

TİCARET HUKUKU TARİHİ AÇISINDAN MUDARABE VE COMMENDA ORTAKLIKLARININ ETKİLEŞİMİ HAKKINDA BİR DENEME

Yrd. Doç. Dr. Murtaza KÖSE*

ÖZET

Bu çalışmada commenda ve mudarabe ortaklıklarının ticaret hukuku tarihi açısından farklı coğrafyalarda ortaya çıkışı, gelişimi ve etkileşimini ele aldık. Temelde bu iki ortaklık çeşidinin yapısal özelliklerini ve işleyişlerini incelediğimizde bunların çok farklı olmadığı hatta ayrı isimlerle ifade edilen tek bir ortaklık olduğu kanaatine vardık. Çünkü her toplumun ekonomik ve ticari hayatındaki uygulamaları, kendi inanç ve düşüncelerinin etkisiyle şekillenmiştir. Zira Hıristiyanlık ve Müslümanlık'ta faizle para alıp vermenin yasak olması bu tür alternatiflerin ortaya çıkmasına imkan vermiştir. Çünkü sermaye sahiplerinin finansal varlıklarını artırabilmelerinin yolu ellerindeki sermayelerini kar getirebilecek şekilde işletmelerine bağlıdır. Rizikoyu her zaman bulundurmakla birlikte bunun da en pratik yolu sermaye sahiplerinin paralarını bir ortak aracılığıyla işletmeleridir.

Commenda ve mudarabe ortaklıkları temelde insanlığın ortak olgularıdır. Zira farklı işleyiş ve muhtevalarıyla bu ortaklıkları ayrı isimler altında uygarlıkların ticaret hayatında görmekteyiz. Herhangi bir toplumun ekonomik ve ticari hayatındaki kurum ve müesseseler diğerlerinden çok farklı değillerdir. Binaenaleyh medeniyetler ve kültürler arası kaçınılmaz olan etkileşimin ürünleri ticari ve ekonomik hayatta da kendini göstermektedir. Yalnız her toplumun kendi inanç ve felsefesinin tezahürünü ekonomiden ticarete, siyasetten kültüre ve sanata kadar her alanda görmek tabii ve mümkündür

Anahtar Kelimeler: Ortaklık, Commenda, Commandator, Colonna, İska, Tractator, Commendatarius, Mudarabe, İş Gücü, Rabbülmal, Kar, Zarar, Yatırım, Emanet, Vekalet, Ticaret, Ekonomi,

* Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı.

Hıristiyanlık, İslâmiyet, Fukaha.

ABSTRACT

An Essay on Interaction of Mudarabe and Commenda Partnerships in Terms of History of Commercial Law

In this study, we handled the occurrence, development and interaction of mudarabe and commenda partnerships in different locations in terms of Commercial Law History. In fact we concluded that these two partnerships were not different from each other, even they were the same partnership called under two different names concerning the structural and operational features. Because economical and commercial life practices of every society have been formed by its own beliefs and thoughts. Since both Christianity and Islam prohibited to lend and borrow money at interest this kind of partnership has come up as an alternative way out. The way for the investor to increase their financial wealth is invest their capital in profitably. Although it has risk, the most practical way for the investor to profit is to invest their money through joining in a partnership.

Commenda and Mudarabe partnerships are essentially common phenomena of humanity. Because we witness these partnerships having different implementation and content under different names in commercial life of civilizations. Commercial establishments in economical and commercial life of any society are not so different from others. Therefore production of interaction between cultures and civilization which are inevitable come out in commercial and economical life too. But it is quite natural and possible to see every society's own belief and philosophy in every field-from economic to commerce, from politics to art and culture.

Key Words: *Partnership, Commande, Commandator, Colonna, İska, Tractator, Commendatarius Mudarabe, Labor force, Capitalist, Speculator, Profit, Loss, Investment, Confide, Representation, Trade, Economics, Christianity, Islam, Lawyers.*

GİRİŞ

Ortaklıklar en ilkelinden gelişmişine kadar her toplumda farklı şekil ve muhtevasıyla var olup ticari hayatta önemli bir yer tutmuştur. Bu birliktelikler, belli bir anlaşma çerçevesinde kurulan ve kazanç paylaşımı amacını güden oluşumlardır. Her toplumun ekonomik gelişim sürecinde karşı karşıya kaldığı ticari ve iktisadi gelişmeler, kendi toplumlarının ticari hayatında da değişik kaide ve kurallar ortaya koymuştur. Bu gelişme ve değişimler siyasi, kültürel ekonomik ve ticari hayatta kendini göstermiştir. Çünkü iktisadi ve ticari oluşumlar o toplumların şekil ve muhtevaları itibariyle meydana çıktıkları iktisadi ve toplumsal etkilerden kurtulamayacakları gibi farklı iktisadi görüş ve nazariyelerin tesirini de göstermişlerdir. Denizyolları ve karayolları sayesinde yapılan uzun ticari yolculuklar toplumların birbirlerini tanımalarına ve aralarındaki ticari münasebetlerin gelişerek artmasına sebep olmuştur.

Özellikle İslâmiyetin doğuşundan hemen birkaç asır sonra Kuzey Afrika'dan İtalya limanlarına yapılan ticaret, Haçlı seferlerinin müslüman toplumlarla karşılaşması ve bunu sonucundaki ticari etkileşimler İslâmi toplumla Avrupalılar arasındaki ticari ilişkilerin artmasına sebep olmuş ve uzun süre devam eden bu ticari ilişkiler, Avrupalılar ve Müslümanlar arasında örfi ticari kanunların transferine de sebep olmuştur.

Müslüman toplumlarda çok eski geçmişi olan ticari ortaklıklar yapısı ve işleyişi itibariyle özellikle o günkü tüccar topluluğunun telakkisi ve uygulamalarıyla şekillenmişler ve zaman içerisinde farklı isimler altında toplumların ticari hayatında önemli bir yer tutmuşlardır. Netice itibariyle ister felsefi, ister hukuki ve isterse dini sistemler, beraberinde getirdiği iktisadi müessese ve oluşumların evrimi üzerinde müessir olmuşlardır.

Netice itibariyle bu çalışmada ele aldığımız commenda ve mudarabe ortaklıkları müslüman ve gayri müslim toplumlarda vücut bulmuş, içinde neşet ettikleri toplumun ticari örf ve adetine göre farklı isimler almıştır. Müslüman topluluklarda bu ortaklığa mudarabe, kırad, mukarada, muamele isimleri verildiği gibi, gayri müslim toplumlarda ise commenda adı verilmiştir. İleride de bahsedileceği

gibi tıpa tıp aynı olmasa da Talmud'da rastlanan iska ve Bizans'ta görülen chreokoinonia ile de mudarabe oldukça benzerlik arz etmektedir. Bu bilgiler ışığında mudarabe ve commendanın şekil, işleyiş ve muhteva itibariyle benzerliklerinden hareketle bu şirket tipinin birbirini aynısı olduğu kanaati bizi böyle bir araştırmaya sevk etmiştir.

1. Commenda Kelimesinin Etimolojisi

Commenda, kökeni itibariyle Latince'den İngilizce'ye geçmiş bir kelimedir. Latince'de bu kelime commendare olarak kullanılmakta ve anlamı güvenme, itimat etme ve emanet etme anlamlarına gelmektedir. Bununla birlikte bu kelime öğüt verme, tavsiye etme gibi anlamlarda vardır. Kendisine geçici bir süre için güvenilip mal verilen kimseye de commendator denilmektedir.¹

Bu sözlük anlamlarıyla birlikte commendanın bazen “uyuma ortaklığı” veya “ticaret yolculuğu” gibi gevşek tercüme yapılmıştır. Ortaçağda kullanılan commenda sözü evrensel olarak bu akitle özdeşleşmiş değildir. Vedia, komisyon ve daha bir çok başka akdin bazen commenda şeklinde isimlendirildiği görülmüştür. Öbür yandan commenda denilen akit farklı mekanlarda accomendatio, collegantio, societas (maris), entica vesaire gibi farklı isimler altında tanınmıştır.

Commendanın kökeni, hukuki niteliği ve iktisadi işlevi gibi konular üzerinde hararetli tartışmalar olmuş fakat bu akit için kullanılan en yaygın terimin commenda olduğu modern hukuk bilginleri arasında genel bir kabul görmüştür.²

Esasen commenda kelimesinin kaynağını commendare masdarı oluşturur ki bu da talimat ve vekalet verme anlamına gelir. Aynı zamanda şirketinde sermaye koyan bir kişinin talimatı ve gizli vekaletle iş yapmasını ifade eder.³

Commenda başka bir anlayışa göre vekalet dayanan bir

¹ *The New Webster Dictionary of the English Language*, (I-II), New York, tsz, I, 165: *The Encyclopedia Americana*, (1-30), U.S.A., 1963, VII, s. 365

² Fethi Gedikli, *Osmanlı Şirket Kültürü*, İstanbul, 1998, s. 57

³ Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 1988, s. 165

ilişkidir. Commendare tabirinin etimolojisinde commendare, mandare, manuidare, “ele vermek”, “emanet etmek” manaları vardır.⁴ Roma hukukçularının bir kısmı bu tabiri commodare, accommodare, deponare “ariyet” ile de izaha çalışmışlardır. Commenda, kaideten sermaye olarak mal, nakit veya gemi vazeden bir şahısla ki bu da commendator, socius stans kelimeleriyle ifade edilir, bu kişinin aynı zamanda sermayeyi kazanç sağlamak gayesi ile çalıştıracak bir müteşebbis (commendatarius, tractator, portator, portitor) ile kendisi arasında bir nevi akdettikleri şirkettir. Fakat bu iştirak şirketten başka bir ilişkinin sonucu da olabilmektedir.⁵

2. Commendanın Menşei

İslâmiyette faiz haram olduğu gibi⁶ kilise yasalarınca da faizle para vermek tüm hıristiyanlara yasaklanmıştır⁷ Bundan dolayı ödünç para verme işleri ile bankacılık işlemleri Combard adı verilen kuzey İtalyanlı Yahudiler tarafından yapılmakta idi. Bu yasak ve kısıtlama, ortaçağlarda bir çok ticaret hukuku kurumlarının doğmasına sebep olmuştur. Söz konusu yasaktan doğan en önemli kurum commenda adı verilen sözleşmedir. Çağdaş komandit sözleşmenin temelini oluşturan bu sözleşmeye göre sermaye sahibi, sermayesini bir işletmeciye vermekte ve bu işletmeden doğan karı ortağı ile paylaşmaktaydılar. Bu durumda söz konusu işlem bir borç verme sözleşmesi değil, ortaklık sözleşmesi niteliğini alıyordu.⁸

Ortaklıkların ilk şekilleri deniz ödünçü olarak Yunanlılarda Demostenes zamanında ortaya çıkmıştır. Deniz aşırı ulaşımın

⁴ Halil Arslanlı *Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul, 1958, s. 5

⁵ Arslanlı, *a.g.e.*, s., 5

⁶ Bakara, 2/275 (... Allah alışverişi helal, faizi haram kılmıştır...)

⁷ Luka, VI, 34-35. “Eğer kendilerinden almayı ümit ettiğiniz kimselere ödünç verirsiniz, ne mükafatınız olur ? Günahkarlar bile günahkarlara karşılığını almak üzere ödünç verirler. Fakat düşmanlarınızı sevin, onlara iyilik edin ve hiç ümitsiz olmayarak ödünç verin.” XVIII. (Yüzyıla kadar faizin ahlaki manevi yönden meşruluğu meselesi ön planda inceleme konusu olmuştur. Ortaçağ kilisesi, Aristo doktrinine paralel olarak faiz alınmasını yasaklamıştı. (*Türk Ansiklopedisi*, Ankara, 1968, XVI, 87) Faizi, din ve ahlak açısından tahlil eden ilk çağ filozofları faize şiddetle karşı çıkmışlardır. Plato ve Aristo faizi mahkum eden düşünürlerdir. Benzer fikirler Cicero, Cato ve Seneca gibi Romalı yazarlar tarafından da ifade edilmiştir.)

⁸ Necdet Özdemir, *Türk Ticaret Hukuku*, Ankara, 1978, s. 6

yapılabilmesi için gemi sahipleriyle mal sahibi tüccarlar arasında diğer bir adla bahri karz muamelesi yapılmaktaydı. Zaman içerisinde iktisadi ve ticari hayatın gelişmesiyle deniz ödücü de o dönemin mevcut uygulamalarıyla farklı yapı değişikliklerine maruz kalarak daha sonra commenda, societas ve colonna gibi ortaklık versiyonları ortaya çıkmıştır.⁹

Commenda X. yüzyılın ilk başlarında Avrupa'da çok yaygın olarak kullanılan bir ortaklık şeklidir.¹⁰ Colonnalar yalnız deniz ticaretine hasredilmişken commendalar kara ticaretinde de kullanılan bir ortaklık tipidir. Hakim olan kanaate göre ilkönce deniz commendaları, daha sonra kara commendaları doğmuştur.¹¹

Commendanın kökenleri konusunda ise hararetli tartışmalar olagelmıştır. Goldschmidt commendanın Helen ve Roma kökenlerini ortaya koyan ilk araştırmacılardan biriydi. Bu görüşe göre, ortak için spekülatif yatırım ve yatırılan sermaye için sınırlı yükümlülük eski zamanlarda çok iyi bilinen kavramlardı. Goldschmidt'e göre, bu dönemdeki deniz ticaretinde kar bölüşümünün olmaması imkansızdı. Ancak, Goldschmidt commendanın VII. Yüzyılda müslümanlar arasında da var olduğunu ve Peygamber'in kendi tarafından da uygulandığını¹² kabul etmektedir.¹³

⁹ Frederick Wallach, *Introduction to European Commercial Law*, New York, 1953, s. 124

¹⁰ Wallach, *a.g.e.*, s. 125

¹¹ Goitein, S.D., *Studies in Islamic History and Institutions*, Leiden, Netherlands, 1968, s. 335; Merzuki Salih b. Zabin, *Şeriketü'l-Müsaheime fi Nizami's-Suudi*, Mekketü'l-Mükerreme, 1406, s. 24

¹² Goldschmidt'in ifadelerine göre bu ortaklığın mudarabe ile örtüştüğü ve Arap kültüründe bunun adının mudarabe olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca mudarabe ortaklığının Peygamberlikten önce Arap toplumunda bilinen en önemli ticaret kaynağı olup, uygulanan ortaklık olduğu İslâmi kaynakların hepsinde ittifakla ifade edilmektedir. Zira, Hz. Peygamber'in Hz. Hatice ile evlenmesi yaklaşık tarihi kaynaklara göre, miladi 596'dır. Bu dönemde Hz. Peygamber Hz. Hatice ile mudarabe ortaklığı yapmışlardı. Dolayısıyla mudarabe ortaklığının 6. Yüzyılda Araplar arasında bilinen ve uygulanan bir kurum olduğu ortadadır. (Cevad Ali, *el-Mufasssal fi Tarihi'l-Arab kable'l- İslâm*, (I-X), Beyrut, 1993, IX, 285; Zürkani Ebu Abdullah Muhammed b. Abdülbaki b. Yusuf, *Şerhu'l-Muvatta*, (I-V), 1962, IV, 319; Kasani Alaüddin Ebu Bekir b. Mes'ud, *Kitabu Bedâi's-Sana'i fi Tertibi's-Şera'i*, (I-VII), Beyrut, tsz, VI, 79; Merginâni, Burhaneddin Ebi'l-Hasan Ali b. Ebi Bekir b. Abdilcelil, *el-Hidaye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedi*, (I-VI), İstanbul, 1986, III, 202); Bullard Sır Reader, *The Middle East a Political and Economic Survey*, Oxford

Commendalar modern komandit şirketin menşesini teşkil eden ve başlangıçları tamamıyla spekülatif bir mahiyet arzeden iştirak şekliyle İtalyan şehirlerinde ortaçağlarda, X uncu asırdan itibaren yaygınlaşmıştı. Esas itibariyle İtalyan kaynaklarına göre commenda, collegantia ve compagna olarak üç tip ortaklık şekli mevcuttu.¹⁴

Endülüs'e yerleşmiş olan müslüman Araplar da sınırlı ve yarı sınırlı sorumlu şirketlerini daha 8. yüzyılda biliyorlardı. Bu nedenle bugünkü İspanya, İtalya bölgeleri ve civar yerlerde mudarabeye benzeyen muhtemelen commenda adı verilen ortaklık şekilleri ortaçağ boyunca Akdeniz çevresindeki topluluklarda çokça uygulanan ortaklık şekli olmuştur.¹⁵ Bu ortaklığın Akdeniz ticaretinde yaygın bir şekil almasında müslüman Arapların oldukça önemli katkıları vardır. Özellikle Fransız Ticaret hukukunda "Quirad" şeklinde yazılıp ifade edilen ortaklığın o dönemin müslüman Arapları arasında uygulanmakta olan akdü'l-kırad adı verilen ortaklık şeklinden mülhem olduğu kaynaklarda ifade edilmektedir.¹⁶

Commande ortaklık tipi 14. ve 15. yüzyıllarda İngiltere'de günlük ticari hayatta oldukça yaygın olarak tatbik edilmekteydi. İngilizlerdeki bu uygulama sermaye sahibi kişilerin güvendiği tüccarlara sermayeleri teslim edip finans kaynaklarını artırma amacına yönelikti.¹⁷ Commendalar, başlangıçları itibariyle sermayedar tarafından tractatora (parayı çalıştıran) emanet olarak verilen malın diğer bir mahalde satışını sağlamaktı. Tractator adı verilen kişi sermayedar adına hareket ederdi. Genellikle commendalar münferit ve muvakkat, işler için kurulurdu. Sonraları bu ortaklıklar XIII. ve XIV. asırlarda devamlı işler için de kurulmaya başlandı. Sermayenin önemli bir kısmı gizli ortak commendatore ait olmakla beraber tractatorun da sermayeye iştirak ettiği haller de mevcuttu.¹⁸ Bu dönemdeki

University Press, London, 1961, s. 42

¹³ Abraham L Udovitch, *Partnership and Profit in Medieval Islam*, Princeton University Press, New Jersey 1970, s.172

¹⁴ Postan M.M., *Medieval Trade and Finance*, Cambridge, 1973, s. 68

¹⁵ Udovitch, a.g.e., s. 172; *Turkish Financial History from the Empire to the Present*, s. 161

¹⁶ Merzuki, a.g.e., s. 22

¹⁷ Postan, a.g.e., s. 73

¹⁸ Postan, a.g.e., s. 68

commendaların bir çok farklı şekli mevcuttu. Bazı commendalarda commendator sermayenin tamamını koyuyor, tractator ise zarara iştirak etmeksizin mesaisine karşılık bir ücret veya komisyon alıyor, yahut kar ve zarara iştirak ediyor ve zararın meydana gelmesinde emeği karşılıksız kalıyordu.¹⁹

Bir kısım commendalarda commendator beklemeksizin veya faiz karşılığında, yahut kara iştirak kaydıyla sermaye ortaya koyuyor, zararın meydana gelmesinde zarara da iştirak ediyor ve bu halde iştiraki sermayesini geçmiyordu. Yahut kar ve zarar, akdi yapanlar arasında eşit taksim ediliyordu. Son şekilde de tractatorun iştirak borcu işgücünden ibaretti. Fakat iki taraflı commenda münasebetlerinde tractator ve accomendationun gayret ve mallarını sermaye olarak kullandıkları hallerde vardır. Commendaların hukuki bünyesi zamanla değişmiş, bilhassa sermaye ile iştirak eden tractatorun şirketteki nüfuzu gitgide artmış, ve commendatorun rolü zayıflamıştı.²⁰

Başka bir görüşte de commendaların İtalya’da ilk önceleri deniz sigortası olarak uygulandığı görülmekte idi.²¹ Kollektif ortaklığa benzeyen ortaklıkların esasını “cum” beraberlik ifadesi ve “panis” ekmek kelimelerinin birleşmesinden ortaya çıkmış olan “cumpania” terimi ile adlandırılan birleşmede aramalıdır. Bununla birlikte kumpanyalar ve commendalar sonraları birbirine karışmıştır. Daha sonraları kumpanya terimi, devletten imtiyaz alarak kurulan ve anonim ortaklıkların kaynağını teşkil etmiş olan büyük birleşmeler için kullanılmıştır.²²

Çok kere bireysel işler için kurulan, merkezi bulunmayan ve üçüncü şahıslara karşı bir ortaklık olarak açıklanmayan ilk deniz commendalarıdır.²³ Daha sonra kara ticaretine intikal etmiş, devamlı olarak işleri başlamış, belli bir unvan adı altında bir merkeze

¹⁹ Postan, *a.g.e.*, s. 68

²⁰ Arslanlı, *a.g.e.*, s. 7

²¹ Postan, *a.g.e.*, s. 67

²² Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, İstanbul, 1993, s. 6

²³ Goitein, *a.g.e.*, s. 335

bağlanarak, ortakların şahsi malları dışında şirkete ait ve alacaklıların garantisini teşkil eden bir patrimuanı meydana gelmiş, kuruluşu tescil edilir olmuş ayrıca kamu nazarında müstakil bir şirket görünüşüne girmiştir. Şirketlerde tüzel kişilik kavramı da ilk olarak bu kara ticareti commendalarından mülhem olmuştur.²⁴

X. Asırda İtalya şehirlerinde, XII. Asırdan itibaren de Hansa ve Alman şehirlerinde görülen commendalarda zamanla tractatorlar da sermaye ve zarara iştirak etmeye başlamışlar, şirketin sorumluluğuna, yani zararına iştirak etmeyen tractatorların haklarını kötüye kullanmaları neticesinde gizli commenda şirketi zamanla yerini nakliye ve kominyon anlaşmalarına terketmiş, ortaklık gizlilikten çıkarılarak, tractatorun, üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu sınırsız, commendatorların ki ise sınırlı hale gelmiş ve bugünkü komandit şirketlerin mesuliyet prensipleri ortaya çıkmıştır.²⁵

Diğer taraftan Max Weber ve Lastig eski Roma hukuku ile commenda arasında bir bağlantı olduğuna ilişkin çıkarımı reddederek, bunun yerine commendanın özgün bir kurum olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu arada commendanın Avrupa kökenli bir kurum olduğu savına dair en erken ve belirsiz deliller ancak IX. Yüzyıla kadar uzanabilmektedir. Goldschmidt'e bakılırsa durum belirsizdi; commendanın hem özgün bir İslâmi gelişme olması, hem de Bizans şehirlerinde uygulanan, fakat Justinianos kanunlarında yer almayan hukuk sistemi vulgarrecht'ten müslümanlar tarafından alınıp uygulanmış olması mümkündür.²⁶

Çizakça'nın Udovitch'den naklettiğine göre, commendanın kökenlerini üç farklı uygarlıkta araştıran ve çığır açan makalesinde İslâmiyet'in gerçektende en olası kaynak olarak görüldüğü sonucuna varmış. Udovitch bu sonuca, commendadan en önemli özelliği olan aracının yükümlülüğü konusunda ayrıldıkları gerekçesiyle Talmud'da rastlanan iska ve Bizans'ta görülen chreokoinoniayı eledikten sonra

²⁴ Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, s. 33

²⁵ Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, 33; Postan, *a.g.e.*, s. 69; Hayri Domaniç, *Adi Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul, 1988, s. 19

²⁶ Murat Çizakça, *İslâm Dünyasında ve Batı Dünyasında İş Ortaklıkları*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1999, s. 9

varmıştır. Gerçekten de iska ve chreokoinoniada zarar durumunda aracıya belirli oranda yükümlülük verilirken, commendada böyle bir yükümlülüğün hiç olmayışı sadece mudarabede gözlenmektedir. Udovitch'in makalesi Batı medeniyetinin izlerini geleneksel olarak eski Greko-Romen kültüründe araştırıp bulan Avrupa bilim dünyasının yerleşmiş normları için sarsıcı bir haber olmuştur. Daha sonra bu tez en küçük ayrıntısına kadar derinlemesine incelendi. Bununla birlikte Udovitch'in tezine en ateşli eleştiriyi getiren Pryor bile Roma, Bizans ve Musevi kökenleriyle muhtemel bir ilişkiyi tekrar vurguladıktan sonra kabul etmek zorunda kalmışlardır.²⁷

Udovitch'in incelediği şu üç sözleşme türünden mudarabenin commendaya "chreokoinonia" ve "iska" dan daha çok benzediğini kuşkusuz kabul etmek gerekir. Chreokoinonianın ve iskanın yapılarına ilişkin nitelendirmeleri ve mudarabe ile commenda arasındaki farklılıkları göz önüne aldıktan sonra yinede ekonomik yapı ve hukuki görüş açısından kırad ile commenda arasındaki benzerliklerin çarpıcı olduğu hususu doğruluğunu korumaktadır.²⁸

Çok açık olmamakla beraber Kohler'e göre kırad yani mudarabe, İslâm hukukunda orta çağa intikal ederek commendaların menşeyini teşkil etmiştir.²⁹ İtalyan hukukunun commendaları Roma hukukundan nakil sayılmakla beraber, bunların inkişafına İslâm hukukunun da müessir olduğu iddia edilmektedir.³⁰

Ancak Pryor, bu ifadelere rağmen, commendanın Roma, Bizans, Musevi ve İslâmi sözleşme biçimlerinin bir sentezi olduğu konusunda ısrar etmiştir.³¹

3. Commendanın Yapısal Özellikleri

Commendanın hem yapısal özelliklerini hem de işleyiş biçimi hakkında bilgilenmek ve mudarabe ortaklığı arasında ne gibi benzerliklerin olduğunu tanımak açısından onun yapısal özelliği

²⁷ Çizakça, *a.g.e.*, s. 10

²⁸ Gedikli, *a.g.e.*, s. 59

²⁹ Arslanlı, *a.g.e.*, s. 8; Osman Şekerci, *İslâm Şirketler Hukuku*, İstanbul, 1981, s. 37

³⁰ Arslanlı, *a.g.e.*, s. 5

³¹ Çizakça, *a.g.e.*, s. 11

hakkında bilgiye sahip olmak oldukça önemlidir. Bu yaklaşım söz konusu sözleşme biçiminin daha sonraki gelişimini anlamamızı sağlamakla kalmayıp, İslâmi mudarabe ile benzerliklerini ortaya koymak ve commendanın kökenleri hakkında daha detaylı bilgi sahibi olmamızı temin eder.

Ticaret şirketlerinin öncüsü sayılan veya komisyonculuk karakteri taşıyan, tüzel kişiliği de bulunmayan commenalarda sınırlı ehliyet söz konusudur.³² Commenda sözleşmesinde pasif ve aktif ortaklara verilen önem bu kurumun özelliklerinden birini oluşturur.³³ Söz konusu konular hiçbir zaman sabit olmadı ve zaman içinde değişiklik gösterdi. Sayous XII. Yüzyılda sermayenin Avrupa ile Tunus arasındaki ticareti yönlendirmesi sonucunda aracının elde edilen kardan dörtte bir, sermayedarın dörtte üç oranında pay aldığını söylüyordu.³⁴

Bunlar aynı zamanda ortaçağ Avrupa'sında uygulanan en yaygın iş ortaklığı tipleridir. Commenda aslında spekülâtif bir mahiyet arzeder. Zira bunun temelinde sermaye sahibi olan bir kimsenin başka birisine malını veya parasını vererek tehlikeye atma riski söz konusudur. Sermayeyi işletecek kimsenin de hiç beklenmeyen bir kaza ile karşılaşma ve sermayeyi zarar ettirme durumu söz konusudur.³⁵ Sermayede ortaya çıkacak herhangi bir zarara tek başına yatırımcı katlanır, aktif ortak ise kar edememiş ise emeğinin karşılığını alamamış olurdu.³⁶ Commenda da en önemli yapısal özellik emeğin ve sermayenin kiralınmasıdır. Yatırımcı yani sermaye sahibi ticari kabiliyeti olan pasif ortağın bu özelliği sayesinde parasını çalıştırma imkanı bulurken, sermayesi olmayan ortak ise finansörün parasal gücünden istifade etmiş bulunmaktadır.³⁷ Gerçekte bu ortaklık mukavelesi deniz ödöncü yani bahri karz ile para nakli sigortasının

³² Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, s. 165

³³ Postan, *a.g.e.*, s. 68

³⁴ Udovitch, *a.g.e.*, s. 191

³⁵ Wallach, *a.g.e.*, s. 125

³⁶ Postan, *a.g.e.*, s. 68

³⁷ Udovitch, *a.g.e.*, s. 175; Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, London, 1964, s. 157

unsurlarını kapsayan bir nevi kredi muamelesinden ibaretti.³⁸

Commenda ortaklığı itimat ve güven esasına dayandığı için yapı itibariyle bir emanet akdidir. Çünkü sermaye sahibi kendi sermayesinin bir kısmını veya tamamını ortağına işletmesi için güvenerek teslim etmektedir.³⁹ Commenda ortaklığında sermaye sahibi işletici için mudarabede olduğu gibi belli şartları ileri sürebilir bu aynı zamanda mukayyed mudarabe niteliğindedir.⁴⁰

Erken dönem commenda sözleşmeleri, hedefi belirleme, gemi seçimi ve başka önemli kararları alma yetkisini yatırımcıya bırakıyordu. Bununla birlikte aracıya zamanla daha fazla yetki veriliyordu. Bunun sebebi hem tipik olarak arka planda kalan yatırımcıların işletmeyi yeterince kontrol edememeleri, hem de aracılarn tecrübe kazandıkça ve daha varlıklı hale geldikçe yatırımcıların getirdiği kısıtlamalara razı olma konusunda gittikçe artan bir isteksizlik göstermeleriydi.⁴¹

Commenda mukavelesi yoluyla sermaye sahibi, bir gemi sahibine veya bir tacire tehlikeli, fakat aynı zamanda kazancı bol olan bir seyahat için para, gemi ve bazen de mal şeklinde sermaye tahsis ediyordu. Bugünkü komandit şirketten daha fazla özel bir şirketi andıran bu ortaklıkta iki çeşit ortak vardır. Commendator, yani asıl sermayeyi koyan gizli ortak, buna finansör de diyebiliriz, ve commendatarius, yani emeği temin eden faal kişi aktif ortak, veya amil.⁴² Aktif ortak nakdi ve aynı hiçbir sermaye koymayabildiği gibi veya sermayenin ancak cüzi bir kısmını temin edebilirdi. Sermaye sahibi ortağın mesuliyeti, koyduğu sermaye ile sınırlı idi. Şirkette kar, ekseriya eşit olarak paylaşılırdı, fakat gizli ortak bütün zararları yüklenerek riski üzerine aldığından elde edilebilecek kardan yüzde yetmiş beş alırdı. Ortaklığın süresi belli bir zaman dilimiyle sınırlı olabildiği süre kısıtlaması da olmaya bilirdi. Ortaklığın tamamen zarar etmesi söz konusu olursa her hangi bir taraf hak iddiasında

³⁸ Wallach, *a.g.e.*, s. 125

³⁹ Udovitch, *a.g.e.*, s. 203

⁴⁰ Udovitch, *a.g.e.*, s. 204

⁴¹ Çizakça, *a.g.e.*, s. 11

⁴² Udovitch, *a.g.e.*, s. 170

bulunamaz.⁴³

4. Commenda Ortaklığında Yükümlülük

İslâm hukukunun kırad (mudarabe) şirketine benzer commendalar, bugünkü anlamda özel şirketler tipinde İtalya şehirlerinde ortaya çıkmıştır. İlk commendalar deniz ticaretinde kullanılmak üzere kurulmuştur. Kilisenin faizi men eden baskısından veya asillere ticareti uygun bir meslek saymayan sosyal görüşten kurtulmak ve ticari sahaya yatırım yapmak isteyen kimseler bu gizli şirket tipiyle yatırım ve ticaret yapma imkanı bulmuştur. Daha sonra kara ticaretinde de kullanılan commenalarda, commendator, yani sermaye sahibi gizli ortak, para veya malını, itimat ettiği ve tractator veya portator adıyla anılan veya üçüncü şahıslarla ticari münasebete girecek olan ortağa teslim ve tevdi etmektedir. Üçüncü şahıslara karşı borçlu sadece zahiren tractatordur. İlk zamanlarda bu ortaklıkların zararı, gizli ortak commendatora aittir. Tractator da emeği ile zarara iştirak etmektedir. Kar ise paylaşılmaktaydı.⁴⁴

Bir sözleşme türü başka bir sözleşme türüne dönüşürken yükümlülüğe ilişkin konular da değişmektedir. Yükümlülük kavramı göz önünde bulundurulduğunda, commendanın mudarabe ile özdeşliği görülmektedir. Commenda da pasif ortak baştaki yatırım miktarına kadar olan tüm zararı üstlenir. Bu ortağın mal varlığının yatırımdan geriye kalan kısmı ya da yakın akrabalarının mal varlığı yükümlülük kapsamına girmemektedir. Aktif ortak şirkete ait sevk ve idare gibi işleri yerine getirirken pasif ortak herhangi bir işe katılmaz. O sadece ortaklığın edebileceği kardan alacağı hisseyi hesap eder.⁴⁵

Compagnia sözleşmelerinde ise commenda da ki sınırlı yükümlülüğün tam aksine yatırımcının yükümlülüğü sınırsızdı. Öyleyse compagnia bu açıdan İslâmi mufavaza ile benzerlik gösteriyor.⁴⁶ Bu ortaklıklarda ortakların yükümlülüğü sadece ortaklığa başta yaptıkları yatırımla sınırlı kalmıyor, tüm mal varlıklarını

⁴³ Wallach, *a.g.e.*, s. 125

⁴⁴ Udovitch, *a.g.e.*, s. 203; Domaniş, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, s. 33; Domaniş, *Adi Kollektif ve Komandit Şirketler*, s. 19; Wallach, *a.g.e.*, s. 125

⁴⁵ Wallach, *a.g.e.*, s. 125

⁴⁶ Udovitch, *a.g.e.*, s. 122

kapsıyordu. Commenda da ki sınırlı yükümlülük o kadar evrenseldi ve iyi anlaşılıyordu ki uluslararası ticaret yapan bir tacir, durumunu yabancı mahkemelerde kolaylıkla savunabiliyordu. Gerçekten de Sayous, müslümanların sınırlı yükümlülük kavramının bilincinde olarak Tunus şehrindeki Fransız yatırımcıların yükümlülüklerini ortaklığa başlangıçta yaptıkları yatırımla sınırlı tuttuklarını göstermiştir.⁴⁷

Commendanın Avrupa’da geniş uygulama alanı vardı. Özellikle Ortaçağda İtalya ve İspanya’da genişçe uygulanmıştı. Commenda da kar dağılımına ilişkin kurallar çok esnekti ve kar bölüşümü hiçbir sabit orana tabi değildi. Kar paylaşımı yatırımcı ve işletici arasında anlaşlıkları oranda olmaktaydı.⁴⁸

Commendanın Avrupa’da bu kadar revaçta olmasının bir diğer nedeni de sınırlı yükümlülük özelliğiydi. Avrupa’da ki diğer ortaklıkların aksine commendada “stan” adı verilen sermayedarın yükümlülüğü baştaki yatırımı ile sınırlıydı. Son olarak commendanın ortaklara bir tür sigorta sağladığı da ileri sürülmüştür. Gerçekten de sınırlı yükümlülük sermayedara, zarar etmesi halinde üst sınır teminatı veren bir sigorta türü olarak düşünülebilirse, zararın tümüyle yatırımcıya ait olması da aracı için önemli bir güvence teşkil etmekteydi.⁴⁹ Gerçekten de nihai kazancı beklenen risk doğrultusunda paylaşma düşüncesi sigortacılığın temel esaslarında birini oluşturur.

Commenda ortaklığında taraflar arasında yapılan kontratta ortaklığın ne tür bir kontrat olduğu, ortaklığın konusu, kar paylaşımının nasıl olacağı ve ortaklığın temsilcisi konumunda olan işleticinin ticari tecrübesi ve bilgisine dayanarak ortaklık için faydalı gördüğü ticareti yürütmek gibi konular tesbit edilmektedir.⁵⁰

5. Mudarabenin Ortaya Çıkışı

Mudarabe ortaklığı, İslâm dünyasında faiz müessesesine alternatif olarak çokça uygulana gelen ve ticari hayatta sermayesi

⁴⁷ Çizakça, *a.g.e.*, s. 13

⁴⁸ Udovitch, *a.g.e.*, s. 190

⁴⁹ Udovitch, *a.g.e.*, s. 170

⁵⁰ Udovitch, *a.g.e.*, s. 198

olup, fakat tüccar zihniyeti taşımayan, sermayesini de kar maksatlı işletmek isteyen kişiler için önemli ve bir o kadar da riskli olan ortaklık çeşididir. Mudarabe ortaklığında sermaye sahiplerinin sınırlı sorumlu olmaları ve bu sorumluluk oranıyla zarara katlanmaları bu ortaklığın cazibesini arttırmıştır.

Mudarabe ortaklığı menşe itibariyle İslâmiyet öncesi uygulamalara dayanmaktadır.⁵¹ Commande ortaklığında olduğu gibi mudarabe ortaklığı da bir çok eski uygarlıklarda farklı şekillerde tatbik edilmiştir. Milattan önce yaklaşık ikibin yıl önce yaşamış Kral Hammurabi'nin kanunnamelerinde bu ortaklığa rastlanmaktadır. Kanun metinlerindeki ifade edilen uygulamalar İslâmi mudarabe ortaklığındaki esaslarla paralellik arz etmektedir. Zira kanunnamede ifade edildiğine göre sermaye sahibi bir kimse sermayesi olmayan fakat iş gücünü kullanarak bir kimseyle ortaklık yapmakta ve ortaklık sonunda ana sermaye asıl sermayedara ödenip, elde edilen kar ve zarar Tanrının önünde yarı yarıya taksim edilmekteydi.⁵² Bu uygulama müslümanlar arasında uygulanan mudarabenin hükümlerini içermektedir.

Roma hukukunda da mudarabeyi hatırlatan ortaklık çeşitleri de mevcuttur.⁵³ Bu ortaklık hukukunda da bir ortağın yalnız kara katılacağı ve zarara katılmayacağı kararlaştırılmış olabilmektedir. Buna karşılık bir ortağın sadece zarara katılacağı bir şirket geçersizdir.⁵⁴ Roma'da da sermayedar ile mucit yani bir buluş gerçekleştiren kişi arasında sözleşme yapılabilmektedir.⁵⁵ Talmud da bu ortaklığa benzer uygulamaların insanlar tarafından tatbik edildiği ifade edilmektedir.⁵⁶

⁵¹ Züirkani Ebu Abdullah Muhammed b. Abdalbaki b. Yusuf, *Şerhu'l- Muvatta*, (I-V), 1962, IV, 319; Kasani Alauddin Ebu Bekir b. Mes'ud, *Kitabu Bedaii's-Sanai fi Tertibi'ş-Şerai*, (I-VII), Beyrut, tsz, VI, 79; Cevad Ali, *a.g.e.*, IX, 289; *Turkish Financial History from the Empire to the Present*, İstanbul, 1999, s. 160; Bullard, *a.g.e.*, s. 42

⁵² James B Pritchard., *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament*, New Jersey, 1969, s. 170 Abdulaziz Hayyat, *eş-Şerikat fi'ş-Şeriat'l-İslâmiyye*, (I-II), Beyrut, 1988, I, 25; Ayrıca bkz. Murtaza Köse, "Kanun Olgusu Paralelinde Hammurabi ve Kanunları", *EKEV Akademi Dergisi*, Cilt, 3, Sayı, 1, Bahar, 2001, sayfa, 140

⁵³ *Turkish Financial History from the Empire to the Present*, s. 160

⁵⁴ Paul Koschaker, Kudret Ayiter, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir, 1993, s. 23

⁵⁵ Koschaker, Ayiter, *a.g.e.*, s. 239

⁵⁶ Bkz., 27 nolu dipnot, Çizakça'dan naklen

Özellikle Arap yarımadasının topraklarının tarım ve ziraata çok elverişli olmamasından dolayı Kureyşlilerin başlıca en önemli geçim kaynakları ticaret olduğundan halkın büyük bir kısmı geçimini ticaret sayesinde sürdürüyordu.⁵⁷ Bu kervanlar yazın ve kışın yaptıkları ticaretle halkın geçim kaynaklarını oluşturuyorlardı.⁵⁸ İslâmiyet öncesi dönemlerden beri ellerinde sermayeleri olup yaşlılık, hastalık, yetimlilik gibi sebeplerle bunları işletemeyen kimseler ticari kabiliyeti olan güvenilir kişilere mallarını emanet ederek mudarabe uygulamasıyla sermayelerini değerlendirip geçimlerini sağlamaktaydılar.⁵⁹ Mekke'nin özellikle Bizans, Pers ve Yemen topraklarının arasında merkez olarak bulunması buranın ticari konumunu daha da artırmaktaydı. Bu yörede ki bir çok kişi mallarını ortaklık ile işletir ve gelir elde ederlerdi.⁶⁰ Dolayısıyla Mekke'de bir çok tüccar kişi vardı. Bunlardan birisi de kendisi dul olan Hz. Hatice idi. Bu kadın serveti çokça olan zengin, şerefli, tüccar bir kadındı.⁶¹ Malını mudarabe yoluyla insanlara ortak olarak vererek işlettirirdi. Bu konuda araştırabildiğimiz kaynakların hemen hepsinde ittifakla Hz. Peygamberin, peygamberliğinden önce Hz. Hatice ile evlenmesinin öncesinde ve sonrasında onunla mudarabe ortaklığı yaparak aylarca süren yolculuklara çıktığı ifade edilmektedir.⁶²

⁵⁷ Cevad Ali, *a.g.e.*, IX, 290; Bullard, *a.g.e.*, s. 42

⁵⁸ Razwy Sayed Ali Asgher, *A Restatement of the History of Islam and Muslims*, USA, 1997, s. 23

⁵⁹ İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, *el-Muhalla*, (I-XIII), Mısır, 1969, IX, 117; Cevad Ali, *a.g.e.*, XI, 300

⁶⁰ Ann K.S Lambton, Bernard Lewis, *The Cambridge History Islam the Central Islamic Land* (I-II), Cambridge ,1970, I, s. 33

⁶¹ Razwy Sayed Ali Asgher, *A Restatement of the History of Islam and Muslims*, USA, 1997, s. 31

⁶² İbn İshak Muhammed b. İshak b. Yesar, *Siretü İbn İshak*, tah. Muhammed Hamidullah, Konya, 1981, s. 59 ; İbn Sa'd Muhammed, *et-Tabakatü'l-Kübra*, (I-IX), Beyrut, ts, I,130; İbnü'l-Esir İzzuddin Ebi'l-Hasan Ali b. Ebi'l-Kerem Muhammed b. Muhammed b. Abdilkerim b. Abdilvahid Şeybani, *el-Kâmil fi't-Tarih*, (I-XIII), Beyrut, 1965, II, 39; İbnü Kesir, Ebu'l-Fida İsmail, (ö.747/ 1346), *es-Siretü'n -Nebeviyye*, (I-IV), Beyrut, 1971, I, 262; İbnü Hişam, *es-Siretü'n-Nebeviyye*, (I-IV), Beyrut, 1971, I, 199; Zürkani IV, 319; Mergmâni, III , 20; Osmani Zafer Ahmed, *İ'laü's-Sünen* (I-XVIII), Pakistan, ts, XIII, 83; Şevkani, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylu'l-Evtar Şerhu Münteka'l-Ahbar min Ehadisi Seyyidi'l-Ahyar*, (I-VIII), ts, V, 300; Hayyat Abdülaziz, *eş-Şerikat fi'ş-Şeriatü'l-İslâmiyye*, I, 63; Hamidullah Muhammed, *Introduction to Islam*, Ankara, 1997, s, 15

Mudarabe ortaklığını sahabeden bir çok kimsenin tatbik ettiğini görmekteyiz. Bunların arasında Hz. Peygamber'in amcası Hz. Abbas, Hz. Osman, Hakim b. Hizam gibi kimseler de vardı. Yine sahabeden Hz. Ömer, oğlu Abdullah, Hz. Aişe ve İbn Mesud, Zeyd İbn Halid, gibi kişilerin o dönemde yetimlerin mallarını mudarabe ortaklığı yoluyla ticaret yaparak onların adına işlettirildiğini söylemektedirler.⁶³

İmam Malik'ten gelen rivayete göre: Osman b. Afvan'ın bir kimseye, aralarında kârı ortak olmak üzere çalışması için bir parça mal verdiği ifade edilmektedir.⁶⁴

Hakim b. Hizam'dan rivayet olunduğuna göre kendisi bir adama mudarabeye mal verdiği zaman ona: “Malımı hayvana sarfetmeyeceksin, onu denizden nakletmeyeceksin ve sel vadisine indirmeyeceksin! Eğer bunlardan birini yaparsan malımı muhakkak ödersin; diye şart koştuğu rivayet edilmektedir.⁶⁵

Yine Hz Abbas'ın malını mudarabe için birine verip, malını denizden sevk etmemesini, sel vadisine indirmemesini ve onunla hayvan satın almamasını şart koştuğu ve Allah Resulü'nün bunu duyunca beğendiği ve caiz gördüğü rivayetler arasında mevcuttur. Bu şekildeki bir şartlı mudarabe ortaklığı hiçbir kimse tarafından yadırganmadı ve Hz. Peygamber'in bu muameleyi onaylaması aynı zamanda takriri bir sünnet kabul edilmektedir.⁶⁶

Tabiin döneminin meşhur fakihlerden olan Süfyani Sevri,

⁶³ Ebu Yusuf Ya'kub b. İbrahim el-Ensari, (ö. 182), *İhtilafü Ebi Hanife ve Ebi Leyla*, tah. Ebu'l-Vefa Afgani, Haydarabat, 1357, s. 33; Şafii, VII, 108; Zürkani, IV, 320; Beyhaki Ebubekir Ahmed b. Hüseyin b. Ali, *es-Sünenü'l-Kübra*, (I-X), ts, VI, 110; Zebidi Muhammed Murtaza, *Kitabu Ukudü'l-Cevahiri'l-Münife*, (I-II), tah: Vehbi Süleyman Gavici Elbani, Beyrut, 1985, II, 60; Hayyat Abdülaziz, *eş-Şerikat fi Davi'l-İslâm*, Kahire, 1989, s. 31.

⁶⁴ Malik b. Enes, *el-Muvatta*, (I-II), Mısır, ts. Kirad, I; Şafii Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, (I-VIII), Beyrut, ts, VII, 108

⁶⁵ Darakutni Ali b. Ömer, *Sünenü'd-Darakutni*, (I-II), Kahire, 1966, III, 63, bu hadisin ravileri siga yani güvenilirlerdir; el- Beyhaki, VI, 110; İbn Hacer Ahmed b. Ali b. Muhammed, *Sübülü's-Selam Şerhu Bulüğü'l-Meram min Edilleti'l-Ahkam* (I-IV), Beyrut, 1960, III, 76; İbn Hacer, *et-Telhîsu'l-Kebir fi Tahrici'r-Rafü'l-Kebir*, (el-Mecmu ile birlikte basım), XII, 4

⁶⁶ Beyhaki, VI, 110; Kasani, VI, 79; İbn Hacer, *et-Telhus*, XII, 4; Şevkani, V, 300

Yemen taraflarına dörtbin dinarlık bir sermayeyle mudarabe ortaklığı yapmak için gitmiştir.⁶⁷ Meşhur alimlerden Muhammed b. Nasr el-Mervezi kendisi aslen tüccar olmasına rağmen daha çok ilimle iştigal ettiği için malını mudarabe ortaklığıyla işletmiştir.⁶⁸ Yine Kurtuba'da bir süre valilik yapmış olan Cehver b. Muhammed b. Cehver, hazineye ait paradan tüccara vererek mudarabe ortaklığıyla işletti. ⁶⁹ Müslümanlar arasında uygulana gelen mudarabe ortaklığının cevazı hakkında hiçbir ihtilaf yoktur ⁷⁰ aynı zamanda bu konuda bütün ehli ilimce icma meydana gelmiştir.⁷¹

6. Mudarabenin Yapısal Özellikleri

Mudarabe (kırad) ortaklığı*, sermaye ve iş gücüne dayanan bir ortaklık şeklidir. Bu ortaklıkta iki tip ortak bulunmaktadır, bunlar

⁶⁷ Zehebi Şemsüddin Muhammed b. Ahmed b. Osman, *Siyerü A'lami'n-Nübela*, (I-XXIII), Beyrut, 1983, VII, 277

⁶⁸ Zehebi, XIV, 36

⁶⁹ Zehebi, XVII, 140.

⁷⁰ Şeybani Ebu Abdullah Muhammed b. Hasan, *Kitabu'l-Hüccce ala Ehli'l-Medine*, (I-IV), Beyrut, 1983, III, 22; İbn Rüşd Muhammed b. Rüşd el-Kurtubi, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, (I-II), Beyrut, 1986, II, 236; İbn Kudame Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, *el-Muğni, ve's-Şerhu'l-Kebir*, (I-XII), Beyrut, 1972, V, 135; Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, (I-III), Beyrut, 1992, III, 212

⁷¹ İbn Münzir Muhammed b. İbrahim, *el-İcma*, Beyrut, 1986, s. 111

* *Muvatta*, cilt. II 'de 687-702 sayfaları arasında yaklaşık onbeş sayfa mudarabe ortaklığıyla ilgili bilgi vardır. Maliki fıkıh kitaplarında mudarabe ortaklığı kırad olarak isimlendirilmekte olup hicaz ekolüne mensup alimler telif ettikleri eserlerinde bu ortaklığa çoğunlukla bu tabirini kullanmışlardır. *Muvatta*' da *Kitabu'l-Kırad* başlığı altında 15 bab başlığında bu ortaklık hakkında şu başlıklarda hadisler ve içtihadi bilgiler mevcuttur. Bu bilgiler, kırad şirketinin mahiyeti, uygulamanın caiz olup olmama şekli, bu ortaklıkta şartın ileri sürülüp sürülemeyeceği, uruz cinsinde olan mallarla bu ortaklığın cevaziyeti ve ortaklık malının kiraya verilip verilemeyeceği, kırad şirketinde taksir, ortağın haksız muamelesi, ortaklık malından işleticinin nafakası için kullanıp kullanamayacağı, ortaklık malının karının tamamen sermaye sahibinin olup olmama durumu, ortaklığın kar etme durumunda, sermaye sahibinin izni olmadan mudaribin kardan hissesine düşen payı alıp alamayacağı gibi konuları kapsamaktadır. Maliki ekolünün kurucusu Malik b. Enes'in vefatı hicri 79 olup bu tarihin tekabül ettiği miladi yıl 795 tir. Binaenaleyh, miladi VIII. Asırdan önce bu ortaklık müslümanlar arasında uygulandığı gibi İslâmiyet öncesinde de, kaynaklara göre bunun uygulandığı belirtilmektedir. (İbn İshak, 59 ; İbn Sa'd, I,130; İbn Hişam, I, 262; İbnü'l-Esir, II, 39; İbnü Kesir, I, 262; Zürkani IV, 319; Mergnâni, III , 20; Osmani, XIII, 83; Şevkani, V, 300; Hayyat I, 63), *Muvatta*'nın diğer bir önemi ise kırad ortaklığının bütün yapısal özelliklerini belirten ayrıntılı bilgiler ihtiva eden kaynak olması ve Hicaz bölgesinde çokça tatbik edilmiş olduğudur.

sermaye sahibi ve bu sermayeyi işletecek olan kişi.

İstilahi manada mudarebe; bir taraftan sermaye, diğer taraftan çalışma olmak üzere ve karı aralarında anlaştıkları şekilde taksim etmek şartıyla meydana gelen bir akit şirkettir.⁷² Bu ortaklıkta sermaye sahibine rabbülmal, iş gücünü ve ticari kabiliyetlerini ortaya koyarak çalışan kimseye de mudarip veya amil denir.⁷³ Sermayeyi çalıştıran kişi sermaye sahibinin vekili konumundadır.⁷⁴ Günümüzde sermaye sahibine finansör, pasif ortak da diyebiliriz. Mudaribe ise aktif ortak veya yatırımcı da denilebilir. Bu ortaklıkta birden fazla finansör ve sermayeyi işletecek birden fazla çalışan olabilir.

Klasik fıkıh kitaplarında bu ortaklığın farklı isimlerle adlandırıldığını görmekteyiz. Mudarabe ortaklığı, Hicaz ekolüne mensup hukukçular tarafından “kırad”, Irak ekolüne mensup hukukçular tarafından da “mudarabe” olarak adlandırılmaktadır.⁷⁵ Biraz daha özele indirgeyecek olursak Medineli hukukçular da bu ortaklığa “mukarada” adını vermektedirler.⁷⁶ Bazı klasik fıkıh kaynaklarında da bu ortaklığa “muamele” adı da verilmektedir.⁷⁷ Kırad kelimesi kat' yani kesmek manasına gelmektedir ki mal sahibi malından bir parçasını ayırıp, âmile emanet olarak çalıştırması amacıyla vermektedir.⁷⁸

Mudarabe iki kısımdır, biri mutlak mudarabe diğeri mukayyed mudarabedir.⁷⁹ Bu ortaklıkta kar sırf rabbülmal için olursa o zaman bu muamelenin adı “bida” veyahut kar tamamen mudarib için şart

⁷² İbnü'l-Hümmam Kemalüddin Muhammed b. Abdilvahid b. Abdülhamid. b. Mes'ud, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, (I-X), Beyrut, 1977, X, 445

⁷³ Serahsi Ebubekir Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Kitabu'l-Mebcut*, (XXX), Beyrut, 1986, XXII, 18; Nevevi, Ebu Zekeriyâ Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmu Şerhu'l-Mühezzeb*, (I-XX), Beyrut, tsz, XII, 2; Mecelle md. 1404 ; Şekerci, s. 248

⁷⁴ Schacht Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, London, 1964, s. 156

⁷⁵ Malik, Kırad, II, Nevevi XII, 2; Zürkani, IV, 319; İbn Rüşt, II, 236; İbn Kudame, V, 134; Udovitch, *a.g.e.*, s. 175

⁷⁶ Malik, Kırad, II, Serahsi., XXII, 18

⁷⁷ Kasani, VI, 79

⁷⁸ İbn Hazm, IX, 117; İbn Kudame, V, 135; Kasani, 80; Seyyid Sabık, III, 212

⁷⁹ Kasani, VI, 87; Mecelle md. 1406.

kılınırsa bunun adı “kard” olur.⁸⁰ Bu ortaklıkta sermayenin belli olması şartı aranır ki kar da ona göre belli olsun aksi bir alternatif mudarabeyi fesada götürür. Karın cüz-i şayi olarak belirlenmesi bu ortaklığın sıhhat şartlarındanıdır.⁸¹ Mudarabe ortaklığında sermaye para cinsinden olmalıdır, bu da ya gümüş veyahut altın cinsindedir, uruz olması caiz değildir.⁸²

7. Mudarabe Ortaklığında Yükümlülük

Mudarabe ortaklığında sermaye sahibi rabbülmal ile aktif ortak arasında şirket işleri ile ilgili karşılıklı birtakım yükümlülükler vardır. Bununla birlikte bu ortaklıkta bir çok şartlara da cevaz vardır. Bu şartlarda ticaretin yapılacağı yeri, seyahatin geçeceği yol güzergahı, satışın icra edileceği pazarı, satıcı ve alıcının şahsını tesbit etmek mümkündür.

Mudarabe bir emanet ilişkisi ve vekaleti kapsar, zira ortaklık sermayesi olan re’sülmal mudaribin elinde emanettir.⁸³ Bu ortaklıkta daha önce de ifade edildiği gibi sermaye sahibi tarafından bazı şartlar ileri sürülebilir.⁸⁴

Klasik fukaha mukayyet mudarabe ortaklığında ki aktif ortağın yani mudaribin şirket işlerini yürütürken ortaklık sözleşmesinde riayet etmesinin gerekli olduğu bazı çalışma şartlarını koşmaktadırlar. Aynı zamanda bu şartlara riayet etmemenin de belli yaptırımları gerektireceği içtihadında bulunmaktadırlar. Sözleşmeye aksi davranmanın tazmini gerektireceği noktasında ısrarla durulmaktadır, hatta bu durumda mudaribin gasıp olacağını ifade etmektedirler.⁸⁵

⁸⁰Ayni Ebu Muhammed Bedrüddin Mahmud b. Ahmed b. Musa el-Ayıntabi, *el-Binaye fi Şerhi'l-Hidaye*, Mısır, (I-X), 1980, Beyrut, V, 657; Merginani, III, 202

⁸¹ Kasani, VI,82

⁸² Kasani, VI, 83; Kal'acı Muhammed Ravvas, *Mevsûatü Fıkhı İbrahim en-Nehâi*, (I-II), Mekketü'l-Mükerreme, 1986, II, 587; Seyyid Sabık, III, 212

⁸³ Serahsi, XXII, 29; Kasani, VI, 83; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara, 1958, s. 179

⁸⁴ Şeybani, *Kitabu'l-Hücce*, III, 22; İbn Rüşd, II, 236; İbn Kudame, V, 135

⁸⁵ Serahsi, XXII, 19; Merginani, III, 204, Zebidi, II, 59. Mudarabe ortaklığında sermaye sahibinin bir takım şartlar ileri sürmesinin kaynağı kanaatimizce Hakim b. Hizam'ın birisiyle yaptığı mudarabe ortaklığındaki mudariple aralarında geçen konuşma esnasındaki şartlardır. Ayrıntılı bilgi için, bkz, 36. dipnot.

Yine bu ortaklıkta aktif ortak olan mudaribin ortaklık sermayesinin fazlasıyla her hangi bir mal alımında bulunamayacağı ifade edilmektedir.⁸⁶ Mudaribin kara hak kazanması ancak iş gücü karşılığında, sermayedarın kara hak kazanması ise sermayesi olan mahıyladır.⁸⁷ Zarar ve ziyan her durumda finansöre aittir.⁸⁸ İktisatçılara göre, mudarabe ortaklığını Orta Çağın öbür ortaklıklarından ayıran en önemli unsur, zarar halinde işleticinin sorumluluk taşımamasıdır. İşleticinin sorumlu olmaması, sermaye sahibinin de yatırdığı sermaye kadar sorumlu sayılması iktisat tarihinde sınırlı sorumluluk kavramının doğuşu olarak bilinmektedir.⁸⁹ Mudarabe ortaklığında kar taksimatı sözleşmeye bağlıdır, yani ortaklar hangi oran üzerinde anlaşılırsa kar taksimatı o orana göre yapılır. Burada tamamen bir serbestiyet söz konusudur.⁹⁰ Bu oran, Hz. Ali'ye isnat edilen ve bütün ortaklıklar için genel bir prensip olan “erriphu ala ma şarata ve'l-vadiatü ala kadri'l-maleyn” yani “kar tarafların anlaşmışları şarta, zarar da mal miktarlarına bağlıdır”, sözüyle formüle edilmiştir.⁹¹ Mudarabede karın belirsizliğini gerektiren her şart bu ortaklığı fasit kılar.⁹² Fakihlerden Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre, mudarabe ortaklığı fasid olması neticesinde - ki bu muamele o zaman fasit

⁸⁶ Şeybani, Ebu Abdullah Muhammed b. Hasen, (189/132), *el-Camii's-Sagîr*, (Şerhini Abdulhay Leknevi'nin yaptığı Nafiu'l-Kebir ile beraber basım), Beyrut, 1986, s. 424; İbn Kudame, V, 151.

⁸⁷ Kasani, VI, 80; Mecelle md. 1425, 1426.

⁸⁸ Schacht, *a.g.e.*, s. 157

⁸⁹ Tansu Çiller, Murat Çizakça, *Türk Finans Kesiminde Sorunlar ve Reform Önerileri*, İstanbul, 1989, s. 7

⁹⁰ Serahsi, XXII, 22; (Peygamberlikten önce Hz. Hatice'nin, Hz. Peygamber ile kurdukları ortaklıkta mudarip sıfatında olan Hz. Peygamber'e sermaye sahibini daha önce ortaklık yaptığı kişilerden daha fazla kar teklif etmesi bu mudarabede kar verme konusunda bir sınırın olmadığı, sadece anlaşmışları orana bağlı olduğu uygulamalardan anlaşılmaktadır, bu uygulama aynı zamanda tüccar arasındaki örfi ticari uygulamaların esnekliğini de göstermektedir. (İbn İshak, 59; İbn Hişam I, 262; İbnü'l-Esir, II, 39; Osmani, XIII, 83;

⁹¹ İbn Ebi Şeybe Abdullah b. İbrahim b. Osman b. Ebi Bekr, *el-Kitabu'l-Musannef fi'l-Ehadisi ve'l-Asar*, (I-XV), Bonbay, 1980, VI, 2. (Bu rivâyet Hz. Ali'nin sözü olarak geçmektedir. Zeylai, *Nasbu'r-Ra'ye*, III, 475), Hidaye şarihlerinden İbnü'l-Hümmam, bu rivâyetin hadis kitaplarında bulunmadığını ancak bazı meşayihin Hz. Ali'ye nisbet ettiklerini zikretmektedir. (İbnü'l-Hümmam, VI, 177). Yine bu rivâyetle ilgili olarak Mebsut'ta da Hz. Ali'nin sözü olduğu nakledilmektedir. (Serahsi, XI, 156)

⁹² Kasani, VI, 80; Şurunbilali Ebu'l-İhlas Hasan b. Ammar b. Ali el-Vefai, *Gunyetü Zevî'l-Ahkam fi Buğyeti Düreri'l-Hükkam*, (I-II), İstanbul, 1976, II, 311, (Dürer'in haşiyesi olup birlikte basım).

icareye dönüşür ki- ortaklık ister kar etsin ister etmesin, mudarip çalışmasının karşılığı olarak ecr-i misil alır.⁹³

Mudarabede ortaklardan her hangi biri şirket malını rehin veya hibe olarak bir başkasına veremediği gibi ortaklardan biri ortaklık malını alıp diğer ortağının izni olmadan uzun süreli ve risklerle dolu bir yolculuğa çıkamaz.⁹⁴ Fakat vedia olarak ortaklık malını mudarip başkasına bırakabilir.⁹⁵ Mukayyed mudarabe de rabbülmalın yani sermaye sahibinin kayıt ve şartı ne ise mudaribin ona riayet etmesi lazımdır.⁹⁶ Mudarib eğer rabbülmalın izninin dışına çıkar ve şarta muhalefet ederse gasıp olur ve bu halde ettiği alış-veriş neticesinde kar ve zararı kendisine ait olur, aynı zamanda mudarabe malı telef olursa tazmin eder.⁹⁷ Aynı şehirde çalışıldığı takdirde mudaribin nafakası kendine aittir. Eğer başka yerlere sefere çıkarsa yemesi, içmesi ve zekatı ortaklık malından verilir.⁹⁸

Sermaye sahibinin mudaribe “i’mel bire’yik, “kendi görüşüne göre hareket et” şeklindeki ona geniş bir çalışma alanı ve hareket etme hürriyeti tanınması mudaribin başka biriyle ikinci bir mudarabe ortaklığı kurup ticaret yapma yetkisini verebileceği gibi aynı zamanda ortaklık için tüccar arasında maruf olan ve ortaklığın menfaatinin gözetildiği her türlü muamele yapma yetkisi anlamına da gelmektedir.⁹⁹

8. Commenda İle Mudarabe Arasındaki Benzerlikler

Commenda ve mudarabe her ikisi de ticari ortaklık çeşitlerinden biri olup faize alternatif olarak çıkmış finans kaynaklarıdır. Her iki ortaklığın yapısal özellikleri incelendiğinde, bir çok benzerlik ve hatta farklı iki isim almış bir ortaklık olarak görebilmekteyiz. Commenda hakkındaki tarihi bilgiler onun iktisat tarihçilerine göre ortaçağda

⁹³ Şeybani, *el-Camiu's-Sagîr*, s. 424; Serahsi, XXII, 22; (Ecr-i misil; bilir kişi tarafından benzerlerine bakılarak belirtilen ücret, mecelle: 414)

⁹⁴ Serahsi XI, 203; Şurunbilali, II, 322.

⁹⁵ Şeybani, *el-Camiu's-Sagîr*, 428

⁹⁶ Mecelle md. 1420

⁹⁷ Serahsi , XXII, 19; İbn Hazm, IX, 117; Mecelle md. 1421

⁹⁸ Şeybani, *el-Camiu's-Sagîr*, s. 423

⁹⁹ Şeybani, *el-Camiu's-Sagîr*, s. 425; Şeybani, *el-Camiu'l-Kebir*, (tah. Ebu'l-Vefa Afgani), Haydarabat, tsz s. 339

Avrupa ortaya çıktığı özellikle mekan olarak da X.Yüzyılda İtalya’da uygulandığı belirtilmektedir. Hatta commenda ile ilgili ilk bilgiler IX. yüzyıla dayanmaktadır. Buna mukabil mudarabe hakkında tarihi bilgiler men İslâmi hem de batılı kaynaklarca onun İslâmiyet öncesi Arap yarımadasında uygulanan bir ticari ortaklık olduğu, İslâmiyetten sonra da Hz. Peygamber’in ve bir çok sahabi tarafından asırlarca uygulandığı ifade etmektedir. Mudarabe ve commendanın işleyişi ile benzerlik arzeden ortaklıkların Milattan önce ikibinli yıllarda yaşamış kral Hamburabi zamanında en önemli ticaret kaynakları arasında zifade edildiğini kaynaklarda görmekteyiz. Ayrıca hem İslâmi kaynaklarda hem batılı kaynaklarda ve Hamburabi kanunnamelerinin tercümelerindeki ifadeler uygulanan ortaklığın aynısı olduğu fikrini kuvvetlendirmektedir. Bu iki ortaklık tipi işleyiş ve yapısal yönden ele alındığında bu ifademizin daha isabetli olabileceğini bize göstermektedir. Zira mudarabede ortaklık malı ortağın elinde emanet hükmündedir.¹⁰⁰ Commende kelimesinin temelinde de bir emanet ilişkisi söz konusudur ki, ortaklık malı, mudarabe de olduğu gibi aktif ortağın elinde emanet hükmündedir.¹⁰¹

Commende ve mudarabede her ikisinde aynı özelliği taşıyan iki ortak tipi vardır. Commende de, commendator, asıl sermayeyi koyan gizli ortak ve commendatarius, yani emeği temin eden faal ortak.¹⁰² Bu iki tip mudarabede rabbülmalın ve mudaribin karşılığıdır. Mudarabede de sermayeyi rabbülmal koyar, çalışmayı ise amil dediğimiz mudarip gerçekleştirir.¹⁰³ Her iki ortaklıkta da rabbülmal ve commendator aktif değildir, buna mukabil, mudarip ve commendatarius ortaklıkta aktif halde bulunurlar.

Commende de sermaye sahibi ortağın mesuliyeti, koyduğu sermaye ile sınırlıdır ve zararı kendisi karşılar.¹⁰⁴ Mudarabede de rabbülmal sermayeyi verdiği gibi zararın da tek sorumlusudur.¹⁰⁵ Commende de kar, ekseriya eşit olarak paylaşılmakla birlikte, kar

¹⁰⁰ Serahsi , XXII, 29; Kasani, VI, 87

¹⁰¹ Udovitch, *a.g.e.*, s. 203

¹⁰² Turgut Erem, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, İstanbul, 197, s. 35

¹⁰³ Nevevi, XII, 2; Mecelle, md. 1404 ; Şekerci, *a.g.e.*, s. 248

¹⁰⁴ Erem, *a.g.e.*, s. 35

¹⁰⁵ Mecelle md. 1428

paylaşımına ilişkin kurallar çok esnekler ve kar bölüşümü hiçbir sabit orana tabi değil, tarafların aralarında kararlaştırdıkları şarta göredir.¹⁰⁶ Mudarabede de kar anlaştıkları şarta bağlıdır¹⁰⁷ bu oran yarı yarıya olabileceği gibi farklı da olabilmektedir.¹⁰⁸ Commende de ortaklığın süresi muayyen veya gayri muayyen olabilmektedir.¹⁰⁹ Finansör commendayı belli şartlar dahilinde uygulattırabilir.¹¹⁰ Mudarabe çeşitleri hakkında müçtehitler arasında tam bir ittifak olmamakla beraber mudarabenin de mutlak ve mukayyed olmak üzere çeşidi bulunmaktadır, bununla birlikte mukayyet mudarabede ortaklığın süresini tayin ve tespit de taraflarca mümkündür.¹¹¹ İktisat tarihçilerinin ortaya çıkardıkları commenda türleri de şaşırtıcı derecede çoktur. Bunlarda bir tanesi özellikle dikkat çekicidir. Bu accomendatio gratis olarak bilinen ve aracılardan değer verdikleri kişilere sundukları bir armağan olarak düşünülen bir commenda türüdür. Bu sözleşmelerde aracıya kar bırakılmaz ve karın tamamı pasif ortağa tahsis edilirdi.¹¹² Commendanın bu çeşidi mudarabe ortaklığında karın tamamen rabbülmalâ tahsis edilmesiyle meydana gelen ve temelde bir mudarabe çeşidi fakat özel olarak bida adını aldığı muamelenin aynısıdır.¹¹³

SONUÇ

İslâmiyetten öncede Arap toplumunda var olan mudarabe ortaklığı, İslâmiyetin gelişiyile birlikte varlığını devam ettirerek Arap toplumunun ticari hayatında önemli bir geçim kaynağı olmuştur. İslâmiyetin yayılması sırasında Arapların çeşitli kültür ve milletlerle tanışmaları, aralarındaki ticari ilişkilerin farklı boyutlar almasına vesile olmuş, bunun sonucu olarak kıtalar arası deniz ve kara ticareti iş hacmi artmıştır. Özellikle Endülüs, diğer milletlerin İslâmiyetle tanışmasında önemli merkez olmuştur. Kurtuba, Gırnata, İşbiliyye,

¹⁰⁶ Udovitch, *a.g.e.*, s. 194

¹⁰⁷ Kasani, VI, 87

¹⁰⁸ Serahsi, XXII, 22

¹⁰⁹ Udovitch, *a.g.e.*, s. 195

¹¹⁰ Udovitch, *a.g.e.*, s. 204

¹¹¹ Serahsi, XX, 40; Mecelle md. 1406.

¹¹² Çizakça, *a.g.e.*, s. 13

¹¹³ Ayni, V, 657; Merginani, III, 202.

Tuleytula gibi önemli müslüman şehirleri Batı Avrupa ile özellikle Fransa ve İtalya gibi ülkelerle çok yakın ticari, kültürel ve ekonomik ilişkiye girmiştir. Farklı toplumlar arası ticari ilişkiler, ticari kaide ve kuralların da karşılıklı transferini doğurmuştur.

Commenda ve mudarabe ortaklıkları arasında benzerliklerin olduğunu söylemek, bu ortaklıkları tanıdıktan sonra kanaatimce eksik bir ifade olur. Çünkü bu ortaklıklarının yapısal özellikleri, işleyişleri tarihi seyir içinde ele alınıp incelendiğinde nerdeyse tam bir özdeşlik söz konusu olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

Tarihi veriler neticesindeki çalışmalar bu ortaklıkların ortaya çıktıkları coğrafyalar arasında farklılığın olduğunu göstermekle beraber, toplumlar arası ticari ilişkiler de, bu ortaklıkların belli bir topluma nisbet edilemeyeceğini göstermiştir. Zira toplumlar arası ticari ilişkiler mevcut ticari şekil ve kaidelerinin de transferini gerekli kılmıştır.

Hammurabi kanunlarında, Roma hukukunda, Bizansta, Helen uygarlıklarında, İslâmiyetten önce ve sonra Arap toplumunda bazı farklılıklarla birlikte bu ortaklık çeşidi asırlarca uygulanmıştır. Her kurum ve müessesenin zaman süreci içerisinde şartlara göre gelişerek değişim geçirmesi tabiidir. Ortaklıklar da bundan nasibini almışlardır. Coğrafi bölgelere göre de bu ortaklıklar işleyiş olarak aynı olmakla birlikte farklı isimler altında varlıklarını asırlarca devam ettirmişlerdir.

Bilim, sanat ve teknolojik gelişmelerin ortaya çıktığı toplumlar tabii olarak bu sahadaki inkişaf ve gelişmeleri sahiplenmektedirler. Bu sahiplenmelerin, kurum ve müesseselerin ortaya çıktıkları şekliyle sabit kalmadığı da bir realitedir. Ortaklık müesseselerinde de bu süreç aynıdır. Zira Kur'an ve sünnetin kurulacak şirketlerle ilgili olarak belli bir formel yapıyı ortaya koymaması kanaatimce bu sahadaki gelişme ve değişiminin önünü tıkamamak içindir. Klasik fakihlerin içtihatları da bunu doğrulamaktadır. Çünkü bu konularla ilgili geliştirilen içtihadi doktrinleri incelediğimizde özellikle şirketler alanında zaman ve şartlara göre ortaklık tipleri çıktığı ve bunların meşruiyeti ile ilgili hükümler verildiğini görmekteyiz. Herhangi bir mezhep tarafından meşru kabul edilen bir ortaklık şekli başka bir mezhep müçtehidinin kriterlerine göre farklı değerlendirilebilmekte olduğunu bu sahadaki

yazılan eserler ortaya koymaktadır. Bununla birlikte müçtehitlerin klasik eserlerde ele aldıkları ortaklıklar aşağı yukarı hepsinde aynı tiplerdir, sadece bu ortaklıkların işleyişinde bazı içtihat farklılıkları ortaya çıkmıştır, bunların da gerekçelerini izah etmişlerdir. Bu izahlardan ortaya çıkan sonuca göre zaman ve teknik şartlara göre ortaya çıkan şirket tipleri değişik yapısal özellikleri taşıyabilmektedir. Bununla da kalmayıp benimsendiği ve uygulandığı toplumun kültürüne uygun isim alabilmektedir. İşte commenda /mudarabe böyle ortaklıklardır. İlim adamlarının araştırmaları gösteriyor ki bu iki ortaklık şekli ele alınıp incelendiğinde ayrı isimler almış tek bir ortaklıktır. İsimlerinin farklı olması mahiyet ve yapısal özelliklerinin ayrı olmasını gerektirmeyebilir kaldı ki bunlar yapı itibariyle ve işleyişleriyle temelde özdeşler, bölgesel uygulamalar bazı farkları ortaya koysa da genel nitelik itibariyle aynıdırlar.

Commenda ile mudarabe veya kırad olarak isimlendirilen bu ortaklıklar, köken itibariyle ele alınacak olursa şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

Batılı kaynaklara göre commendanın kimlik tesbiti yapılacak olursa, tarih ve yer itibariyle miladi X. yüzyıl İtalya ve XII. İspanya'dır. Mudarabenin uygulandığı yer ve tarih itibariyle milattan ikibin yıl öncesi Babillilerin yaşadığı Ortadoğu bölgesi ve daha sonra da coğrafi yakınlığın getirdiği ticari etkileşim süreciyle İslâmiyetten önce VI. Yüzyıl Arap Yarımadasıdır. İslâmi kaynaklar da mudarabenin İslâmiyetten öncede bilinen ve uygulana gelen bir ortaklık çeşidi olduğu ittifakla belirtilmektedir. Buna göre commendanın tamamen İslâmi mudarabeden alındığını söylemek kanatimce yanlış olur. Bununla birlikte Batılı bilim adamlarının, Avrupalıların özellikle İspanyol, Fransız ve İtalyan'ların müslüman dünyayla tanışıp onların ticari örf ve adetlerinden istifade ettikleri tezlerini ifade etmek ilmi bir zaruret olsa gerek.

Asırlarca İslâm dünyasında uygulanmış olan mudarebe ortaklığı bugün de temel işleyiş itibariyle hem İslâm dünyasında hem de Batı dünyasında farklı isimlerle ticari ve finans hayatında uygulanmaktadır. Çağımız bilim adamlarına düşen görev bu tür kurumların daha da geliştirip insanlığın hizmetine sunmalarıdır. Zira ilmin ortaya koyduğu teknolojik gelişmelerin toplumlara nisbet edilmesi değerine mukabil,

bütün insanlığa hizmet hedefinin daha öne çıkarılmasının İslâmi düşünceye uygun olacağı kanaatindeyim.

Sonuç olarak, batılı kaynaklara göre commenda, İslâmi kaynaklara göre mudarebe olarak zikredilen ve farklı coğrafyalarda değişik isimler altında küçük farklılıklarla uygulanan ortaklık şekli (mudarabe/commenda) temelde tek bir ortaklık şekli ve evrensel bir kurumdur.