

OSMANLI HUKUKUNDA MUDÂRİBİN DAMÂN SORUMLULUĞU

Damân Liability of Mudârib in Ottoman Law

*Süleyman KAYA**

Hanefi fıkıh geleneğinde mudârebe akdi emanet akitlerinden kabul edilip mudâribin damân sorumluluğu yoktur. Yani mudâribin kasıt veya kusuru olmaksızın mudârebe sermayesinde meydana gelecek zarar ve ziyanı sermaye sahibi üstlenir. Osmanlı ilmiyesinin fetvalarının da bu konuda Hanefi geleneği istikametinde olduğu görülmektedir. Günümüzde yapılan çalışmalarda da Hanefi fıkıhına göre mudâribin kusuru olmadığı sürece damân sorumluluğunun olmayacağı ifade edilir. Yine mudâribin damân sorumluluğunun olacağına şart koşulması halinde akdin sahih ama şartın batıl olacağı ifade edilir.¹ Hatta fetvalarda ifade edildiği üzere mudârib damân sorumluluğunu üstlenmeyi taahhüd edip buna dair yazılı belge verse bile sonuç değişmemekte, tüm zararı sermaye sahibi üstlenmeye devam etmektedir.² İlgili Mecelle maddesi şöyledir: “Zarar ve ziyân her halde rabbu’l-male ait olur. Mudârib ile beynlerinde müşterek olması şart edilirse ol şarta itibar olunmaz.”³

* Doç. Dr. Süleyman Kaya, Sakarya Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi.

¹ Gedikli, Fethi, **Osmanlı Şirket Kültürü XVI.-XVII. Yüzyıllarda Mudârebe Uygulaması**, İstanbul: İz Yayıncılık, 1998, s. 200; Ellek, Hasan, **İslam Hukukunda Emek Sermaye Ortaklığı (Mudarebe)**, İzmir: Yeni Akademi Yayınları, 2006, s. 80-81; Köse, Murtaza, **İslam Hukukunda Anonim Ortaklıklar**, İzmir: Yeni Akademi Yayınları, 2006, s. 134; Şekerci, Osman, **İslam Şirketler Hukuku Emek-Sermaye Şirketi**, İstanbul: Marifet Yayınları, 1981, s. 302; Kallek, Cengiz, “Mudarebe”, **DİA**, s. 360, 362.

² “Mudârib asl-i mala zararı ben çekeyim deyü temessük verdikten sonra bila teaddin zarar olsa damân lazım olmaz”, Şerifzâde, Şeyhülislam Ataullah Mehmed Efendi (v. 1226/1811), **Revâiyihü’z-zekiyye fi Fihrisi’l-fetâva’t-Türkiyye**, yazma, yy. ty. (İstanbul Ü. Nadir Eserler Ktp., T3244) s. 378.

³ Madde 1428.

Osmanlı hukukunun Hanefi fıkıh geleneğini sürdürdüğü bilinmektedir. Osmanlı öncesi asırlarda özellikle Orta Asya'da Hanefi fakihler tarafından çok güçlü bir fıkıh geleneğinin üretildiği görülmektedir. İşte Osmanlı toplumunun bu mirası devraldığı anlaşılmaktadır. Bu geleneği güçlü kılan en önemli özelliklerden biri, hukukla hayat arasındaki bağların canlılığını sürdürmesini sağlayan hile-i şeriyeler üretilmesidir. Bu hile-i şeriyeleri hukuki çözüm olarak tercüme edebiliriz.

Mudârebe akdi, sermayesi olup işletme imkanı olmayanlar için fıkıhın sunduğu en önemli imkan olarak düşünülebilir. Ancak mudâribin damân sorumluluğunun olmaması bu akdin istismar edilmesine veya sermayenin korunması yönünde gereken titizliğin gösterilmemesine yol açtığı görülmektedir. Bu durum sermaye sahiplerinin, sermayesi olmayan müteşebbislerle ortaklık kurmalarının önünde engel teşkil eder. Bu yolla sermaye temin etmeye çalışan müteşebbisler de bu imkandan mahrum kalırlar. İşte bu noktada özellikle Orta Asya Hanefi fukahasının mudâribin zarardan sorumlu olmasını sağlayacak bazı çözüm önerileri sundukları görülmektedir ki Osmanlı ilmiyesinin bu hileleri de kabul ettiği anlaşılmaktadır.

“Bir kimesne malını mudârebeye verdikde mudârib dâmin olmağa hile-i şer'iyeye nedir” sorusuna Üsküp müftisi Pîr Mehmed Efendi özetle şu cevabı verir: Sermaye sahibi malın önemli bir kısmını karz olarak verir, sonra aralarında inân şirketi kurarlar. Zarar söz konusu olduğunda karz olarak verilen miktarda damân sorumluluğu sermayeyi alıp işletende olur. Kâr tahakkuk ederse, aralarında anlaştıkları oranda paylaşırlar.⁴ Üskübî Türkçe olan bu fetvasının devamında başka hile de olduğunu hangisi tercih edilirse geçerli olacağını söyler ve *Şerhu't-Tahavî*'den naklen iki hileye yer verir: Birincisi; sermayedar malın tamamını karz olarak mudârib olacak şahsa teslim eder. Sonra malı, kârın yarısını veya üçte

⁴ “Bir kimesne malını mudârebeye verdikde mudârib dâmin olmağa hile-i şer'iyeye nedir? el-Cevab: Mudârib malın ekserin karz verip ba'de't-teslim şirket-i inan akdin edip ba'dehu müstakrız malda hâssaten amel edince helak olursa karz alâ hâlihi kalır, ribh hasıl olursa beynehümâda olur, alâ mâ şürita, dahi hile var, hangisin ederse olur”, Üskübî, Pîr Mehmed Efendi (v. 1020/1611), *Muinü'l-müftî fi'l-cevâb ale'l-müsteftâ*, müst. Şeyh Mehmed el-Kastamonî, yazma, İstanbul, h. 1047 (Süleymaniye, Aşir Ef. 133), vr. 232a-b.

birini ona vermek üzere mudârebe olarak geri alır. Sonra malı (bidâa olarak) tekrar ona geri verir. Kurdukları ortaklığa sermayedar da ameliyle katkı sağlar. Zarar meydana geldiğinde işletmeci sermayeyi karz olarak aldığı için damân sorumluluğu ondadır. Kâr tahakkuk ettiğinde ise aralarındaki anlaşmaya göre paylaşırlar.⁵

Sermaye sahibinin, karz olarak verdiği malı mudârebe olarak geri alıp tekrar bidâa olarak vermesi halinde, bidâa olarak verdiği için kârın tamamını alır, sonra mudârebe olarak malı aldığından kârın yarısını işletmeciye verecektir. Zarar meydana geldiğinde bidâa ve mudârebe akitleri emanet akitleri olduğundan damân sorumluluğu yüklemes. Ama karz akdi damân sorumluluğunu karz alana yüklediğinden, sermayeyi başta karz olarak alan işletmeci tüm zarardan sorumlu olur.

İkinci hile: Sermayedar, bir dirhem hariç tüm malı işletmeciye karz olarak teslim eder. Sonra elindeki bir dirhemle, birlikte çalışmak üzere onunla inân şirketi kurar. Sermayedarın şirketteki sermayesi sadece bir dirhem olur, işletmeci ise karz olarak aldığı tüm malı sermaye olarak koyar. Kârın aralarında ortak olacağını şart koşarlar. Fakat sadece karz alan kişi sermayeyi işletir. Zarar ederlerse işletmeci karz aldığı malın zararını üstlenir. Kâr ise anlaşlıkları oranda paylaşılır.⁶

Erzurum müftüsü Seyyid İbrahim Edhem de, “Zeyd Amr’a mudârebe-i sahîha ile verdiği re’s-i mala ba’de’l-amel bila teaddin zarar te-

⁵ Üskübî, **Muînü’l-müftî**, vr. 232a-b; bu hile yaklaşık aynı ifadelerle şu kaynaklarda da yer alır; Kâsânî, Alaeddin Ebubekir b. Mesud (v.587/1191), **Bedâiu’s-sanâi’ fi tertibi’ş-Şerâi’**, tah. Adil Ahmed Abdulmevcud, Ali Muhammed Muavvaz, Beyrut: Daru’l-kütübî’l-ilmiyye, 2003, c. 8, s. 27; Abbâdi, Ebubekir b. Ali el-Haddadi, (v. 800/1397), **el-Cevheretü’n-neyyire**, yy. el-Matbaatü’l-Hayriyye, h. 1322, c. 1, s. 291; İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer ed-Dımeşki (v. 1252/1836), **Mînhatü’l-hâlık ale’l-Bahri’r-râik**, Daru’l-kitabî’l-İslâmiyye, t.y. (Bahru’r-râik ile birlikte), c. 5, s. 293; Şeyhzâde, Damâd Abdurrahman b. Muhammed (v. 1078/1667), **Mecmau’l-enhur**, neş. Halil İmran el-Mansur, Beyrut: Daru’l-kütübî’l-ilmiyye, 1998, c. 3, s. 444; Zeylâi, Fahreddin Osman b. Ali (v. 743/ 1343), **Tebyînü’l-hakâik**, Kahire: Matbaatü’l-kübra, h. 1313, c. 5, s. 53.

⁶ Üskübî, **Muînü’l-müftî**, vr. 232b; aynı hile şu kaynaklarda da yer alır, Kasani, **Bedâiu’s-sanâi’**, c. 8, s. 28; Haskefi, Alâuddin Muhammed b. Ali (v. 1088/1677), **Dürü’l-muhtâr**, Beyrut: Daru’l-kütübî’l-ilmiyye, 2003, (Reddü’l-muhtâr ile birlikte), c. 8, s. 430-431; Zeylâi, **Tebyînü’l-hakâik**, c. 5, s. 53.

rettüp eylese Zeyd Amr'dan re's-i malını tamamen almağa hile-i şer'iyeye nedir?" sorusuna "Kenz şârihleri Fahreddin Zeylaî ve Muînuddin Miskîn beyan eyledikleri vecihledir ki naklolunur" şeklinde cevap verip önce Zeylaî'den yukarıdaki her iki hileyi sonra da Muînuddin Miskîn'den yukarıdaki birinci hileyi aktarır.⁷

İkinci hile Üskübî'nin Türkçe olarak verdiği fetvada tercih ettiği hiledir. Haskefî de sadece bu hileye yer verir. İbn Abidin ise Haskefî'ye yazdığı haşiyesinde bu hileye yönelik bir eleştiriden bahsettikten sonra Kuhustanî'nin Vakîât'ına ve Zeylaî'ye atıfla yukarıdaki birinci hileye yer verir. İbn Abidin'in bahsettiği eleştiri şöyledir; bu şekilde akdedilen inân şirketinde kârın eşit dağıtılması ön görüldüğü halde daha fazla sermaye koyan kişinin aynı zamanda bu sermayeyi işletmesi şart koşulmuştur ki bu caiz değildir. İbn Abidin bu eleştiriye mesned olan bir örneği Bezzâziye'den aktarır: Biri bin dirhem diğeri iki bin dirhem sermaye koyarak iki kişi ortak olur, bin dirhem koyan ortağın sermayeyi işletmesi şart koşulur ve kârın yarı yarıya paylaşılması öngörülürse caiz olur. Ama iki bin dirhem koyan ortağın sermayeyi işletmesi ve kârın yarı yarıya paylaşılması şart koşulursa bu caiz olmaz. İbn Abidin bu eleştiriye, Haskefî'nin zikrettiği hilede akit esnasında her iki tarafın da emeğini ortaya koymasının şart koşulduğunu dile getirerek cevap verir.⁸

Mudârebe akdinde mudâribin damân sorumluluğuna ilişkin bu tür hilelerin Osmanlı toplumunda uygulandığı bilgisi bizim bir takım şer'iyye sicil belgelerini ve fetvaları doğru anlamamıza imkan vermektedir.

Bazı belgelerde karzdan alacağın yanı sıra ortaklıktan elde edilen kâra dair alacağın bir arada zikredildiği görülür. Mesela bir belgede, gemi reisi Mustafa, gemisinde yoldaş olan Ahmed'den 2.400 guruş karzdan alacağını iddia eder ve geminin kârından Ahmed'in hissesine düşen 1.000 guruş kendi elinde olup bunu alacağına mahsuben aldığını belirtir.⁹ Anla-

⁷ İbrahim Edhem, Seyyid İbrahim Edhem b. Kadızâde Muhammed Ârif (v. 1190/1776), **Nehriyyetü'l-fetvâ**, yazma, yy. ty. (İstanbul Ü. Merkez, T1590), vr. 189a.

⁸ İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer ed-Dimeşki (v. 1252/1836), **Reddü'l-muhtâr ale'd-Durri'l-muhtâr**, Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 2003, c. 8, s. 430.

⁹ İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, Galata Mahkemesi 90, 16b-3.

şıldığı üzere bir yandan aralarında gemiyle yaptıkları ticarete dair ortaklık varken diğer yandan karz ilişkisi vardır. Bu ilişki ortakların birbirine karz vermesi şeklinde anlamlandırılabilceği gibi yukarıdaki hile ile de anlamlandırılabilir.

Bir başka belgeye göre, Yorgi isimli zimmînin, Harikopo? reiste hem karzdan hem de Mısır seferinde elde edilen kârdan alacağı vardır.¹⁰ Bir diğer belgede gemi reisi olan iki kişi, şirket akdini feshetmişler ve biri bazı seferlerden ötürü diğerinin zimmetinde olan alacaklarını talep ederken, diğeri karzdan olan alacaklarını talep ediyor ve sonunda sulh olup birbirlerini ibra ediyorlar.¹¹

Bazı belgelerde ise taraflar arasında hem karz hem de mudârebe ilişkisi olduğu zikredilir. Bir belgede kişi, bir diğerinden hem mudârebeden hem de karzdan alacağını talep ediyor.¹² Bir belgede ise açıkça şöyle geçmektedir; “... Mustafa Bey’e karz-ı hasenden bi tariki’l-mudârebe üç bin beş yüz akçe deynim vardır ...”¹³

Yine birçok belge ve fetvada taraflar arasındaki akdin mudârebe mi, karz mı olduğu yönünde ihtilaf olduğu görülmektedir. Bir belgede Mustafa isimli şahıs, Mehmet ve Fatıma’ya beş yüz guruş karzdan borcu olduğunu ikrar edip üç sene önce ödediğini, ancak bu ikrarı esnasında akli melekесinin yerinde olmadığını bu borcun aslında mudârebeden kaynaklandığını iddia ediyor.¹⁴

Sermaye zayı olduğunda, sermaye sahibi karz verdiğini iddia ederken, işletmecinin mudârebe olarak aldığını iddia ettiğine dair birçok sicil belgesi ve fetvayla karşılaşılıyor.¹⁵ Benzer şekilde kâr ortaya çıktığında

¹⁰ Galata Mahkemesi 90, 74b-2.

¹¹ Galata Mahkemesi 90, 38b-4, 39a-1. Benzer bir belge, Galata Mahkemesi 90, 78a-4.

¹² İstanbul Mahkemesi 18, 106b-2.

¹³ Üsküdar Mahkemesi 9, 81b-3.

¹⁴ İstanbul Bab Mahkemesi 54, 76b-1.

¹⁵ “Zeyd Amr’a şu kadar akçe verip Amr dahi meblağ-i mezbûru metâa bozup ticaret üzere iken re’s-i mala noksan terettüb ettikten sonra Zeyd ‘Meblağ-i mezbûru karz tarikiyle vermişdim’ deyu dava ve ikâmet-i beyyine edip Amr dahi ‘Mudârebe tarikiyle vermişdin’ deyu dava ve ikâmet-i beyyine eylese hangisinin beyyinesi evladır? el-Cevab: Zeyd’in beyyinesi”, Feyzullah Efendi, Şeyhülislam (v. 1115/1703), **Fetâvâ-yı Feyziyye**, İstan-

sermaye sahibinin mudârebe iddiasına mukabil işleticinin karz iddia etmesine de rastlanır.¹⁶ Bu tür iddiaların arka planında da fiilen mudârebe akdi yapılmakla birlikte mudâribin damân sorumluluğunu temin etmek üzere hukuken karz akdi yapılmış olmasının etkili olması muhtemeldir. Bu durum taraflara farklı akdin mevcudiyetini iddia etme imkanı verir.

Sonuç olarak Osmanlı şeriiye sicilleri veya fetvalarını daha doğru okuma adına hukuk sisteminin bir bütün olarak görülmesi ve teorik hükümlerin yanı sıra bu hükümlerin uygulanması esnasında ortaya çıkan problemlere ne tür çözümler üretildiğinin farkında olunması önem arz eder.

bul: Daru't-Tibaati'l-Âmire, 1266, s. 312. Benzer fetvalar için bak. Yenişehirli, Şeyhülislam Ebu'l-Fazl Abdullah Efendi (v. 1156/1743), **Behcetü'l-fetâvâ**, der. Mehmed Fikhi el-Aynî, İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1266, s. 490; Menteshâde, Şeyhülislam Abdurrahim Efendi, (v. 1128/1716), **Fetâvâ-yı Abdurrahim**, İstanbul: Dârü't-Tibâati'l-Ma'mure, 1243, c. 2, s. 145, 147.

¹⁶ “Zeyd, Amr’dan aldığı beş yüz gurûşu bir sene î mâl edip şu kadar bin akçe fâide tahsil edip ba’dehu beş yüz gurûşu Amr’a verdikten sonra Amr ‘Ben meblağ-i mezbûru sana mudârebe tariki ile vermiş idim, ol fâideden bana hissemi ver’ deyip Zeyd ‘Karz almış idim’ deyip ihtilâf eyleseler kavî hangisinin, beyyine hangisine düşer? el-Cevab: Kavî Amr’ındır, beyyine Zeyd’e düşer”, Menteshâde, **Fetâvâ-yı Abdurrahim**, c. 2, s. 147. Mudârebe-karz ihtilâfına dair şeriiye sicillerinde yer alan bazı örnekler için bak. Gedikli, Fethi, “Galata Şeriiye Sicillerinde Mudarebe-Karz İlişkisi”, **İstanbul Araştırmaları**, sy. 4, Kış 1998, s. 117 vd.