarlığında artık fiili bir ayırım bulunmadığı için *annalis* davası verilirdi⁷⁵³.

Öte yandan kanımızca *manumissio*'nun *peculium*'suz olması halinde eski malike *de in rem verso* davasının açılması yarar sağlamış olduğu halde pek tabi mümkündü. Fakat bu başlık altında gördüğümüz üzere *peculium*'un tümü ile birlikte ya da bir kısmı ile azat edilme halinde de efendi yarar sağlamış olabilirdi. D. 33. 8. 8. 7'de belirtildiği üzere mirasçılara bir miktar para vermesi üzerine gerisini kölenin kendisine bırakarak vasiyetname ile azat edebileceği⁷⁵⁴ gibi *vindicta* usulü ile azat etmeden evvel bir kısmını kendi uhdesine de alabilirdi. Dolayısıyla efendi, *manumissio* öncesi işlemlerden dolayı, yarar sağladığı yani zenginleştiği miktarda *actio de in rem verso* ile sorumlu olmaya devam ediyordu.

Nihayetinde kölenin *manumissio*'su üzerine işletme, varlığını sürdürmeye devam ediyordu. Bu *manumissio* *peculium*'u da içeriyorsa değişen sadece işletmenin sahibi oluyordu. Dolayısıyla işletmenin sürekliliğine bir hanel gelmiyordu. Yönetici pozisyonundaki köle yine yönetici olmaya devam ediyor ek olarak malik sıfatını da haiz oluyordu. Fakat bu *manumissio* *peculium*'u içermiyorsa bu halde ya işletme sona ermiş oluyor ya da değişen sadece işletmenin yöneticisi oluyordu. Zaten köleyle işlem yapanın gözü *peculium*'un tamamında olduğu gibi ayrıca duydukları güven de kölenin şahsına olmaktan çok işletmeye yani ticaret hayatında ekonomik bir ilişkiler ağı

⁷⁵² Normalde ise *peculium* işletmesi borçlularına karşı efendinin dava açtığı ve elde edilen miktarın kölenin *peculium* değer hesabında eklenecek tutar olarak değerlendirildiği sabittir.

⁷⁵³ Sayın, **op. cit.**, s. 461.

⁷⁵⁴ D. 33. 8. 8. 7 için q.v.: n. 732.

içerisinde fonksiyon icra eden *peculium*'aydı⁷⁵⁵. Efendi her halükârda malik kalmaya devam ediyor ve dilerse bir başka kimseyi işletmesinin yönetimine getiriyordu. Nihayetinde bu halde de arzu ediliyorsa süreklilik sağlanabiliyordu.

3. Kölenin Hileli *Manumissio*'su

Peculium'un hileli azaltılması bahsinde incelediğimiz D. 15. 2. 1 pr.'de⁷⁵⁶ Ulpianus'un değindiği hususlardan biri de *manumissio*'dan itibaren efendinin bir yıl süreyle *annalis* davası ile *peculium*'da bulunan ya da efendinin hilesi olmasaydı bulunacak olan miktarla sorumlu olduğudur. Görülen o ki, iyi niyetli dahi yapılsa kölenin *manumissio*'su üzerine efendi *peculium*'daki miktar ile sorumlu tutulmuştur. Bu hal tabiidir ki kölenin *peculium*'suz olarak azat edilmesi hali için geçerlidir. Bakılması gereken *manumissio*'nun *peculium*'lu veya *peculium*'suz yapılmasının işletmenin devamlılığına olan etkisidir. *Peculium*'suz bir *manumissio* *peculium*'u sona erdirirdi⁷⁵⁷. Buna rağmen işletme alacaklılarının alacaklarını elde edebilmeleri *annalis* davası ile bir yıl boyunca, efendinin fayda sağlamış olması şartıyla da *actio de in rem verso* ile süresiz olarak sağlanmaya çalışılmıştır. *Manumissio*'da efendinin hilesi etkili olduğunda ise işletme alacaklılarının, alacaklarının tümüne ulaşabilmeleri için normalde bulunması gereken ama efendinin hilesi nedeniyle bulunmayan miktarın da hesaba katılması gerektiği aynı parçada belirtilmiştir.

Peculium'lu bir *manumissio*'da ise artık *peculium*'u oluşturan şeyler azat edilen kölenin kendi malvarlığı olacağından, onun içerisindeki işletme de yöneticisi ve artık maliki olan azatlının yönetiminde devam edecekti.

Nihayetinde *peculium*'suz bir *manumissio* ile işletmenin sona erebildiği ama alacaklıların belirtilen davalar ile bir dereceye kadar korunduğu, *peculium*'lu bir *manumissio* ile ise işletmenin aynı yönetici olan eski köle yeni azatlının mülkiyetinde devam ettiği söylenebilirdi.

⁷⁵⁵ Fleckner, **Roman Business Associations**, op. cit, s. 34; D. 14. 4. 5. 15 (Ulpianus libro 29 ad edictum): ... Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credit.

“Bana göre, müşteriler girişimciden ziyade işletmeye güven duyduklarından ayrı dağıtımlar yapılmalıdır.” Paragrafın tamamı için q.v.: Üçüncü Bölüm, V.

⁷⁵⁶ D. 15. 2. 1 pr. için q.v.: Üçüncü Bölüm, II, A, 1.

⁷⁵⁷ D. 15. 2. 3 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium) için q.v.: İkinci Bölüm, I, C, 1, a, (6).

4. Kölenin *Peculium*'suz Devri

Peculium'un kölenin kendisinden ve alt kölenin üst köleden daha değerli olması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdu⁷⁵⁸. Bu kapsamda kölenin *peculium* ile birlikte veya ondan ayrı olarak satılması mümkündü. *Peculium* ile birlikte satımı halinde, satıcı, satıştan itibaren bir yıl içerisinde dahi dava edilemiyordu. Burada bahsi geçen *peculium*'a yönelik yıllık dava olan *actio peculio annalis*'tir. *Peculium* ile birlikte satışta davaya müsaade edilmemesinin nedenini anlayabilmek için davanın mahiyetinin anlaşılması gerekir. D. 15. 2. 1 pr. ve 1'den anlaşıldığı üzere *annalis* davası, *peculium*'un sona ermesi üzerine onu teşkil eden şeylerin efendinin kişisel malvarlığına dahil olması nedeniyle *peculium*/ işletme alacaklılarını zarara uğratmamak için tanınmıştı. Dolayısıyla *peculium* ile birlikte satışta davaya müsaade edilmemesinin nedeni *peculium*'u oluşturan şeylerin tümünden yeni efendiye geçmiş olmasıdır. Zira böyle bir satış ile *actio peculio annalis* davasının hareket noktası ortadan kaldırılmaktadır. Yani efendinin sorumluluk kıtası olarak kabul edilen *peculium* artık satıcıda değil alıcıda yani yeni efendide bulunuyordu ve satıcı konumundaki eski efendinin elde ettiği satış bedeli *peculium* olarak nitelendirilemezdi⁷⁵⁹. Fakat *Digesta*'dan tarafların kölenin satış bedelinin *peculium*'un yerine geçeceği şartıyla satış yapabildiklerini öğreniyoruz⁷⁶⁰.

Kanımızca böyle bir anlaşmaya izin verilerek yapılmaya çalışılan kölenin satımından önce yapılan işlemler için bir yıllık bir süre boyunca *annalis* davasının eski efendiye karşı açılabilmesini sağlamaktı. Bu halde ise akla kölenin *peculium*'suz satılması ile *peculium*'lu ama böyle bir şartın koşulduğu anlaşma ile satılması arasında nasıl bir fark olduğu sorusu gelebilir. Çünkü görünen o ki her iki halde de *annalis* davası açılabilir ve önceki efendi sorumlu tutulabilecekti. Kanımızca böyle bir anlaşmaya geçerlilik tanınmasının nedeni *peculium*'u köleden haklı bir sebep olmaksızın ayırmanın pek hoş karşılanmaması olabilir⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ D. 21. 1. 44 pr. (Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium).

⁷⁵⁹ D. 15. 1. 32. 2'ye göre, "Peculium'u köle ile birlikte satan ve teslim eden satıcı, bir yılın içinde dahi *peculium* için dava edilemez. Zira Neratius'un dediği gibi, kölenin bedeli *peculium* değildir."

⁷⁶⁰ D. 15. 1. 33 ve 34'e göre, "Ama eğer köle, ücretin, *peculium*'un yerini alması şartıyla satılmışsa, *peculium*, onu oluşturan şeylerin elinde bulunduğu kişiden ziyade sanki satıcının elindeymiş gibi davranılabilir."

⁷⁶¹ Haklı bir sebep olmaksızın *peculium*'u köleden geri almak sosyal bakımdan pek de kabul edilebilir bir hareket olarak görülüyordu: Sayın, **op. cit.**, s. 453. Zira kişisel çıkar ve sosyal normlar Roma

Bir üst paragrafta belirtilenler genel kurallar olmakla beraber istisnası, yani kölenin *peculium*'lu satışına rağmen satıcının dava edilebileceği bir hal de vardı: Köle satın alınmadan evvel, satın alan kişinin, ona verdiği borç için, onu aldıktan sonra bir yıl içerisinde borç miktarından artık kendisinin mülkiyetinde bulunan *peculium* değerini çıkararak tespit edilen miktar için satıcıyı dava edebilmesi mümkündü⁷⁶². Dolayısıyla kölenin satımında öncelikle köleden, *peculium*'dan alacaklı olan kişinin satım sözleşmesinin taraflarından biri olup olmadığının tespit edilmesi gerekirdi. Eğer alacaklı, sözleşmenin taraflarından biri değil de üçüncü bir kişiye o halde genel kural uygulanır ve *peculium* üzerine davanın yöneltileceği kişi belirlenirken satımdan sonra *peculium*'un kimde bulunduğu tespit edilirdi⁷⁶³. Zira dava *peculium*'un bulunacağı kişiye yöneltilmeliydi ki ihtimallere önceki paragraflarda değinmiştik. Fakat *peculium* alacaklısı eğer taraflardan biriye, bu halde köleyi devreden veya devralan olmasına göre *peculium* alacaklısına *annalis* davası verilir veya verilmezdi. Zira köleyi satmadan evvel ona verdiği borç için satıcı/ devreden, alıcıyı *peculium* üzerine dava edemezdi⁷⁶⁴. Çünkü satış bedeli zaten bu durum göz önünde tutularak belirlenirdi⁷⁶⁵.

toplumundaki aile babalarının, aile evlatlarının ve kölelerinin *peculia*'larına saygı duymalarını gerektiren sosyal geleneği güçlendirmişti. Öyle ki efendinin *peculium*'a dokunmasına yönelik (mutlak olmasa da) bu tarz sosyal bir bariyer inşa edilmesinin temelinde bizzat efendinin menfaati olduğu da ifade edilmiştir. Çünkü kendisine bağımlı olanların aile babasını öldürmeye yönelik motive olmalarının önüne geçiyor, dahası bir diğer yönüyle de efendi ile kölenin menfaatlerinin birleştiği bir alanı koruyordu: Q.v.: Del Granado, **op. cit.**, s. 338 ve 344; Johnston, **Roman Law in Context**, **op. cit.**, s. 100 ve 101; Karaaslan, **Peculium'un Rolü**, **op. cit.**, s. 2262. Fakat doktrinde, efendinin *peculium* üzerindeki geniş yetkilerine dair sosyal kısıtlamaların varlığı hususunda görüş birliği yoktur: Q.v.: Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 31. Dahası bu tarz sosyal kısıtlamaların daha ziyade aile evlatlarının *peculium*'u üzerinde bulunduğu ve birlikte malik olunan kölenin efendilerinin aynı derece kısıtlamalara tabi olmadıklarına ilişkin olarak beyan edilen görüşler de vardır: Q.v.: Fleckner, **Peculium: Device For Donations**, **op. cit.**, s. 225; Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 227-228.

⁷⁶² D. 15. 1. 27. 6'ya göre, "Fakat Julian, satın almamdan itibaren bir yıl içinde, köle benim olmadan evvel ona verdiğim borç için satıcıyı; borçtan, artık bende bulunan *peculium* değerini çıkararak tespit edilen değer için dava edebileceğimi kabul eder."; köleyi satın alanın, satan kimseyi dava edebileceğini belirten diğer bir metin olan D. 15. 1. 47. 4'e göre de "Julian'ın görüşüne göre, satıcıyı önceki işlemlerden dolayı dava edebilecek olanlar yalnızca genel alacaklılar değildir. Ayrıca kölenin alıcısı da satıcısını dava edebilir. Kölenin alıcısı eğer kölenin başka bir alacaklısı tarafından dava edilirse, kendi alacağını elindeki *peculium*'dan düşürebilir."

⁷⁶³ Kölenin devri üzerine *peculium* da yeni efendiye geçmişse, artık *peculium* üzerine dava ile (*actio de peculio* ile) sorumlu tutulan da yeni efendidir: Sayın, **op. cit.**, s. 461.

⁷⁶⁴ D. 15. 1. 27. 4'e göre, "Julian, satılmadan önce köleye verdiği borç için satıcının, alıcıyı dava etmesine izin verilmemesi gerektiğini düşünmektedir."; Gaius da D. 15. 1. 27. 7'de ifade ettiği üzere Julian ile aynı doğrultuda düşünmektedir.

⁷⁶⁵ Tabiidir ki satış bedelinin bu durum göz önünde bulundurulmadan belirlenmesi hali de söz konusu olabilir. D. 15. 1. 11. 7'de bu durumda satıcının alıcıyı borçlu olunmayan şeyin devri temelli bir *condictio* ile veya satım sözleşmesi üzerine dava edebileceği belirtilmiştir. Fakat bu halde, satım anında

Aynı doğrultuda satılmadan ya da azat edilmeden evvel efendisinin rızasına aykırı bir durum bulunmadan *peculium*'undan borç vermesi halinde ödemenin eski efendiye değil köleye yapılması gerektiği de *Digesta*'da ifadesini bulmuştur⁷⁶⁶. Dahası önceden borç verilen köle satın alınır ve sonrasında satılırsa alıcının, satıcı tarafından, dava edilmesi yine mümkün olmazdı⁷⁶⁷. Zira *annalis* davasının mahiyeti buna engel olurdu. Öte yandan *peculium* alacaklısı kimse devralan ise *annalis* davası verilmesi mümkündü⁷⁶⁸.

D. 15. 1. 47. 5 (Paulus libro quartum ad Plautium)

Si servus deducto peculio venditus sit, procedit, ut venditor et deductione uti possit, et, si post venditionem coeperit aliquid venditori servus debere, non minuit peculia, quia non domino debet.

"Bir köleyi satan ve *peculium*'u kendine saklayan satıcı, satıştan önce doğan borçları *peculium*'dan düşürebilir. Ama köle tarafından satıcıya karşı satıştan sonra altına girilen yeni borçlar *peculium*'u eksiltmez. Çünkü bu borçların alacaklısı efendi değildir."

Yukarıdaki paragraftan anlaşıldığına göre köleyi *peculium*'suz satan kişinin sorumluluğu belirlenirken satıştan önceki alacakları *peculium* miktarından indirilir, satıştan sonra doğanlar ise doğal olarak indirilmezdi⁷⁶⁹.

Buraya kadar kölenin devir hallerinden yalnızca satış ile ilgili konuşulmuş olsa da *Digesta*'da belirtildiği üzere⁷⁷⁰ alıcı ve satıcı açısından söylenenler muayyen mal vasiyeti, bağış ve çeyiz gibi diğer devir temellerinde de geçerlidir.

peculium'un efendiye borçlu olunan miktarı karşılamaya yetecek değerde olmasının gerektiği de yine aynı paragrafta ifadesini bulmuştur.

⁷⁶⁶ D. 46. 3. 35'e göre, "Sonradan satılmış ya da azat edilmiş olsa da bir köle *peculium*'undan ödünç vermiş ... ise işlem yapıldığı vakit kölenin ait olduğu kişinin rızası hilafına yapıldığı anlaşılmadıkça hukuka uygun olarak kendisine ödeme yapılabilir. ..."

⁷⁶⁷ D. 15. 1. 27. 5'e göre, "Julian, önceden borç verdiğim bir köleyi satın alır ve sonra tekrar satarsam, alıcıyı *peculium* üzerine dava edememem gerektiğini düşünür."

⁷⁶⁸ D. 15. 1. 27. 6 için q.v.: n. 737.

⁷⁶⁹ Aynı doğrultuda başka bir destekleyici kaynak için bakınız.: D. 15. 1. 38. 3.

⁷⁷⁰ D. 15. 1. 47. 6'ya göre, "Alıcı ve satıcı için söylediklerimiz devir, muayyen mal vasiyeti veya çeyiz gibi diğer temellere dayandığında da uygulanır. Çünkü bir kölenin *peculium*'u özgür bir adamın malvarlığı gibi işlem görür."; aynı yönde D. 15. 2. 1. 5, 6'ya göre de "Devir satışı içerir, böylece satıcı bir yıl boyunca *peculium* üzerine dava ile sorumludur. Aynı, köleyi bağış olarak veren veya takas veya çeyiz olarak veren gibi."

Nihayetinde görülen o ki kölenin gerek ölmesi gerek *manumissio*'su veya devri üzerine efendilerin kişisel malvarlıkları ve *peculium* malvarlıkları arasındaki ayrım sona eriyordu. Bu, *peculium*'un da sona ermesi anlamına geliyordu. Fakat *peculium* üzerine *annalis* davası ile alacaklılara, sona eren *peculium* malvarlıklarına başvuru imkânı verilmişti. Böylece efendi maliklerin malvarlığındaki kişisel – *peculium* ayrımı *manumissio*, devir veya ölüm üzerine sona ermiş olsa da bu değişikliklerden önce altına girilen borçlar için fiilen, *annalis* davası ile bir yıl için devam ettiği kabul ediliyordu ki Ulpianus'a göre bu süre yeterliydi⁷⁷¹.

D. Efendi Ortaklara İlişkin Değişiklikler

Efendi ortakların birinin işletmeden ayrılmasından⁷⁷², hepsinin birden işletmeyi devrinden⁷⁷³, *peculium*'a ilişkin gerek iyi niyetli gerek hileli işlemlerinden⁷⁷⁴ bahsettikten sonra efendi maliklerin hak ehliyetini kaybının sürekliliğe etkisinden de bahsetmekte yarar vardır.

*Adrogatio*⁷⁷⁵ ile başka bir *sui iuris* Romalının hakimiyeti altına giren kişi artık *alieni iuris* statüsüne düşerdi ve hak ehliyetini kaybeder dolayısıyla da kendi malvarlığı olmazdı. Böylece bir zamanlar kendisine ait olan ve kendi hakimiyeti altındakilerde bulunan her şey ailesine dahil olunan aile babasının hakimiyetine ve mülkiyetine geçerdi. Bu doğrultuda sıradaki paragrafta da Ulpianus'un bahsettiği şey *peculium* üzerine davanın *adrogator*'a yani aile babasına açılması gerektiğidir.

D. 15. 1. 42 (Ulpianus libro 12 ad edictum)

In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant.

⁷⁷¹ D. 15. 2. 1. 3'e göre, "Praetor bu davada bir zaman sınırı uygulamakta haklıydı. Zira ölüm veya devir üzerine *peculium*'un varlığı sona erer ve sorumluluğu, devam eden yıl için canlı tutmak hayli yeterlidir."

⁷⁷² Q.v.: Üçüncü Bölüm, II, B, 1.

⁷⁷³ Q.v.: Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

⁷⁷⁴ Q.v.: Üçüncü Bölüm, II.

⁷⁷⁵ *Adrogatio*: Ailenin başında bulunan hür Romalının başka bir aile babası tarafından evlat edilerek iki ailenin birleşmesine sebebiyet veren bir evlat edinme şekliydi. Böyle bir durumda evlat edinilenin yalnızca kendisi değil onun hakimiyetine tabi olan herkes ve her şey de yeni aile babasının hakimiyetine geçerdi: q.v.: Umur, **Lügat**, **op. cit.**, s.19; Berger, **op. cit.**, s. 350; Umur, **Roma Hukuku**, **op. cit.**, s. 171.

“Sabinus ve Cassius'un adrogatio öncesi ilişkilerle ilgili olarak peculium üzerine dava açılmaması gerektiğini düşünmelerine rağmen, diğerleri, adrogator'un peculium üzerine dava ile sorumlu olduğunu düşünmektedirler ki ben de onlara katılıyorum.”

Kanımızca kölenin şahsı üzerindeki bir ortaklıkta, efendilerden hak ehliyetini bu şekilde kaybedenin yerine *adrogator* gelirdi. Yani ortaklıkta bir pay devri gerçekleşmiş gibi olur ortaklardan birinin kimliği değişirdi. Böyle bir halde işletmenin devamlılığına bir zarar gelmemiş olduğunu düşünmekteyiz.

III. DOĞRUDAN TEMSİL

Bir hukuki işlemin başkası için yapılması temsil kurumu ile mümkündür. Bu kapsamda, başkası için hareket eden kişi yani temsilci doğrudan veya dolaylı temsil ilişkisi içerisinde yer alabilir. Temsil, günümüz sosyoekonomik hayatında temelinden benimsenmiş bir hukuk icadı olup avukatımıza verdiğimiz vekaletten kâr payı aldığımız şirketin işleyişine kadar her alanda caridir. Tıpkı günümüz modern hayatı hukuksal düzende temellendirilmiş işlevsel bir temsil ilişkisi olmadan yürüyemeyeceği gibi Roma'nın imparatorluk sınırlarına ulaşması ve ticaretin giderek artan önemi, ticaret merkezleri arasındaki kayda değer uzaklık ve iletişim araçlarının yavaş mahiyeti aynı ihtiyacı Romalı hayatı ve hukuku için de doğuruyordu⁷⁷⁶.

Temsil, temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına işlem yapması ve işlemin sonuçlarının da bu kişi üzerinde doğmasıdır⁷⁷⁷. Bu doğrudan temsildir ve temsil tabiri esas itibarıyla doğrudan temsili ifade eder⁷⁷⁸. Doğrudan temsilde temsilci ve üçüncü kişi işlemin tarafları olup söz konusu işlem ile meydana gelen borç ilişkisinin tarafları

⁷⁷⁶ Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, *op. cit.*, s. 218.

⁷⁷⁷ Necip Kocayusufoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 633; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, C. 1, s. 210.

⁷⁷⁸ Kocayusufoğlu et al., *op. cit.*, s. 633; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altıp, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 167; Karadeniz Çelebicin, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 261; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, İstanbul, Beta, 2018, s. 134.

ise temsil olunan ve üçüncü kişidir. Temsilci ise borç ilişkisinin tarafları arasında yer almaz⁷⁷⁹. Bu nedenle de temsilcinin yapmış olduğu işlemde doğan haklar ve borçlar temsilcinin değil doğrudan temsil edilenin şahsında doğar⁷⁸⁰.

Öte yandan temsilcinin temsil olunanın adına değil de kendi adına ama temsil olunanın hesabına hareket ettiği hallerde ise dolaylı temsil söz konusudur⁷⁸¹ ki Roma hukukunda bilinen ve cari olan da budur⁷⁸². Dolaylı temsilde hukuki işlemin sonuçları ilk aşamada temsilcinin şahsında doğar ve sonradan temsilcinin bu işlem ile kazandığı hakları ve yüklendiği borçları temsil edilene devretmesi gerekir⁷⁸³. Dolayısıyla hem hukuki işlemin hem de borç ilişkisinin (hukuki işlemin sorumlularının) tarafları temsilci ve üçüncü kişidir⁷⁸⁴. Fakat amaçlanan, işlemin ekonomik sonuçlarının temsil olunan üzerinde gerçekleşmesidir⁷⁸⁵.

Doğrudan temsilin bilinmemesiyle paralel olarak Roma hukukunun vekalet sözleşmesi *mandatum* da bir dolaylı temsil sözleşmesiydi. Bu kapsamda vekiller dolaylı temsil yetkisine sahip oluyordu⁷⁸⁶. Böylece *mandator* yani temsil olunan, *mandatarius* yani temsilcinin yaptığı işlemlerin masraflarına katlanır, buna karşılık sözleşme kapsamınca temsilci de kazanılan hakları *mandator*'a devrederdi⁷⁸⁷. Roma hukukunun aksine modern hukuk sistemlerinde ise esas olan doğrudan temsildir.

Doğrudan temsilin klasik Roma hukuk düşüncesine yabancı olması⁷⁸⁸, görüldüğü üzere ihtiyaç olmamasından değil fakat ihtiyaçları karşılamada hukuk

⁷⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu et al., *op. cit.*, s. 622.

⁷⁸⁰ Tekinay et al., *op. cit.*, s. 185.

⁷⁸¹ *Ibid.*, s. 167; Nomer, *op. cit.*, s. 137; Kocayusufpaşaoğlu et al., *op. cit.*, s. 632; Oğuzman/ Öz, *op. cit.*, s. 211; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 260; “dolaylı temsil yetkisi”nin dolaylı temsilin tanımında yer alması gereken bir unsur olduğuna ilişkin olarak q.v.: Cevdet Yavuz, *Türk- İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 22 et. seq.; Kocayusufpaşaoğlu ise dolaylı temsilciye temel ilişki dışında ayrıca bir de dolaylı temsil yetkisi verildiğinden bahsetmenin isabetsiz olduğunu belirtiyor: Kocayusufpaşaoğlu et al., *op. cit.*, s. 633.

⁷⁸² Kocayusufpaşaoğlu et al., *op. cit.*, s. 632; Tahiroğlu/ Erdoğan, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 224; Honsell, *op. cit.*, s. 35; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s. 265; Buckland/ D. McNair, *Roman Law Comparison*, *op. cit.*, s. 217 vd.; Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, *op. cit.*, s. 40-43; Sayın, *op. cit.*, s. 429; Arruñada, *op. cit.*, s. 23; Del Granado, *op. cit.*, s. 339; Lambauer, *op. cit.*, s. 1.

⁷⁸³ Oğuzman/ Öz, *op. cit.*, s. 212; Tekinay et al., *op. cit.*, s. 167; Nomer, *op. cit.*, s. 137.

⁷⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu et al., *op. cit.*, s. 632; Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, *op. cit.*, s.260.

⁷⁸⁵ Oğuzman/ Öz, *op. cit.*, s. 212.

⁷⁸⁶ Bengi Sermet Sayın Korkmaz, *Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013, s. 177.

⁷⁸⁷ Wacke, *op. cit.*, s. 285 ve 286; Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, *op. cit.*, s. 252; Arruñada, *op. cit.*, s. 23.

⁷⁸⁸ Honsell, *op. cit.*, s. 35; Lambauer, *op. cit.*, s. 1.

geleneklerine uygun olan farklı vasıtaları kullanmalarındandı⁷⁸⁹. Bu kapsamda muamelelerin şekle bağlı olma karakteri ve kişinin kendi adına beyanda bulunması, aşılması epey güç olan temel bir Roma hukuku prensibiydi⁷⁹⁰. Zira herhangi bir işlemin sonuçları ancak tarafları arasında doğabilirdi. Nihayetinde, roma ailesinin⁷⁹¹ *patria potestas* temelli bünyesi (kölelik kurumu ve sıkı örülmüş aile yapısının varlığı) onu bu prensipte ifadesini bulan hukuk geleneği ile çatışmadan kullanılabilir kılıyordu⁷⁹². Gaius'tan aktarılan bir metin bu hususu destekler niteliktedir:

Gaius Institutiones 2. 95

Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus.

“Hâkimiyetimiz altında bulunmayan hür kişiler aracılığıyla bir şey kazanamayız”.

Roma hukukunda doğrudan temsilin gelişmemiş olmasını açıklarken neden olarak gösterilenlerden biri de konumuz kapsamında önemi haiz kölelerdir. Zira hukuki statüleri itibarıyla *res* olmaları dolayısıyla efendi tarafından sahip olunabiliyorlardı. Böylece doğrudan temsil benzeri ya da doğrudan temsil ihtiyacını bir dereceye kadar karşılayabilen bir ilişkinin mevcudiyetini *dominica potestas*⁷⁹³

⁷⁸⁹ Somer, **100 Soru**, **op. cit.**, s. 246; Buckland/ D. McNair, **Roman Law Comparison**, **op. cit.**, s. 218; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 44; Bergh, **op. cit.**, s. 360 ve 361; Malmendier, **op. cit.**, s. 1084.

⁷⁹⁰ *alteri stipulari nemo potest / per extraneam personam nihil adquiri posse*; bu prensip başkası yararına sözleşme yapmayı ve doğrudan temsili yasaklıyordu. Zaten Roma hukukunda ikisi arasında bir ayrım da yoktu. Q.v.: Honsell, **op. cit.**, s. 35. Lambauer, **op. cit.**, s. 1; munzam davaların tesisinden önce aile babası efendi, kişisel olarak akdetmediği hiçbir sözleşme üzerine dava edilemiyordu. Zira sözleşme taraflarının sözleşmede menfaatlerinin olması ve sözleşmenin ancak tarafları üzerinde hukuki sonuç doğurabilmesi Roma hukukundaki doğrudan temsil kurumunun yokluğunun dayanağı olan *ius civile* prensipleriydi: Q.v.: Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 41; Hawk, **op. cit.**, s. 286, n. 109.

⁷⁹¹ Roma ailesi bir birlik oluşturuyor ve aile evlatları ile köleler bu birliğin temsilcileri olmaktan ziyade üyeleri olarak hareket ediyorlardı: Q.v.: Bergh, **op. cit.**, s. 362; Johnston, **Roman Law in Context**, **op. cit.**, s. 99.

⁷⁹² Serrao bir köle ekonomisinde faaliyet icra etmek durumunda olan Romalıların bir nevi akıllı robot olan köleyi aynı amaçlar için kullanabilmeleri nedeniyle tüzel kişilik ihdasından geri durduklarını yazar: Q.v.: Serrao, **op. cit.**, s. 7; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, **op. cit.**, s. 44 ve 45; böylece köle sahibi efendiler kendilerini borç altına sokabilmek için (istisnası *peculium*'a ilişkin işlemler olmakla birlikte) hazır bulunmak zorundayken hak kazanmak için değillerdi.

⁷⁹³ Efendinin kölesi üzerindeki hakimiyet gücü: Berger, **op. cit.**, s. 441.

temelli olarak mümkün kılabilirdi⁷⁹⁴. Efendi malikin, köle ve ona tahsis ettiği *peculium* üzerinde mülkiyet ve egemenlik yetkilerini kullanması, kölenin hak ehliyetinden yoksun ama fiil ehliyetini haiz olması, *praetor*'ların zaman içerisinde kölelerin işlemlerinden alacaklı olanların iddialarını efendilere karşı destekleyen davalar ihdas etmeleriyle beraber bu mevcudiyetin temel taşlarıydı⁷⁹⁵. Ekonomik açıdan bu *praetor* çareleri köleyi efendinin/ işletmenin *de facto* temsilcisi durumuna getiriyordu⁷⁹⁶. Böylece kölenin işlemleri efendinin malvarlığının kimi zaman *peculium* denilen kısmının değerince kimi zaman da daha fazlası üzerinde etki doğuruyordu.

Görünen o ki kölenin varlığı, efendisi ile olan ilişkisi ve hukuki durumu, işlemlerinde tarafların hakları ve bunları sağlamak hususunda *praetor*'ların hukuk düzenine katkısı olan munzam davalar hep beraber köle/ *peculium* işletmesini üçüncü kişilere etkisi yönünden doğrudan temsil kurumunun fiili bir alternatifi yapıyordu⁷⁹⁷. Deyim yerindeyse ortaya çıkan durumda bir yönüyle kölenin borçlarından efendinin (ek) sorumluluğu sağlanıyor; diğer yönüyle de köle, efendinin adına ve hesabına işlem yapıyormuşçasına doğrudan temsil ilişkisindeki temsilci rolünü oynuyordu. Nihayetinde sözleşmenin tarafları köle ve alacaklılar iken olası bir davanın tarafları efendi (duruma göre efendilerden tercih edileni) ve alacaklılar olup efendinin ek⁷⁹⁸ ve (aslında) esaslı sorumluluğu sağlanıyordu⁷⁹⁹. Fakat üçüncü kişinin sadece *praetor*

⁷⁹⁴ Fleckner, **Roman Business Associations**, *op. cit.*, s. 39; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 44 ve 114. Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, *op. cit.*, s. 265 ve 266; Karaaslan, **Peculium**, *op. cit.*, s.63. Ayrıca kölelerin ve yeri geldiğinde aile evlatlarının bu şekilde kullanılmaları ile Roma hukukunun temsilci maliyetini (agency cost) epey düşürdüğü doktrinde ifade edilmektedir: Q.v.: Del Granado, *op. cit.*, s. 339. Sayın ise modern hukuk bakımından ne derece gerçek bir temsil olduğunun tartışılabilir olduğunu da belirterek Roma hukukunda doğrudan temsilin ancak *alieni iuris*'ler üzerinden mümkün olduğunu ifade etmektedir: Sayın, *op. cit.*, s. 430. Dikkat edilmesi gereken *potestas*'ın efendinin, hak iktisabı ve suçlar için *noxal* sorumluluğunun aksine çocuklarının ve kölelerinin işlemlerinden sorumluluğu için tek başına yeterli olmamasıdır: Q.v.: Wacke, *op. cit.*, s. 286.

⁷⁹⁵ Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 99-101; Fleckner, **Peculium: Device For Donations**, *op. cit.*, s. 216; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 45.

⁷⁹⁶ Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 378; kölelerin bu şekilde temsilci olarak kullanılmaları III. yüzyıla kadar sürdü: Arruñada, *op. cit.*, s. 25; Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 106.

⁷⁹⁷ Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 378; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 44 ve 114; Del Granado, *op. cit.*, s. 339; Sayın Korkmaz, *op. cit.*, s. 129.

⁷⁹⁸ Efendinin sorumluluğu, kendisine tabi olanların yerine değil, fakat onların sorumluluğuna ek bir sorumluluktur. Fakat tabii ki yalnızca hakimiyet hakkı sahibine karşı olan iddialar pratik bir değere sahipti: Jörs/ Kunkel/ Wegner, *op. cit.*, s. 266; Burdese, *op. cit.*, s. 592-593.

⁷⁹⁹ Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 378; munzam davaların özelliği olarak, *formula*'larında *intentio* kısmına hukuki işleme taraf olarak üçüncü kişiyle sözleşmesel ilişkiye giren kölenin (ayrıca aile evladı ve *sui iuris* Romalı da olabilirdi bu kişi) adı yazılır, öte yandan *formula*'nın *condemnatio*

davasına başvurabilmesi yani efendiye karşı başvurabileceği bir medeni hukuk davası bulunmaması ve sistemin yalnızca üçüncü kişinin efendiye açabileceği bir ek dava tanıyıp efendinin üçüncü kişiyi dava edebilmesine imkân vermemesi ile efendiye bağlı olanların da sorumluluklarının devam etmesi bu ilişkiyi günümüz doğrudan temsil ilişkisinden ayıran esaslı farklılıklardır⁸⁰⁰.

IV. SINIRLI SORUMLULUK

Çalışmamız kapsamında somutlaştırmaya çalıştığımız *negotiatio per servos communes*, köle/ *peculium* işletmesinin alacaklılarının sadece *peculium* malvarlığı değerince efendiye başvurabilmeleri ama malik efendilerin geri kalan kişisel malvarlıklarından mücerret tutulmaları yönüyle sınırlı sorumluluğu⁸⁰¹ gerçekleştirebiliyordu. Somut dava özelinde *peculium*'un, değerinin tespit edildiği andan sonra büyük bir kayba uğraması konu dışıydı. Çünkü efendinin *peculium* dışındaki diğer varlıkları da alacaklıların erişimindeydi⁸⁰².

Sınırlı sorumluluğun munzam davalarla ilişkisinin anlaşılması gerekir. Zira yalnızca *actio de peculio* ve *actio tributoria* mevzu bahis olduğunda efendinin sorumluluğu sınırlıdır⁸⁰³. Aynı şey *actio institoria* ve *actio exercitoria* için geçerli değildir⁸⁰⁴. Bunun nedeni efendi maliklerin işletmelerine karşı pozisyonlarının/ duruşlarının farklı tarz köle işletmelerinde birbirlerinden farklı olmasıdır⁸⁰⁵. Bunda takdir hakkı da efendi malikte olup dilediği oranda *peculium* işletmesinin işleyişine

kısımında dava ile mahkûm edilecek veya beraat ettirilecek kişi olarak da duruma göre *pater familias* veya iş sahibi girişimci efendinin adı yazılırdı. Q.v.: Kaser, **op. cit.**, s. 506; Burdese, **op. cit.**, s. 593; Wacke, **op. cit.**, s. 282; Tahiroğlu/ Erdoğmuş, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 227; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome, op. cit.**, s. 46; Sayın, **op. cit.**, s. 479; Lambauer, **op. cit.**, s. 3 et. seq.

⁸⁰⁰ Buckland, **Roman Law from Augustus to Justinian, op. cit.**, s. 532; Wacke, **op. cit.**, s. 285; Polojac, **op. cit.**, s. 150; Lambauer, **op. cit.**, s. 4. Ayrıca efendinin hakimiyetine tabi olanların hukuken kişi sayılmamaları da bu ilişkiyi günümüz doğrudan temsil ilişkisinden ayıran bir diğer özellikti: Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, op. cit.**, s. 266.

⁸⁰¹ Silver, **Peculium Economy, op. cit.**, s. 69.

⁸⁰² Aubert, **Dumtaxat de peculio, op. cit.**, s. 199.

⁸⁰³ İkinci Bölüm, I, C, 1.

⁸⁰⁴ İkinci Bölüm, I, C, 3.

⁸⁰⁵ Földi, **Structure of Enterprises, op. cit.**, s. 186 et. seq.

müdahil olabiliyordu. Görünen o ki müdahil olduğu oranda da sorumluluğu artıyordu⁸⁰⁶.

Efendinin işletmesine karşı alabileceği pozisyonlar; *ignorantia*, *scientia* ve *voluntas* olarak ifade edilmişti. Bu kavramlardan *scientia*'nın tanımı *Digesta*'da da yapılmıştı:

D. 14. 4. 1. 3 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria.

“Buradaki anlamda bilgisi olmak aktif irade değil, rızası olmak gerektirir, bana göre, sadece pasif kabul yeterlidir; efendinin isteksiz olmaması kaydıyla istekli olmasına gerek yoktur. Bu yüzden eğer ticareti (ticari işlemi) biliyor ve ne karşı çıkıyor ne de yasaklıyorsa, dağıtım davasından (*actio tributoria*) sorumlu olacaktır.”

Bu paragrafta tanımı yapılan yalnızca *scientia* olsa da basit bir mantık yürütme ile *scientia*'ya nazaran müdahil olmama halinin *ignorantia*, daha fazla müdahil olma halinin de *voluntas* ile ilgili olduğunu tespit edebilmekteyiz. Demek ki efendi malikin, kölenin işlemlerinden haberi olmaması halinde duruşu *ignorantia* olarak nitelendirilirdi. Efendi malikin bu pozisyonu işletmeye en az oranda dahil olduğu haldi. Munzam davalardan sadece *peculium* üzerine olan dava ile (*actio de peculio*) sorumluydu ve sorumluluğu *peculium* miktarınca sınırlı olup kendi alacakları için işletme alacaklılarına nazaran *peculium*'dan öncelik hakkına sahipti.

Kölenin işlemlerinden haberi olması halinde ise duruşu *scientia* olarak nitelendirilirdi⁸⁰⁷. Bu halde *tributoria* davası ile sorumlu olurdu ve her ne kadar sorumluluğu yine sınırlı olsa da *ignorantia*'ya kıyasla işletmeye daha fazla oranda müdahil olduğundan dolayı kendi alacakları için işletme alacaklılarına karşı bir

⁸⁰⁶ Aubert, *Dumtaxat de peculio*, op. cit, s. 193; Arruñada, op. cit, s. 24; Földi, *Structure of Enterprises*, op. cit, s. 206; De Ligt, op. cit, s. 212; Johnston, *Roman Law in Context*, op. cit, s. 103.

⁸⁰⁷ Aubert, *Dumtaxat de peculio*, op. cit, s. 202.

öncelik hakkı yoktu⁸⁰⁸. Yani bu dava ile sorumluluğu *ignorantia* halindeki bir efendi malike nazaran daha ağırdı.

Kölenin işlemine yönelik rıza verdiği yani iradenin varlığı hallerinde ise açıktır ki efendinin işletmeye müdahalesi diğerlerine göre daha da fazla orandadır. *Voluntas* terimi ile de efendi malikin bu pozisyonu ifade edilmiştir⁸⁰⁹. Bu halde sorumlulukları *institoria* ve *exercitoria* davaları ile olup artık efendi maliklerin *peculium* dışındaki malvarlıkları da alacaklıların erişim alanı içerisindeydi. Görülen o ki efendinin işletmeye bu denli müdahil olması sınırlı sorumluluğunun da sonunu getirmiştir⁸¹⁰. Yani *peculium* üzerine borcun, *peculium* işletmesi alacaklılarının efendiyi dava edebilmelerine olanak tanınmasına rağmen efendinin sorumluluğu, yönetimine katılmadığı sürece *peculium*'un değeri (ve ondan yararlandığı kısım) ile sınırlandırılmıştı⁸¹¹.

Efendi malikin sınırlı sorumluluğu, görüldüğü üzere bir yönüyle onun işletmeye dahil olma derecesine bir yönüyle de tahsis edilen *peculium*'un miktarına, değerine bağlıydı. *Peculium*'un değeri de bir yönüyle efendi malikin sınırlı sorumluluğunu diğer yönüyle işletmenin borç ödeyebilirliğini belirliyordu.

Nihayetinde her ne kadar MS. I. yüzyılın sonlarından itibaren *procurator*'ların kullanımı ile temsil hukukunda bir adım ileriye gidilmeye başlanmış olsa da ve hatta *institor* ve *magister navis*'lerin atanma kapsamı olabildiğince sıkı yorumlanıp efendilerin sorumlulukları dar tutulmaya çalışılmış olsa da özellikle yüksek risk taşıyan ticari aktivitelerde efendiye bağımlı olanların yerini tutabilecek başka bir araç yoktu⁸¹². Çünkü sadece onlar efendiye, sınırlı sorumluluk avantajını sağlayabiliyorlardı.

⁸⁰⁸ D. 14. 4. 6'ya göre, "Actio de peculio'da ilk başvuran her şeyi alırken, actio tributoria'da iddialarını ileri sürdükleri andan mücerret olarak her alacaklıya eşit bir şekilde davranılır."

⁸⁰⁹ Aubert, *Dumtaxat de peculio*, *op. cit.*, s. 202.

⁸¹⁰ Kendisine bağlı olan kişilerin aktiviteleri üzerindeki kontrolün derinliği temelli olarak daha fazla bilginin, köle sahibi efendi malikin sorumluluğunu artırması söz konusudur: Abatino/ Dari-Mattiacci, *op. cit.*, s. 15, 20 ve 26; Aubert, *Dumtaxat de peculio*, *op. cit.*, s. 193; Földi, *Structure of Enterprises*, *op. cit.*, s. 206; Grotkamp, *op. cit.*, s. ; Chiusi, *op. cit.*, s. 97 et. seq.

⁸¹¹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, *op. cit.*, s. 1358; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Incomplete Organizations*, *op. cit.*, s. 16.

⁸¹² Johnston, *Roman Law in Context*, *op. cit.*, s. 108. *Procurator*'ların temsil hukuku anlamında kullanımının işlevsel hale gelmesi de *actio institoria*'dan yola çıkarak olmuştur. Zamanla bu munzam davanın uygulama alanı genişletilerek *actio quasi institoria* davası düzenlenmiş ve üçüncü kişi tarafından, *procurator*'ca adına hareket edilen kimseye karşı açılabilmiştir: Q.v.: Sayın Korkmaz, *op. cit.*, s. 130 ve 131. Wacke de *actio institoria* ve *actio exercitoria* davaları için efendinin sorumluluğunun

V. İŞLETME MALVARLIĞININ KORUNMASI

Negotiatio per servos communes işletme malvarlığını belirli yönlerden koruyordu. İşletme malvarlığının korunması hususunun sınırlı sorumluluk ile birlikte modern şirketler hukukunda malvarlığı ayrımını sağlamaya hizmet eden prensipler olduklarını belirtmiştik⁸¹³. Sınırlı sorumluluk ile şirket sahiplerinin kişisel malvarlığı şirketin alacaklılarına karşı korunurken, işletme malvarlığının korunması ile de şirketin malvarlığı ortakların kişisel alacaklılarına karşı korunur⁸¹⁴. *Negotiatio per servos communes* özelinde işletme malvarlığından kastın *peculium*, işletme ortaklarından kastın ise efendi malikler olduğunu bir kez daha belirtmekte fayda vardır. Köle işletmesinin bu korumayı belirli yönlerden gerçekleştirdiğini ifade ettik. Dolayısıyla bu yönle değinmek gerekir. Bunlar *peculium*'un efendi maliklerin kişisel alacaklılarına ve hatta efendi maliklere karşı korunması ve borç ödemedi acz haline düşmesi durumunda öncelik sırasının düzenlenmesidir. Bu kapsamda yukarıda⁸¹⁵ gördüğümüz üzere *peculium* alacaklıları zaten, efendinin hem köle hem de *peculium* üzerindeki hakimiyet gücü kapsamına giren köleyi satmak veya azat etmek gibi işlemlerine ya da kölenin ölümü gibi doğal olaylara karşı korunuyordu⁸¹⁶.

Aynı köleye farklı konularda *peculium*'ların verilmesi, efendi maliklerden sadece biri tarafından *peculium* verilmesi veya aynı efendi malikin farklı kölelere farklı *peculium*'lar vermesi söz konusu olabilirdi⁸¹⁷. Bu hallerde farklı *peculium*'ların (işletmelerinin) birbirlerinden mücerret olmaları zaten efendi maliklerin sınırlı sorumluluklarının bir sonucuydu⁸¹⁸. İşletme alacaklılarının, efendi maliklerin tahsis

sağlanması temel fikrinden hareket edildiğini ve bu iki davanın modern hukukumuz doğrudan temsiline öncülleri olduğunu ifade etmektedir: Q.v.: Wacke, **op. cit.**, s. 286.

⁸¹³ Birinci Bölüm, IV, A ve D.

⁸¹⁴ Kraakman, **The Anatomy**, **op. cit.**, s. 6 ve 9; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s. 1336; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, **op. cit.**, s. 11.

⁸¹⁵ Üçüncü Bölüm, II.

⁸¹⁶ Di Porto, **op. cit.**, s. 53.

⁸¹⁷ Köleye efendi maliklerden sadece biri tarafından *peculium* verilmesine değinen Digesta metinleri için q.v.: D. 15. 1. 7. 1 (Ulpianus libro 29 ad edictum); D. 15. 1. 16 (Iulianus libro 12 digestorum). Birden fazla efendi malikin aynı köleye verdiği farklı *peculium*'lar için q.v.: D. 15. 1. 15 (Ulpianus libro 29 ad edictum). Birden fazla efendi malikin aynı köleye verdiği ortak *peculium*'lar için q.v.: D. 15. 1. 15 (Ulpianus libro 29 ad edictum); D. 15. 1. 16 (Iulianus libro 12 digestorum); D. 15. 1. 37. 2 (Iulianus libro 12 digestorum).

⁸¹⁸ Földi, **Structure of Enterprises**, **op. cit.**, s. 201; Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 379; Conison, bir *peculium* alacaklısının diğer *peculium*'a başvuramayacağını ifade etmekle birlikte bir *peculium*'un, *peculium* alacaklısı olmayan alacaklılara (efendinin kişisel alacaklılarına) karşı korunmasını mümkün bulmuyor: Q.v.: Conison, **op. cit.**, s. 89.

etmiş oldukları *peculium*'dan fazlası için başvuruda bulunamamaları, aynı efendinin tahsis etmiş olduğu diğer *peculium*'ların da korunmasını sağlıyordu⁸¹⁹. Böylece aynı köleye verilen farklı *peculium*'lar, aynı efendinin farklı kölelerine verdiği farklı *peculium*'lar ve birden fazla efendi malikin aynı köleye verdiği farklı *peculium*'lar arasında deyim yerindeyse bir perde bulunuyor ve birbirlerine karşı korunuyorlardı⁸²⁰. Çünkü bir *peculium*'un alacaklılarının diğer *peculium*'a başvurabilmesi mümkün değildi.

Efendi maliklerin kişisel alacaklılarının *peculium*'a başvuruları ise mümkündü. Bu kişisel alacaklılar, *peculium* alacaklılarının talepleriyle eşit öncelikli olarak, malikin tüm malvarlığı üzerinde *peculium*'a özgülenenler de dahil olmak üzere hak iddia edebiliyorlardı⁸²¹. Çünkü efendi *peculium*'u kötü niyetli/ hileli olarak çekebileceği gibi iyiniyetli olarak, diğerlerine olan borçlarını ödemek için de geri çekebilirdi. Böyle bir halde alacaklılara yapılan ödeme hileli davranış olarak da nitelendirilemezdi⁸²². Bu nedenle *annalis* davasında sorumluluk belirlenirken bu miktarın eklenmesi de söz konusu olamazdı⁸²³. Yani efendinin, kölesinin alacaklılarını zarara uğratmak kastıyla *peculium*'dan yaptığı geri çekmeler *praetor* tarafından değer hesabında dikkate alınıp⁸²⁴ işletme malvarlığı sınırlı da olsa korunmuş oluyordu. Borç ödemek için geri alınması halinde ise *peculium*, kendi alacaklılarına karşı acz haline

⁸¹⁹ Di Porto aynı hususun bir kölenin, *peculium*'undan iki farklı işletme için iki farklı *merx peculiaris* oluşturması halinde de geçerli olacağını ifade ediyor. Bu doğrultuda işletmelerden yani *merx peculiaris*'lerden birinin alacaklısı diğer işletmenin malvarlığının yani *merx peculiaris*'inin dağıtımını (*actio de tributoria* ile) isteyemez sonucuna ulaşıyor: Di Porto, **op. cit.**, s. 56.

⁸²⁰ D. 15. 1. 15'e göre, "Eğer iki iyiniyetli zilyet varsa bile demek zorundayız ki ikisi de kendisine borçlu olunandan fazlasını düşemez. Aynısı iki intifa hakkı sahibinin arasında ortaklık olmadığı için yine geçerlidir. Hatta ortaklar için de eğer her biri *peculium*'unu ayrı tuttuysa aynısı geçerlidir. Çünkü bu halde hiçbirisi, diğerinin *peculium*'u üzerine dava edilemez. Fakat eğer *peculium* müşterek ise tüm miktar için dava edilebilirler ve her birine borçlu olunan miktar düşülür."; D. 15. 1. 7. 7; D. 15. 1. 9. 1.

⁸²¹ Fleckner, **Peculium: Device For Donations**, **op. cit.**, s. 217; Fleckner, **Antike Kapitalvereinigungen**, **op. cit.**, s. 420-441; Fleckner, **Roman Business Associations**, **op. cit.**, s. 31 ve 32; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, **op. cit.**, s.1358; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, **op. cit.**, s. 16; Hawk, **op. cit.**, s. 252; Conison, *peculium* işletmeleri için hukukun kurumsal olarak yaptırıma bağladığı bir malvarlığı korumasının cereyan etmediği görüşünü hararetle savunmaktadır.

⁸²² D. 15. 1. 21 pr.'ye göre, "Praetor, *peculium*'un, efendinin hileli eylemi olmasaydı içereceği mülklere haiz olacağını varsaymakta tamamen haklıdır. Efendinin *peculium*'u gizlemesini de hileli eylem olarak kabul etmek zorundayız ve Mela der ki, *peculium*'u alacaklıları dezavantajlı yapacak şekilde kullanmak hiledir. *Peculium*'u yaklaşan bir dava nedeniyle üçüncü bir tarafa yönlendirmek de hiledir. Fakat alacaklıların vadesi gelen miktarı elde etme izni olduğu için bir alacaklıya yapılan ödemede bir yanlış yoktur."

⁸²³ İkinci Bölüm, I, C, 1, a, (6).

⁸²⁴ Grotkamp, **op. cit.**, s. 132.

düşebilir ve yukarıda⁸²⁵ belirttiğimiz üzere ortada borcun karşılanabileceği bir miktarın kalmaması efendinin sorumluluğunu engellemez ve *actio de in rem verso* ile efendi *peculium*'dan geri çektiği miktarı sanki hiç çekmemiş gibi işletme alacaklılarına karşı sorumlu tutulurdu⁸²⁶. Zaten efendinin kişisel alacaklılarının *peculium*'dan alacaklarını temin edebilmeleri efendinin yarar sağlaması anlamına gelirdi ki *actio de in rem verso* ile sorumluluk için aranan diğer bir şart da buydu.

Kanımızca *peculium* işletmesinde zuhur eden şirket malvarlığının korunması durumunun günümüz tüzel kişiliği haiz modern şirketlerindeki en büyük farkı, işletme malvarlığı olan *peculium*'un korunmasından anlaşılanın sadece *peculium* alacaklılarının korunması olmasıdır. Zira *peculium*, efendi maliklerin kişisel alacaklılarına karşı ancak *peculium* alacaklılarının menfaatine olarak korunuyordu. Yani öncelik *peculium*'un somut ve ayrı bir malvarlığı değeri olarak işletmede mevcut olması değildi⁸²⁷. Fakat çoğu durumda, özellikle çift ve üzeri dereceli *peculium* işletmelerinde öyleydi. Öncelik işletme alacaklılarının *peculium* değerince tatmin edilmesindeydi. Onlar tatmin edildikleri oranda işletme malvarlığı korunmuş oluyordu. Dikkat çekmek gerekir ki işletme malvarlığının bu şekilde sınırlı olarak da olsa korunmuş olması aynı zamanda kendisinin yani *peculium*'un sürekliliğine de hizmet ediyordu.

Efendi maliklerin kişisel alacaklılarının *peculium*'a başvurularının mümkün olduğu sonucuna *peculium castrense*⁸²⁸ üzerinden de varılabilir. Zira *peculium castrense*'de *peculium*'dan alacaklı olanlar *peculium* malvarlığına başvuruda öncelikliydi⁸²⁹. Bu nedenle zayıf bir malvarlığı ayrımı sağlanabilmekteydi⁸³⁰.

⁸²⁵ Üçüncü Bölüm, II, A, 4.

⁸²⁶ Zaten *peculium*'u yaklaşan bir dava nedeniyle üçüncü bir tarafa yönlendirmek yani deyim yerindeyse mal kaçırmak hileli eylem olarak görülüp efendinin sorumluluğunun azaltılmasına müsaade edilmemişti. D. 15. 1. 21 pr. için q.v.: n. 810.

⁸²⁷ Bu ifadeyi destekler *Digesta* argümanı şu şekildedir: D. 15. 1. 4. 5' göre, "Bir kölenin efendisine olan borçluluk durumu, *peculium*'un tam değerini aşsa bile içindeki şeyler yine de bir *peculium* oluşturmaya devam eder. Zira efendi borcu köleye devreder veya bir üçüncü parti kölenin yararına efendiye ödemedi bulunursa, *peculium* efendice yeni bir tahsise ihtiyaç olmaksızın canlanır."

⁸²⁸ *Peculium Castrense* hakkında bilgi için q.v.: n. 467.

⁸²⁹ Inst. 2. 12 pr.: "ex hoc intellegere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsium patrem adimere posse neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare..."

Inst. 2. 12 pr.: "Babasının hakimiyeti altındaki askerinin görevde iken elde ettikleri, babası tarafından alınmaz veya satılmaz veya başka bir şekilde babasının alacaklıları tarafından elde edilemez."; Q.v.: Fleckner, *Peculium: Device For Donations*, op. cit, s. 231 ve 232; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, op. cit, s. 1359; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Incomplete Organizations*, op. cit, s. 16.

⁸³⁰ Conison, op. cit, s. 90.

Peculium castrense'de bu önceliğin açık şekilde tanınması, genel olarak arka planda *peculium* alacaklıları için kuralın tam tersi olduğu yani böyle bir öncelik tanınmasının bulunmadığını gösteriyor olabilir⁸³¹. Eğer bu çıkarım doğruysa, Roma ticaretinin temel dayanağı olan köle tarafından yönetilen *peculium* işletmelerinin günümüze nazaran epey aykırı⁸³² bir tür malvarlığı ayrımını kullandığı sonucuna ulaşılır: Sınırlı sorumluluk ile kişisel malvarlığının korunması fakat işletme malvarlığının hiç korunmaması hali. Nihayetinde böyle bir durumda *peculium* işletmelerinde, işletme malvarlığını zayıf olarak dahi korumaksızın ortakların sınırlı sorumluluğunu sağlamak, işletme alacaklılarının işletme varlıkları üzerindeki taleplerini ortakların kişisel alacaklılarıyla paylaşması anlamına geliyordu. Fakat aynı işletme alacaklıları efendinin *peculium*'un dışında kalan malvarlığına başvurudan kişisel alacaklılara nazaran mücerret tutulmuş oluyorlardı⁸³³. Böyle bir hal ise açıktır ki *peculium* işletmesi alacaklıları için herhangi bir malvarlığı ayrımının tesis edilmediği durumdan daha elverişsiz olurdu⁸³⁴.

Öte yandan hem Di Porto hem de Solazzi sonucun mantıklı olacağını düşündüklerinden, *peculium* malvarlığına başvuruda *peculium* alacaklılarının talep önceliği bulunduğu tahmininde bulunmaktadırlar⁸³⁵. Konu hakkında mevcut kaynaklar net değilse de Di Porto ve Solazzi'nin akıl yürütmeleri eğer geçmişteki durumu doğru yansıtıyorsa, bu durumda köle yönetimindeki *peculium* işletmesinin hem işletme malvarlığını hem de ortaklarının kişisel malvarlığını korumayı belirli ölçülerde başarmış olduğu sonucuna ulaşılır.

Doktrinde işletme malvarlığının korunmadığı bir *peculium* işletmesinin Roma ticareti bağlamında akla uygun olduğu belirtilmiştir. Fakat bu aleyhte görüşte olanlar

⁸³¹ Fleckner, **Roman Business Associations**, *op. cit.*, s. 32; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1359; Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 16; Conison, *op. cit.*, s. 90.

⁸³² Bu tarz benimsenmiş bir ayrımın sıra dışı olması, genelde kişisel malvarlığının korunması prensibinin tesisine yönelik temelin işletme malvarlığının korunması prensibi ile atılmasıdır. Çünkü işletme alacaklılarının işletme malvarlığına başvurudaki öncelikli durumları, ortakların kişisel malvarlığına başvurudan yoksun bırakılmaları ile telafi edilir. Q.v.: Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Rise of the Firm**, *op. cit.*, s. 1359.

⁸³³ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 17.

⁸³⁴ *Ibid.*, s. 17.

⁸³⁵ Hansmann/ Kraakman/ Squire, **Incomplete Organizations**, *op. cit.*, s. 16, n. 14; Conison, *op. cit.*, s. 89, dn. 74; Di Porto'ya göre, *peculium* alacaklıları, *peculium*'un efendinin kişisel alacaklıları lehine saptırılması fiillerine karşı korunurlar: Q.v.: Di Porto, *op. cit.*, s. 52.

fikirlerini desteklemek için tipik bir *peculium* işletmesinin, kölenin sahibi de olan, tek bir maliki olduğundan hareket etmişlerdir⁸³⁶. Zira tek maliki bulunan işletmenin bir de malvarlığının korunması prensibi ile desteklendiğinde işletmeye girecek ve çıkacak malvarlığına yönelik başkaca ortakların bulunmaması nedeniyle, alacaklılara yönelik fırsatçılık tehlikesinin arttığını kanıt olarak sunmuşlardır. Böyle bir durumda malvarlığını kaybedeceğini düşünen bir efendi kişisel malvarlığını *peculium*'a özgüleyip mal kaçırrır ve kişisel alacaklılarını mağdur edebilirdi. Ne de olsa böyle bir halde *peculium* işletmesinin başarılı olması üzerine kendisi yarar sağlayabilecekken, başarısız olup zarar etmesinin bedelini alacaklılar ödemiş olacaktır.

Her ne kadar bu mantık yürütme tutarlı görünse de göz ardı ettiği bir husus vardır: *Servus communes*. Zira tipik olarak kendisine *peculium* verilerek onu işletmesi istenen kölenin tek sahibi olabilir. Fakat *Digesta*'da defaatle değinilen kendisine işletmesi için *peculium* verilen ve fakat birlikte malik olunan köleler de Roma ticari hayatının bir parçasıydı. Ne yazık ki bu konuda epigrafik kaynaklar yeterince aydınlatıcı olmasa da Roma hukuk ilminin genel karakteri itibarıyla olaya dayanan problem çözmeye odaklı yapısı⁸³⁷, *Digesta*'da değinilen birlikte malik olunan ve *peculium* işleten bu kölelerin, hukukçuların gündelik hayata temas etmeyen sadece bilimsel akıl yürütmeleri, düşünce deneyleri olduğunu reddeder. Dolayısıyla birden fazla maliki bulunan hallerde işletme malvarlığının korunması böyle bir fırsatçılıktan ziyade işletme alacaklılarını maliklerin diğer alacaklılarına karşı korumaya hizmet edecektir ki bu da Di Porto ve Solazzi'nin prensibin benimsenmesi sonucunun mantıklı olacağını düşünmelerini destekler niteliktedir.

Aleyhte görüşte olanlar ayrıca *peculium* işletmesinin tek sahipli doğasının, işletme malvarlığının korunması prensibi tarafından sağlanan yararları sınırladığını tartışmışlardır⁸³⁸. Örnek olarak da tek malik bulunmasının alacaklıların izleme maliyetini azaltmaya gerek bırakmayacağını ifade ettikten sonra bu prensibin ancak birden fazla sahibi olan işletmelerde bulunmamasının müstakbel alacaklıları işletme sahiplerinden her birinin kredibilitesini değerlendirmeye iteceğini belirtmişlerdir.

⁸³⁶ Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, **op. cit.**, s. 1359; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Incomplete Organizations*, **op. cit.**, s. 16.

⁸³⁷ Malmendier, **op. cit.**, s. 1083.

⁸³⁸ Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Rise of the Firm*, **op. cit.**, s. 1360; Hawk, **op. cit.**, s. 252.

Böyle bir değerlendirmede yine tek sahibi olan *peculium* işletmelerinin temel alınmış olması fakat prensibin birden fazla sahibin bulunduğu işletmelerde işlevsel olacağını vurgulamaları lehe artı bir puan mahiyetindedir. *Peculium* işletmesinin de birden fazla sahipli olabildiği açık olduğuna göre işletme malvarlığının korunması prensibine ve bu prensibin getirilerine *peculium* işletmelerinde ihtiyaç olduğunu ve muhtemelen, sert bir malvarlığı ayrımı şeklinde tezahür etmese de belirli ölçüde sağlandığını kabul etmek kanımızca en makul olandır.

Nihayetinde işletme malvarlığının korunması prensibinin sağladığı yararların manasız kalması hatta kötüye kullanımlara yol açabileceğinden hareketle; tek maliki olan *peculium* işletmelerinde malvarlığı ayrımının, sadece efendinin sorumluluğunu sınırlayarak, kişisel alacaklılar lehine yapıldığını, birden çok sahipli *peculium* işletmelerinde ise bu prensibin sağladığı yararları duyulan ihtiyaç nedeniyle malvarlığı ayrımının hem işletme hem de malikler lehine tesis edilmeye çalışılmış olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Öte yandan belirttiğimiz üzere, tek malikli *peculium* işletmelerinde dahi efendinin birden fazla *peculium* işletmesi bulunduğu durumlarda, efendinin sınırlı sorumluluğu nedeniyle işletmelerin malvarlıkları birbirlerine karşı fiilen korunmuş oluyorlardı. Zira böyle bir halde efendinin *peculium* nedeniyle sınırlı sorumluluğundan dolayı bir *peculium* işletmesinin alacaklıları aynı efendinin diğer *peculium* işletmesine tahsis ettiği malvarlığına başvuramıyorlardı⁸³⁹. Dolayısıyla böyle bir durumda *peculium* fiilen kısmi bir malvarlığı korumasını gerçekleştirebiliyordu⁸⁴⁰.

Tabi bu tarz bir fiili işletme malvarlığı korumasının, efendinin aktif bir yönetici rolünü üstlendiği *peculium* işletmelerinde (*actio exercitoria* veya *actio institoria* verilebilen hallerde) veya doğrudan efendi tarafından borçlanılan hallerde tesis edilemeyeceği için kısmi kaldığını söylemek gerekir⁸⁴¹. Zira *actio exercitoria*, *actio institoria* ve *actio quod iussu* hallerinde efendinin sorumluluğu sınırsız olup tüm malvarlığı ile. Bu demek oluyor ki efendinin sınırlı sorumlu olduğu işletmesine yönelik *peculium* malvarlığı sınırsız sorumlu olduğu işletmesinin alacaklıları tarafından elde edilebilirdi, onlara karşı korunmazdı.

⁸³⁹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Incomplete Organizations*, *op. cit.*, s. 17.

⁸⁴⁰ Hawk, *op. cit.*, s. 252 ve 253.

⁸⁴¹ Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Incomplete Organizations*, *op. cit.*, s. 18.

Nihayetinde ulaştığımız sonuç *peculium* işletmelerinde, işletme malvarlığının korunmasının gerekmediği ve belki de korunmadığı tek halin, ki bu dahi tartışmalıdır, bir malik tarafından mevcudiyet verilen *peculium* işletmeleri olabileceğiydi. Tek efendinin birden fazla *peculium* işletmesinin olması ve birlikte malik olunan kölenin yönettiği işletme temelli ortaklıklarda ise işletme malvarlığı kuvvetle ihtimal *de iure* veya *de facto*; doğrudan veya dolaylı olarak⁸⁴² (ortakların sınırlı sorumlulukları ile) korunuyor olmalıydı.

Buraya kadar bahsedilen hallerde efendinin borç ödeme kabiliyetinin varlığını baştan kabul etmiştik. Fakat *peculium* ve efendinin borç ödeyemez hale gelmeleri de mümkündü. Bu durumda elde bulunan miktardan kimlerin borcu ne oranda tatmin edilecektir sorusu gündeme gelecektir. Anlaşılabileceği üzere söz konusu olan dağıtım davasıydı (*actio tributoria*). Enteresandır ki Romalı hukukçular işletme/ *peculium* alacaklılarının mağdur edilmelerini ve bir kısmının diğerleri zararına tazmin edilmesini önlemek adına *peculium* uhdesinde zaten *merx peculiaris* olarak adlandırılan kısmın içerisinde işletmenin faaliyet alanı ve bulunduğu coğrafya temelli *de facto* ayrımlar ihdas etmişlerdi. Böylece Roma hukukunun sağladığı bir diğer işletme malvarlığının fiili olarak korunması yolu karşımıza çıkmış oluyor⁸⁴³. Konuya ilişkin aydınlatıldığımız *Digesta* metinleri şöyledir:

D. 14. 4. 5. 15 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? Ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi creditit.

“Varsay ki köle, elbise atölyesi ve dokuma atölyesi işletiyor ve müşterilerini ayrı tutuyor olsun. Bunun gibi farklı işletmelerin alacaklıları bir araya toplanıp dağıtım için grup olarak mı çağırılmalıdırlar. Bana göre, müşteriler girişimciden ziyade işletmeye güven duyduklarından ayrı dağıtımlar yapılmalıdır.”

⁸⁴² Hawk, *op. cit.*, s. 252.

⁸⁴³ Földi, *Structure of Enterprises*, *op. cit.*, s. 201; Hansmann/ Kraakman/ Squire, *Incomplete Organizations*, *op. cit.*, s. 18.

D. 14. 4. 5. 16 (Ulpianus libro 29 ad edictum)

Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit et ego fui tabernae verbi gratia quam ad bucinum habuit ratiocinator, alius eius quam trans Tiberim, aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re mercede alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.

"Kölenin, biri benim de elbisemi almış olduğum Bucinum'da öbürü de diğerlerinin gittiği Tiber'in karşı tarafında olan iki benzer dükkânı olsa bile bence en adil olan ayrı dağıtımlar yapmaktır. Diğer türlü bazıları kendilerini başkalarının varlıklarından tatmin edebilir ve zararlarını onlara kaydırabilirler."

Görüldüğü üzere ilk metinde *tributoria* öncesi ayırım işletmenin konusuna göre yapılmış ve her ne kadar aynı köle yönetiyor da olsa çok yakın fakat farklı faaliyet alanları da olsa alacaklıların birbirlerinin zararına tazmin edilmelerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Ulpianus buna gerekçe olarak da müşterilerin beklentilerinin ve güvenlerinin köleden ziyade işletmede yoğunlaştığını ifade etmiştir. Aslında *Digesta*'da ifadesini bulan bu husus kölenin, *peculium* işletmesi karşısında değerini de göstermektedir. Zira üçüncü kişilerde güven uyandıran onun şahsı olmayıp, yönetmekle izinli ve görevli olduğu malvarlığı değerinin ve oluşturduğu ekonomik ilişkiler ağının büyüklüğüdür. İkinci metinde ise yine aynı kölenin işlettiği ama bu sefer birbirinin aynı konulu işlerin iki farklı bölgedeki dükkanlarda görülmesi üzerine *tributoria* için ayırım, işletmelerin coğrafi konumuna göre yapılmıştır. Ulpianus bu halde de aynı konulu olsa da farklı bölgelerdeki⁸⁴⁴ dükkanların faaliyetlerine yönelik olarak farklı hesap defterleri tutulacağından hareket etmiştir. Bir işletmenin kazancı ve borç ödeme kabiliyeti ile öncelikle o dükkânın düzenli müşterilerinin tatmin edilmesi hakkaniyete uygun bulunmuş aksi halde diğer dükkânın müşterilerinin düzenli müşterilerin zararına tatmin edilmiş olacakları ifade edilmiştir.

⁸⁴⁴ Bu metin ayrıca, *peculium*'un efendinin farklı bölgelerde aynı anda ticari faaliyetlerde bulunabilmesine yönelik bir işlevi yerine getirdiğine yönelik savları da destekler niteliktedir. Johnston, **Roman Law in Context**, *op. cit.*, s. 99; Aubert, **Business Managers in Ancient Rome**, *op. cit.*, s. 114; Földi, **Gedanken zum Handelsrecht**, *op. cit.*, s. 80; Hawk, *op. cit.*, s. 221 ve 222; D. 40. 9. 10 (Gaius libro primo rerum cottidianarum sive aureorum). Zaten birçok Roma ticari işletmesinin köleler ve dahi hürler aracılığıyla işletildiği ve bunların denizin ötesinde veya efendilerin kendilerinin yaşamadıkları yerlerde de konuşlandırıldıkları iyi bilinen bir gerçektir: Q.v.: Silver, **Autonomous Slaves**, *op. cit.*, s. 259.

Her iki metindeki bu tarz *de facto* ayrımlara yasal alaka vermenin mantığının alacaklıların mevcut/ erişilebilir bilgilere güvенеbilmeleri prensibi olduğu da doktrinde ifade edilmiştir⁸⁴⁵. Görülen o ki işletme malvarlığı *peculium*'un efendi maliklerin kişisel alacaklılarına karşı korunmasının yanında aynı efendi malikler tarafından aynı kölenin hakimiyetine bırakılan *peculium*'un kendi içerisinde dahi borçların karşılanması yetmemesi halinde bir ayrım yapılması ve bu *de facto* ayrım uyarınca kullanımı farklı konulara veya belirli coğrafi konumdaki işletmeye özgülenmiş *peculium* malvarlıklarının diğer konulu veya diğer coğrafi konumdaki işletme alacaklılarına karşı korunması (da) söz konusu olabilmekteydi⁸⁴⁶. Dolayısıyla Romalılar bir *peculium* işletmesi ile iş yapan üçüncü kişilerin efendinin diğer *peculium* işletmelerinin ekonomik durumunu, borç ödeme kabiliyetini vs. araştırmasına gerek kalmaması ve eldeki veya kolay ulaşılır verilerle işlem yapabilmeyi sağlamak için alacaklı izleme maliyetlerini düşürmeye çalışıyorlardı.

İşletme malvarlığının korunduğuna kanıt olarak incelenen diğer metinler de şu şekildedir:

D. 15. 1. 54 (Scaevola libro primo responsorum)

Filio familias uni ex heredibus praedia praelegavit ut instructa erant cum servis: hi servi domini debitores fuerunt: quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum actio de peculio competat. Respondit non competere.

"Mirasçılardan birine payına ek olarak, hali hazırda donatılmış durumda olan araziler, köleleriyle birlikte miras bırakılır ve bu köleler miras bırakan efendinin borçlularıdır. Diğer mirasçılar, miras bırakılanı *peculium* üzerine dava edebilir mi sorusu gündeme gelir. Cevap; edemezler şeklindedir."

D. 15. 1. 58 (Scaevola libro quinto digestorum)

Uni ex heredibus praedia legavit ut instructa erant cum servis et ceteris rebus et quidquid ibi esset: hi servi domino debitores fuerunt tam ex aliis causis quam ex

⁸⁴⁵ Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, *op. cit.*, s. 380.

⁸⁴⁶ Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, *op. cit.*, s. 69; Földi, *Structure of Enterprises*, *op. cit.*, s. 201.

ratione kalendarii: quaesitum est, an ceteris heredibus adversus eum pecuniae ab his debita actio de peculio competit. Respondit non competere.

"Bir miras bırakan mirasçılarının birine kölelerle ve diğer eşyalarla ve tüm eklentileriyle donanımlı, faaliyet halinde bazı çiftlikler miras bırakır. Köleler ise efendiye dönemsel hesapları ve diğer başka nedenlerle borçludurlar. Diğer mirasçıların kölelerce borçlu olunan paraya ilişkin olarak miras bırakılanı dava edip edemeyecekleri sorusu sorulur. Cevap, dava edemeyecekleriydi."

Görülen o ki, kölenin sahibine olan borçları *peculium* işletmesine ilişkin olanlar ve diğer ilişkilerden olanlar şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktaydı. Mirasçılar ise efendi maliklerin kişisel alacaklısı olup *peculium* alacaklısı değillerdi. Bu yüzden diğer mirasçıların *peculium* kendisine miras bırakılana karşı *actio de peculio* açmalarına müsaade edilmemesi de kişisel alacaklı olan mirasçılara karşı *peculium* malvarlığının korunmasına hizmet ediyordu⁸⁴⁷.

Yukarıda⁸⁴⁸ *peculium*/ işletme alacaklılarının korunması için *peculium*'un hileli olarak üçüncü kişiler zararına geri çekilmesi veya kaldırılması durumunda, sorumluluk miktarının hesabında, düşülen miktarın eklenmesi yoluyla hakkaniyetin sağlanmaya çalışıldığından bahsetmiştik. Burada bakış açısı işletme alacaklıları lehineydi. Mesela, işletme alacaklılarının korunması, onların menfaatinin zarar görmemesi gibi. Fakat Romalı hukukçular olaya, efendi maliklerin kişisel alacaklıları penceresinden de bakmışlar ve efendilerin *peculium* kurumunu istismar ederek kişisel alacaklılarını zarara uğratmalarını engellemeye de çalışmışlardı. Tabii bunu başarmaya çalışırken işletme malvarlığını da korumuş oluyorlardı. İlgili Digesta metni şu şekildedir:

D. 41. 1. 37 (Iulianus libro 44 digestorum)

Si unus ex dominis servo communi pecuniam donavit, in potestate domini est, quemadmodum servo communi pecuniam donet. Nam si hoc solum egerit, ut ea separetur a suis rationibus et in peculio servi sit, manebit eiusdem domini proprietas:

⁸⁴⁷ Abatino/ Dari-Mattiacci/ Perotti, **op. cit.**, s. 381.

⁸⁴⁸ D. 15. 2. 1 pr. (Ulpianus libro 29 ad edictum) ve D. 14. 4. 1. 2 (Ulpianus libro 29 ad edictum) için q.v.: Üçüncü Bölüm, II, A, 1 ve 2.

si vero eo modo pecuniam servo communi donaverit, quomodo alienis servis donare solemus, fiet sociorum communis pro portione, quam in servo habebunt.

"Eğer birkaç efendi malikten biri birlikte sahip oldukları bir köleye bir miktar para veriyorsa, köleye ne kapsamda verdiğini o malik belirler. Zira eğer niyeti sadece, paranın kendi hesabından çıkıp kölenin *peculium*'unun bir kısmını oluşturmasıysa, para aynı efendi malikin mülkü kalmaya devam eder. Fakat eğer parayı, birlikte sahip olunan köleye, başkalarının kölelerine hediye vermeye alışkın olduğumuz şekilde verdiyse, tüm efendi maliklerin kölenin şahsı üzerinde sahip oldukları paylarla aynı oranda, ortak malvarlığına dahil olur."

Demek ki köleye ortak mülkiyete tabi olmayacak tarzda verilen para efendi malikin kişisel malvarlığı olarak kalmaya devam ediyordu⁸⁴⁹. Böylece efendi maliklerin kişisel alacaklılarının başvurabilecekleri efendinin kişisel malvarlığı korunmuş oluyordu. Bunun, işletme malvarlığının korunması prensibinin maliyeti olarak beliren fırsatçılık problemini önlemeye yönelik bir Roma hukuku tedbiri olarak görülmesi mümkündür. Yukarıda⁸⁵⁰ bahsedildiği üzere *peculium* her zaman belirli somut malvarlıkları olarak kölenin uhdesinde bulunan değerleri ifade etmek zorunda değildi. Fakat her zaman için, kölenin işlemlerinden efendinin sınırlı sorumlu tutulabilmesi yönüyle bir değeri ifade ediyordu. Yine önceden⁸⁵¹ bahsedildiği gibi efendi malikin, kişisel alacaklılarına karşı *peculium*'da bulunan malvarlığı değerleri veya *peculium*'un karşılık değeri olarak kendisinde bulunması gereken miktar ile ödemede bulunması mümkündü. Bu, efendi malikin *peculium*/ işletme alacaklılarına karşı sorumluluğunu sona erdirmezdi ama mümkündü. Dolayısıyla bizim bu paragrafta ifade etmeye çalıştığımız kişisel alacaklılarının sadece kişisel malvarlığına başvurabilecekleri ve işletme malvarlığına başvuramayacakları değildir. Kastedilen, *peculium* borçları için yapılan ödemeler ile kişisel alacaklar için yapılan ödemelerin

⁸⁴⁹ D. 15. 1. 16 (Iulianus libro 12 digestorum): "Birlikte malik olunan bir kölenin *peculium*'u ne zaman maliklerden birine ait olur? Bu durum, kişi, köledeki payın yarısını *peculium*'suz olarak sattığında doğabilir. Ayrıca bir kişi, müştereken malik olunan köleye mülkiyeti muhafaza edecek şekilde sadece yönetimi amacıyla para veya başkaca bir mal verirse de doğar. Marcellus not eder: Maliklerden biri *peculium*'u geri çektiğinde veya efendi tarafından ihsan edilen *peculium* münhasıran kendisine olan borçlardan oluştuğunda da böyle bir durum ortaya çıkar."

⁸⁵⁰ İkinci Bölüm, I, B, 3.

⁸⁵¹ İkinci Bölüm, I, C, 1.

farklı olduğudur⁸⁵² ki kanımızca bu da bir tür fiili olarak işletme malvarlığının korunması yolu oluyordu.

Nihayetinde işletme malvarlığı bir dereceye kadar fiili olarak korunan ve kölece yönetilen *peculium* işletmelerinin mevcudiyeti ve dahi işlevselliği, *societas* için bu prensibin benimsenmesini gereksiz kılmış olabilir kanısındayız.



⁸⁵² D. 46.1.19 (Iulianus libro quarto ex Minicio): Servus inscio domino pro quodam fideiusserat et eo nomine pecuniam solverat: quaerebatur, dominus possetne ab eo, cui soluta esset, repetere. Respondit: interest, quo nomine fideiusserit: nam si ex causa peculiari fideiussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit, quod ex dominica causa solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fideiusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aequè vindicabitur, quod ex peculio, condici poterit. "Efendisinin haberi olmaksızın bir köle başkası için kefil olur ve bu nedenle para öder. Efendinin ödeme yapılan kişiden parayı geri elde edip edemeyeceği sorulur. Cevap, kölenin kimin adına kefil olduğu ile alakalıdır. Eğer kefalet, peculium ile alakalı bir meseleye ilişkin ise peculium'dan ödenen miktar efendi tarafından geri elde edilemez. Fakat kölenin, efendisinin malvarlığından ödemiş olduğu miktar geri talep edilebilir. Ama eğer kefalet, peculium'dan başka bir konuya ilişkin ise efendisinin mallarından ödediği her şey eşit şekilde vindicatio konusu olur ve peculium'dan ödenen her şey condictio konusu olur."

SONUÇ

Çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar aşağıda maddeler halinde sıralanmıştır:

1. Roma hukuku ortaklık sözleşmesi *societas*, bir araya sermaye getirip ticaret yapabilmeye imkân veren durağan karakterli yapısı ile risk paylaşımı sağlayabiliyor ve bu nedenle de kolektif ticaret yapmak arzusunda olan Romalıların başvurabilecekleri bir organizasyonel form oluyordu.
2. *Societas*'ı gerçek potansiyelinden alıkoyan özellikleri kısaca şöyleydi:
 - Ortakların birbirlerini temsil edebilecekleri bir altyapıdan yoksundu.
 - Ortaklık malvarlığı olarak özelleştirilmiş bir malvarlığı yoktu.
 - Ortaklık malvarlığı da denebilecek fakat esasında ortakların kişisel malvarlığında bulunup üzerinde birlikte mülkiyete sahip oldukları malvarlığının, ortakların kişisel alacaklılarına karşı korunması gibi bir imkân sağlamıyordu.
 - Ortakların şirket borçlarından sorumluluklarını sınırlayabilecekleri bir mekanizmanın eksikliği söz konusuydu.
3. *Societas* farklı ihtiyaçlara cevap verebilmede bir *ius gentium* kurumu olarak gelişimini belki de en iyi *societas publicanorum (/vectigalis)* formunda göstermişti. *Societas publicanorum* vasıtasıyla ki Romalıların insan ömrünü ve bireysel zenginliğini aşan sermaye yoğunluklu projelere girişmekten geri durmadıkları, şirket borçlarından dolayı sorumlulukları farklı olan ortaklık yapıları öngördükleri ve kamunun menfaatine olan işlerde bu tarz ortaklıklara tüzel kişilik tanıdıkları anlaşılır.
4. Ayrıca *societas publicanorum* sayesinde ki modern araştırmacıların gözüne takılan “O halde Romalılar günümüz ticaret şirketlerini böylesine işlevsel kılan mekanizmaları neden kendi ticarete yönelik uygulamalarında kullanmamışlardır?” sorusunu çalışmamıza konu edinebildik. Bu kapsamda *societas publicanorum*'un tartışmalı mahiyeti bir kenara bırakıldığında Roma hukukunun bireylerarası özel ticareti sağlamada tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerinden faydalanmadıkları görülür. Fakat bu durum, günümüz ticaret şirketlerini bu denli başarılı yapan ayırt edici

fonksiyonel özelliklere Roma hukuk ve ticaret anlayışı içerisinde alternatifler geliştirildiği gerçeğini örtbas etmemelidir.

5. MÖ. II. ila MS. II. yüzyıl arası dönemde Roma hukuku geleneksel, teknolojik ve hukuk yapıcı kurumları nedeniyle bir ticaret şirketine müsaade etmemiş fakat dinamik yapısı ile *praetor* uygulamaları üzerinden birtakım prensiplerini esneterek modern şirketin fonksiyonel birtakım özelliklerine dönemin ihtiyaçları ölçüsünde alternatifler geliştirebilmişti. *Negotiatio per servos communes* her şeyden önce bu kapsamda ele alınmalıdır.
6. *Negotiatio per servos communes* sırasıyla bir tür fiili durum, sermaye birlikteliği ve organizasyonel form olarak oluşmuş ve uygulanmıştır.
7. Bir organizasyonel form olarak *negotiatio per servos communes*, *societas*'ın yapısal olarak haiz olduğu bazı dezavantajlarını hafifletmiştir.
8. *Societas*'a bir alternatif veya onun desteklenmiş (başkalaşmış) bir türü olan *negotiatio per servos communes*'e mevcudiyetini veren en büyük önemi haiz unsurlar kölelik ve *peculium* kurumları olmuştur.
9. Zamanla *praetor*'un katkısı ile yönetici pozisyonunda olan nitelikli kölelerle yapılan işlemlerden dolayı üçüncü kişilerin efendiye karşı başvurabilmelerinin sağlanması (munzam davalar) ile de uygulanabilirliği maksimum seviyeye çıkarılmıştır.
10. Munzam davaların önem arz ettiği tek yön bir hukuki çare olmaları değil ayrıca zuhur ettikleri uyuşmazlıkların doğduğu işletmelerin yapıları hakkında bilgi verebilmelerinden ileri gelir. Bu sayededir ki *peculium* işletmelerinden organizasyonel form olarak bahsetmek ve bu formlar içerisinde aktörlerin malik, girişimci ve yönetici şeklindeki pozisyonlarını tespit edebilmek mümkün olmuştur.
11. *Negotiatio per servos communes* kesinlikle tüzel kişiliği haiz bir oluşum değildi. Bununla birlikte fiili bir durum ve organizasyonel form olarak *societas*'a nazaran sürekliliği belirli ölçülerde sağlayabiliyordu. Fakat sağladığı süreklilik, modern şirketler hukuku anlamında bir süreklilik olmayıp *societas*'a nazaran daha esnek yapılı olup kolayca sona ermemesinde ve işletme alacaklılarını zarara uğratmamak için efendi

ortakların sorumluluklarının belirli sürelerle devam etmesine imkân tanınmasında kendisini göstermiştir.

12. *Negotiatio per servos communes* ayrıca kişinin ancak kendi yaptığı işlemlerden sorumlu tutulabileceği yolundaki kadim hukuk prensibi *alteri stipulari nemo potest*'ten de bir kopuşu içeriyordu. Bu birliktelik kapsamında hür Romalılar, hakimiyet altındaki bir kölenin yaptığı işlemlerden sorumlu tutularak dolaylı temsilin ticarete ket vuran elverişsiz yapısını aşıyorlardı.
13. Dahası *negotiatio per servos communes* sorumluluk rejiminin *societas*'tan asıl farklılaştığı nokta köleyle işlem yapan üçüncü kişinin borcun tamamı için (yerine göre *dumtaxat de peculio* veya *in solidum*) efendi maliklerden dilediği herhangi birine başvurabilmesidir. Dolayısıyla üçüncü kişinin yalnızca işlem yaptığı ortağa başvurabilmesi olarak *societas*'ta mevcut olan rejime karşı üçüncü kişiler için daha elverişli bir durum söz konusuydu.
14. Bir tür *de facto* sınırlı sorumluluk rejimini bünyesinde işletebilmesi ise bir diğer artısıydı. Efendilerin üçüncü kişilere karşı, hakimiyetlerine tabi olan yönetici kölenin işlemlerinden sorumluluklarının yalnızca tahsis edilen *peculium* miktarınca olması bu oluşumu cazip kılan esaslı bir özelliktir. Deyim yerindeyse işletme alacaklılarına karşı sorumluluğun birlikteliğe getirilen miktar ile sınırlı olması gerçekten de günümüz şirketlerine göz kırpar mahiyettedir.
15. İşletme malvarlığının korunması ise fonksiyonel olarak efendi maliklerin sınırlı sorumluluk ile hedeflediklerinin işletme alacaklıları tarafındaki görünümünü teşkil eder. Gerçekten de *negotiatio per servos communes*'i, yüzlerce yıllık süreç içerisinde organik bir şekilde *praetor*'ların kimi zaman işlemin taraflarından birinin menfaatini kimi zaman da diğerininkini önceleyerek getirdiği imkânların tesis ettiği bir fiili durum olarak okumak mümkündür. Ticaret yapmak için hürlerden yararlanamayan Romalıların, hakimiyetlerine tâbi olanları kullanmakta olan menfaatlerine karşılık olarak zamanla, bir güvenceye ihtiyaç duyan üçüncü kişilerin menfaatleri munzam davalar ile korunur olmuştur. Buna karşılık ise efendilerin, hakimiyetlerine tabi olanların üçüncü kişilerle olan işlemlerinden sorumluluklarının sınırlı

tutulmasındaki menfaatleri gündeme gelerek *peculium* kapsamında sınırlı sorumlulukları sağlanabilmiştir. Efendilerin bu sınırlı sorumluluklarına karşı ise işletme alacaklılarının işletme malvarlığı olan *peculium*'un efendilerin kişisel alacaklılarına karşı korunmasında menfaatleri doğmuştur.

16. *Negotiatio per servos communes*'te işletme malvarlığının korunması prensibinin zayıf formda da olsa *societas*'a nazaran gerçekleştirilebilmiş olduğunu düşünüyoruz ki bu husus dahi onu *societas*'a nazaran işletme alacaklıları nezdinde daha tercih edilesi kılar.

17. Tıpkı diğer özelliklerde olduğu gibi işletme malvarlığının korunmasında da belirli ölçüler söz konusuydu. Bu ölçüler;

- efendilerin sınırlı sorumluluklarının sonucu olarak farklı *peculium* malvarlıklarının birbirlerine karşı korunması,
- işletmelerin coğrafi konumu ve faaliyet alanı kapsamında işletme alacaklılarının birbirlerinden ayrı tutulması ve malvarlığına başvuruda bunların karıştırılmaması,
- işletme malvarlığına başvuruda işletme alacaklılarının, ortakların kişisel alacaklılarına nazaran öncelikli olmasının *peculium* kurumunun mahiyeti gereği akla yatkın olmasıdır.

18. Sonuçta işletme malvarlığının korunması prensibinin sağladığı yararların bu prensibin kolektif nitelikli *peculium* işletmelerinde kullanılmasını da gerektirmiş olması gerektiği sonucuna varmaktayız.

KAYNAKÇA

- Abatino, Barbara/
Dari-Mattiacci, Giuseppe/
C. Perotti, Enrico : “Depersonalization of Business in Ancient Rome”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 31, No. 2, 2011, s. 365-389.
- Abatino, Barbara/
Dari-Mattiacci, Giuseppe : "Agency Problems and Organizational Costs in Slave-run Businesses", **Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-40/ Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper Paper No. 2011-13**, s. 1-30.
- Akıncı, Şahin : “Roma Hukukunda Şirket (*Societas*) Akdi ve Bunun Türk Hukukuna Etkisi”, **Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan**, 1996, s. 137-151.
- Altop, Serpil : **Roma Hukuku’nda Kölelik**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- Andreau, Jean : **Banking and Business in the Roman World**, Cambridge University Press, 1999.
- Arruñada, Benito : "The Institutions of Roman Markets", In Giuseppe Dari-Mattiacci and Dennis Kehoe (eds.), **Roman Law and Economics**, Vol. 2, Oxford Studies in

- Roman Society and Law** (Thomas A. J. McGinn and Paul du Plessis, eds.), Chapter 17, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- Atamer, Kerim : “Digesta’nın ‘Deniz Ticareti’ne İlişkin Hükümleri”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 89-139.
- Aubert, Jean-Jacques : ‘Dumtaxat De Peculio’: What’s in a Peculium or Establishing the Extent of the Principal’s Liability, **New Frontiers: Law and Society in the Roman World**, Ed. by: Paul J. Du Plessis, Edinburgh: Edinburgh University Press, s. 192-206.
- Aubert, Jean-Jacques : **Business Managers in Ancient Rome A Social and Economic Study of Institores, 200 B.C. – A.D. 250**, E. J. Brill, Leiden New York Köln, 1994.
- Berger, Adolf : **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953.
- Birks, Peter : **The Roman Law of Obligations**, Ed. Eric Descheemaeker, Oxford University Press, 2014.

- Buckland, W. W./
McNair, Arnold D. : **Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline**, Ed. F. H. Lawson, Cambridge University Press, 1952.
- Buckland, W. W. : **A Text-Bok of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, 1921.
- Buckland, W. W. : **The Roman Law of Slavery The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, 1970.
- Burdese Alberto : **Manuale di Dritto Privato Romano**, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1964.
- Cascio, Elio Lo : "Thinking Slave and Free in Coordinates", **Bulletin of the Institute of Classical Studies**, Volume 53, Issue Supplement 109, July 2010, s. 21-30.
- Cerami, Pietro : "Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero", **Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo**, 2008, s. 75-132.
- Chiusi, Tiziana J. : "Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr: scientia, valuntas und

- peculium in D. 14. 1. 1. 19- 20", **Zeitschrift der Savign- Stiftung für Rechtsgeschichte, Römische Abteilung**, Volume 124, Issue 1, 2007, s. 94-112.
- Coase, Ronald H. : "The Nature of the Firm", **Economica**, Volume 4, Issue 16, 1937, s. 386-405.
- Conison, Alexander : **The Organization of Rome's Wine Trade**, Phd Dissertation, Michigan, 2012.
- Daube, David : "Societas as Consensual Contract", **Cambridge Law Journal**, Volume 6, No. 3, 1938, ss. 381-403.
- Davoudi, Leonardo/
McKenna, Christopher/
Olegario, Rowena : "The Historical Role of the Corporation in Society", **Journal of the British Academy**, 6(s1), 2018.
- De Ligt, Luuk : "Legal History and Economic History: The Case of the Actiones Adiecticiae Qualitatis", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review**, Vol. 67, Issues 3 and 4, 1999, s. 205-226.
- Demircioğlu, Halil : **Roma Tarihi I. Cilt Cumhuriyet I. Kısım Menşe'lerden Akdeniz Havzasında Hakimiyet Kurulmasına Kadar**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih

Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu
Yayınları, Dizi: XIII , Sayı 10^{a6}, 7. Baskı,
Ankara, 2019.

Del Granado, Juan Javier : “The Genius of Roman Law From a Law
and Economics Perspective”, **San Diego
International Law Journal**, Vol. 13,
Issue 1, 2011, s. 301-350.

Di Marzo, Salvatore : **Roma Hukuku**, Çev. Ziya Umur,
İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 573,
İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959.

Di Porto, Andrea : **Impresa collettiva e schiavo
‘manager’ in Roma antica (II sec. a.C.
– II sec. d.C.)**, Giuffrè, Milano, 1984.

Dinçer, Nilgün : **Klasik Dönem Roma Hukukunda
Actio Pro Socio ve Actio Communi
Dividundo İlişkisi**, Dokuz Eylül
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Yüksek Lisans Tezi, 2011.

Doğancı, Kâmil/
Kocakuşak, Fulya : “Eski Roma Ailesinde Pater Familias ve
Patria Potestas Kavramları”, **U.Ü. Fen-
Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler
Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 27, 2014/2, s.
233-250.

Duff, A. M. : **Freedmen in the Early Roman
Empire**, Oxford: Clarendon Press, 1928.

- Duff, Patrick William : **Personality in Roman Private Law**, New York, Augustus M. Kelley publishers; South Hackensack, New Jersey: Rothman Reprints, Inc., 1971.
- Erdoğan, Belgin : **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2018.
- Erdoğan, Belgin : **Roma Eşya Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2020.
- Fiori, Roberto : "Contracts, Commerce and Roman Society", **The Oxford Handbook of Roman Law and Society**, Editors: P. J du Plessis, C. Ando, K. Tuori, Oxford University Press, 2016, s. 581-595.
- Fleckner, Andreas Martin : **Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft**, Köln/ Weimar/ Wien: Böhlau, 2010.
- Fleckner, Andreas Martin : "Roman Business Associations", **Oxford University Press, Roman Law and Economics**, vol. I, pp. 233–272, 2020, **Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2015-10, Max Planck Private Law Research Paper**

No. 16/10, Available at SSRN:
<https://ssrn.com/abstract=2472598>.

Fleckner, Andreas Martin : “The Peculium: A legal device for donations to persone alieno iuri subiectae?” in **Carlà, Flippo & Gori, Marja (eds) Gift Giving and the Embedded Economy in the Ancient World**, Heidelberg, 2014, s. 213-239.

Flohr, Miko : “Economy, Roman”, In: Smith C. (eds) **Encyclopedia of Global Archaeology**, New York, Springer, 2014, s. 2338-2346.

Földi, András : “Eine alternative Annäherungsweise: Gedanken zum Problem des Handelsrechts in der römischen Welt”, **Revue Internationale des Droits de L'antiquité**, No. 48, 2001, s. 65-90.

Földi, András : “Remarks on the Legal Structure of Enterprises in Roman Law”, **Revue Internationale des Droits de L'antiquité**, No. 43, 1996, s. 179-212.

Gaius Institutiones : Borçlar Kısımı (Çev. Türkan Rado), İstanbul, 1953.

Gönenç, Fulya İlçin : **Roma Hukukunda Şirket Akti**, İstanbul, Der Yayınları, 2004.

- Gönenç, Fulya İlçin : **Roma Hukukunda Kadın**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010.
- Grotkamp, Nadine : "Missbrauch und Gebrauch des Peculium", **Münstersche Beiträge zur antiken Handelsgeschichte**, Bd. XXIV, 2 (2005), s. 125-145.
- Guarino Antonio : **Dritto Privato Romano**, 8. Edizione, Ed. Jovene, Napoli, 1988.
- Güvel, Övünç : "Roma Hukukunda Sorumluluk", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 375-404.
- Hansmann, Henry/
Kraakman, Reiner/
Squire, Richard : "Law and the Rise of the Firm", **Harvard Law Review**, Vol. 119, No. 5, March 2006, s. 1335-1403.
- Hansmann, Henry/
Kraakman, Reiner/
Squire, Richard : "Incomplete Organizations: Legal Entities and Asset Partitioning in Roman Commerce", **European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper**, No. 271/2014, **Yale Law & Economics Research Paper**, No. 511, October 2014.
- Hansmann, Henry/
Kraakman, Reiner : "The Essential Role of Organizational Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 110, No. 3 (Dec., 2000), s. 387-440.

- Hawk, Barry : **Law and Commerce in Pre-Industrial Societies**, Brill Nijhoff, Boston, 2015.
- Honsell, Heinrich : **Römisches Recht**, 7. Bası, Springer, Heidelberg Dordrecht London New York, 2010.
- Hopkins, Keith : **Conquerors and Slaves Sociological Studies in Roman History Volume 1**, Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- Institutiones : Iustinianus Institutiones (Çev. Ziya Umur), İstanbul, 1968.
- Johnston, David : “Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition”, **Chicago-Ken Law Review**, Volume 70, Issue 4, 1995, s. 1515-1538.
- Johnston, David : **Roman Law in Context**, Cambridge UK: Cambridge University Press, 1999.
- Jörs, Paul/
Kunkel, Wolfgang/
Wegner, Leopold : **Römisches Recht**, 3. Auflage, Berlin, 1949.
- Karaaslan, Muzaffer : “Peculium’un Roma Ekonomik Hayatındaki Rolü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,

Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, Cilt
19, Özel Sayı, 2017, s. 2251-2269.

Karaaslan, Muzaffer

: **Roma Hukukunda Peculium**, Yaşar
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Yüksek Lisans Tezi, 2017.

Karadeniz, Özcan

: “Roma Hukukunda ‘Peculium’
Müessesesi”, **AÜHFD**, Cilt 25, Sayı 3-4,
1968, s. 179-194.

Karadeniz, Özcan

: **Iustinianus Zamanına Kadar
Roma’da İş İlişkileri**, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
No. 396, Ankara, Sevinç Matbaası,
1976.

Karadeniz Çelebican, Özcan

: **Roma Hukuku, Tarihi, Kaynaklar,
Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku,
Hakların Korunması**, Yeni Medeni
Kanun’a Uyarlanmış Onyedinci Basım,
Ankara, Turhan Kitabevi, Eylül 2014.

Kaser Max

: **Das Römische Privatrecht, erster
Abschnitt, das altrömische, das
vorklassische und klassische Recht**, 2.
Neuarbeitete Auflage, München, 1971.

Kırca, İsmail/

Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/

Manavgat, Çağlar

**Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1
Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş
Yönetim Kurulu**, Sözkese

Matbaacılık, 8. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/
Hatemi, Hüseyin/
Serozan, Rona/
Arpacı, Abdülkadir

**Borçlar Hukuku Genel Bölüm,
Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki
İşlem, Sözleşme,** İstanbul, Filiz
: Kitabevi, 2017.

Koschaker, Paul/
Ayiter, Kudret

Modern Özel Hukuka Giriş Olarak
: **Roma Özel Hukukunun Ana Hatları,**
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yayınları No: 414, Ankara, Sevinç
Matbaası, 1977.

Kraakman, Reinier H.

: **The Anatomy of Corporate Law: A
Comparative and Functional
Approach,** Oxford: Oxford University
Press, 2009.

Kurul, Erkan

: “Rhodos Denizcilik Yasaları: Tarihsel
Süreç ve Kapsam”, **Uluslararası Genç
Bilimciler Buluşması II: Anadolu
Akdenizi Sempozyumu,** 04-07 Kasım
2015, Antalya, 519-533.

Küçük, Eşref

: **Roma Hukuku’nda Exercitor
Navis’in Donatanın Actio
Exercitoria’dan Doğan Sorumluluğu,**
Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

- Lambauer, Paul : **Die adjektivischen Klagen des römischen Rechts und ihr Fortbestand**, Diplomarbeit, Graz, 2014.
- Liu, Jinyu : **Collegia Centonariorum The Guilds of Textile Dealers in the Roman West**, Columbia Studies in the Classical Tradition, Editors: William V. Harris, Alan Cameron, Suzanne Said, Kathy H. Eden, Gareth D. Williams, Volume 34, 2009.
- Malmendier, Ulrike : "Law and Finance at the Origin", **Journal of Economic Literature**, 2009, Vol. 47, No. 4, s. 1076-1108.
- Mercogliano, Felice : "Fondamenti 'Romanistici' delle Società per Azioni?", **Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino**, N. 3, 2014, s. 1-6.
- Micolier, Gabriel : **Pécule et capacité patrimoniale: Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin de l'époque classique**, Bosc et Riou, Lyon, 1932.
- Miskic, Mirjana : "Actiones Adiecticiae Qualitatis: Master's Liability Based on Praepositio and Iussum", **Ius Romanum**, Volume 2017, No. 2, 2017, s. 523- 537.

- Mitchell, Stephen : **Geç Roma İmparatorluğu Tarihi MS 284-641**, Çev. Turhan Kaçar, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, Dizi: A-2-1.1, Sayı 21¹, 2. Baskı, Ankara, 2020.
- Mousourakis, George : **Fundamentals of Roman Private Law**, Heidelberg, Springer, 2012.
- Nomer, Haluk Nami : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, İstanbul, Beta, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal/
Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, C. 1.
- Özer Sarıtaş, Duygu : **Cumhuriyet Dönemi Roma Vergi Sistemi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010.
- Özer Sarıtaş, Duygu : **Roma Kişiler Hukuku**, 1. Baskı, Bursa, Dora, 2018.
- Paz, Jorge Menabrito : “The Review of Edikt de Pecunia Constituta: Die Römische Erfüllungszusage und Ihre Einbettung in den Hellenischen Kreditverkehr by Johannes Platschek”, **Roman Legal Tradition**, Vol. 10, 2014, s. 58-62.

- Penington, Robert : “Origins of Corporations”, **Corporate Practice Review**, 1931, Vol. 3, No. 5, s. 33-37.
- Polojac, Milena : “Societas and its Management”, **Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies**, Vol. 2, No. 1, 2013, s. 143-151.
- Poroy, Reha/
Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu, Ersin : **Ortaklıklar Hukuku I Giriş, Adî Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, (Perdenin Kaldırılması, Birleşme, Bölünme Tür Değişirme) Kollektif, Komantit, Anonim, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Rado, Türkan : **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- Randazzo, Salvo : “The Nature of Partnership in Roman Law”, **Australian Journal of Legal History**, Vol. 9, 2015, s. 119-129.
- Roth, Ulrike : “Peculium, Freedom, Citizenship: Golden Triangle or Vicious Circle? An Act in Two Parts”, **Bulletin of the Institute of Classical Studies. Supplement No. 109, By Thee Sweat of**

Your Brow: Roman Slavery in Its Socio-Economic Setting, Oxford University Press, 2010, s. 91-120.

Savaş, Abdurrahman : “Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Nisan 2016, Sayı 26, s. 105-141.

Sayın, Yiğit : **Roma’da Köle ve Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Sayın Korkmaz, Bengi Sermet : **Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum)**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.

Seidl, Erwin : "Romalı Hukukçuların Metodlarına Dair", Çeviren: Belgin Erdoğan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 35, Sayı 1-4, 1968, s. 448-468.

Serrao, Feliciano : **Impresa e Responsabilità a Roma nell'Età Commerciale: Forme Giuridiche di un'Economia-Mondo**, Pacini Editore, 2002.

- Silver, Morris : “At The Base of Rome’s Peculium Economy”, **Fundamina: A Journal of Legal History**, Volume 22, Number 1, 2016, s. 67-93.
- Silver, Morris : “Autonomous Slaves in Greco-Roman Legal and Economic History”, **Legal Roots The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law**, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 3, 2014, s. 233-267.
- Sirks, Boudewijn : “Law, Commerce, and Finance in the Roman Empire”, **Oxford Studies on the Roman Economy Trade, Commerce and the State in the Roman World**, Editors: Andrew Wilson and Alan Bowman, Oxford University Press, 2018, s. 53-117.
- Smith, William : **Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, 2. Edition, Boston: Little, Brown and Company.
- Somer, Pervin/
Gönenç, Fulya İlçin : “Roma Hukukunda Vergi Toplama Şirketleri (Societas Publicanorum veya Societas Vectigalis)”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan**, Cilt 12, Sayı 1-3, İstanbul, 2006, s. 717-730.

- Somer, Pervin : **100 Soru – 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Şener, Oruç Hami : **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Tahiroğlu, Bülent : “Roma Devleti’nin İktisadi Krizleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 45, Sayı 1-4, 1981, s. 677-706.
- Tahiroğlu, Bülent : **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2020.
- Tahiroğlu, Bülent/
Erdoğan, Belgin : **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2020.
- Taşdöner, Kevser : **Anadolu’da Roma Eyaletleri Augustus Dönemi**, İstanbul, Bilge Kültür Sanat, 2017.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/
Akman, Sermet/
Burcuoğlu, Haluk/
Altop, Atilla : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, 1993.

- Temin, Peter : “The Economy of the Early Roman Empire”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol. 20, No. 1, 2006, s. 133-151.
- Temin, Peter : **The Roman Market Economy**, Princeton: Princeton University Press, 2013.
- Trisciuoglio, Andrea : “Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna”, **Atti del Seminario di studi su: Societas . Strumento di organizzazione pubblica e privata**, Sassari, 4-5 maggio 2012, in *Diritto@Storia* 11 (2013), s. 1-20.
- Türkmen, Emre : **Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe : “Roma Hukukunda Actio de Peculio”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 2, 2005, s. 103-136.
- Umur, Ziya : **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta, 2010.
- Umur, Ziya : **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983.

- Van den Bergh, Rena : “He’s the One Who Minds the Boss’s Business ...”, **Fundamina: A Journal of Legal History**, Volume 21, Number 2, 2015, s. 359-371.
- Villey, Michel : **Roma Hukuku Güncelliği**, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, İstanbul, Der Yayınları, 2010.
- Visky, Karoly : “Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler”, Çeviren: Bülent Tahiroğlu, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 40, Sayı 1-4, 1973, s. 689-700.
- Wacke, Andreas : “Die adjektivischen Klagen im Überblick Erster Teil: Von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung**, Vol. 111, No. 1, 1994, s. 280-362.
- Yavuz, Cevdet : **Türk- İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983.

Yüksel, Halil İbrahim

: **Roma Hukukundan Türk Hukukuna
Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve
Gelişimi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020.

Zimmermann, Reinhard

: **The Law of Obligations Roman
Foundations of the Civilian Tradition**,
Oxford University Press, 1996.

