

ROMA HUKUKUNDA SOCIETAS (ADİ ORTAKLIK)'TA ORTAKLARIN KAZANCA VE ZARARA KATILMASI VE SOCIETAS LEONINA (ASLAN PAYI ORTAKLIĞI) ALLOCATION OF SHARES IN PROFITS AND LOSSES IN TERMS OF SOCIETAS AND SOCIETAS LEONINA IN ROMAN LAW

Setenay BAYTEMİR TARHAN*

Özet: *Societas* iki veya daha fazla kişinin ortak ve meşru bir amaca ulaşmak üzere mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettiği rızâ bir sözleşmedir. Ortaklar, ortaklığın kazancına ve zararına hangi paylarla katılacaklarını belirleyebilmektedir. Kazanca ve zarara katılım payının ortaklar tarafından belirlenmemesi veya bunlardan birinin belirlenmesiyle birlikte diğerinin belirlenmediği hallerde hangi prensibin geçerli olması gerektiği Roma hukukunun birincil kaynaklarında belirtilmiştir. Kazanca ve zarara katılım payının eşit olmaması ile payların hakem tarafından belirlenmesi hususu Romalı hukukçular tarafından ayrıca tartışılmıştır. Bundan başka, bir ortağın kazanca katılmadan sadece zararı üstlendiği ortaklık tipi olan *societas leonina* (aslan payı ortaklığı) hakkında prensipler belirlenmiştir. Çalışmada ilk önce Roma hukukunda *societas* kavramı ve *societas*'ın unsurları kısaca incelenmiştir. Daha sonra *societas*'ta ortakların kazanca ve zarara katılması hususunda Roma hukukunda geliştirilen prensipler ele alınmıştır. Çalışmada *societas leonina* kavramı ve kavramın tarihsel kökleri üzerinde ayrıca durulmuştur. Bu doğrultuda çalışmada Roma hukukunun birincil kaynakları olan *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta* bölümündeki metinler, *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un *Institutiones* eserindeki metinler ile *Phaedrus*'un “İnek, Keçi, Koyun ve Aslan” isimli *fabula*'sı incelenmiş ve Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları arasındaki tartışmalara yer verilmiştir. *Societas* kurumu, çağdaş hukukumuzdaki adi ortaklığın kökenini oluşturmaktadır. Neticede çalışma, çağdaş hukukumuzun konuya bakış açısına benzeyen ve ondan farklılaşan yönlerinin tespit edilmesini hedeflemektedir.

* Arş. Gör. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, setenaybaytemir@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5324-8374, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.04.2024, Kabul Tarihi: 17.05.2024

Anahtar Kelimeler: Roma Hukuku, Societas, Societas Leonina, Adi Ortaklık, Affectio Societatis

Abstract: Societas is a consensual contract in which two or more partners commit to pool their property and labor for a common and legitimate purpose. Partners can agree upon the allocation of profits and losses. If such agreement between partners regarding profits and losses has not been made, or only the profits or the losses have been determined while the other has not, the rule to be applied in this case is indicated in the primary sources of Roman law. Additionally, the issues of unequal shares in profits and losses between partners and the determination of shares by an arbitrator were also discussed by Roman jurists. Furthermore, the principles were established in Roman law regarding the *societas leonina* (lion's share), a type of partnership where a partner only assumes the losses without participating in profits. The concept of *societas* in Roman law and its elements are briefly examined in the study initially. Subsequently, the principles developed in Roman law regarding the participation of partners in profits and losses are discussed. The concept of *societas leonina* and its historical roots are also examined. Accordingly, texts from *Digesta*, *Gaius'* and Justinian's *Institutiones*, and the fable "*Vacca et Capella, Ovis et Leo*" by *Phaedrus* have been examined, including discussions among jurists of the Classical Period of Roman law. The institution of *societas* is the origin of the ordinary partnership in Turkish law. Consequently, the study aims to identify aspects that resemble and differ from the perspective of Turkish contemporary law on the subject.

Keywords: Roman Law, Societas, Societas Leonina, Partnership, Affectio Societatis

GİRİŞ

Roma hukukunda *societas* (adi ortaklık) iki veya daha fazla *socius* (ortak)'un ortak ve meşru bir amaca ulaşmak üzere mal veya emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettikleri rızâî bir sözleşmedir. *Societas*'ta ortaklar, ortaklık faaliyetleri kapsamında elde edilen *lucrum* (kazanç)'a ve *damnum* (zarara)'a katılım paylarını belirleyebilmektedir. Çalışmada izah edileceği üzere çağdaş hukukumuz ile Roma hukukunun adi ortaklık sözleşmesine ilişkin prensipleri büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Bu bakımdan çağdaş hukukumuz adi ortaklıkta ortakların kazanca ve zarara katılımı hususunda Roma hukukunda kabul edilen birtakım ilkeleri takip etmektedir.

Çalışmada öncelikle *societas* kavramı ve *societas*'ın unsurları üzerinde durulacaktır. Daha sonra ortakların kazanca ve zarara katılması hususunda Romalı hukukçular tarafından geliştirilen ilkeler ve söz konusu ilkeler hakkında hukukçular arasındaki tartışmalar Roma hukukunun birincil kaynakları üzerinden ele alınacaktır.

I- ROMA HUKUKUNDA SOCIETAS KAVRAMI VE SOCIETAS'IN UNSURLARI

Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde *societas* birden fazla kişinin meşru kazanç elde etmek amacıyla mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettiği¹, iyiniyet (*bona fides*)'e dayanan, rızai² bir sözleşmedir. Nitekim *societas*'ta ortaklar, ortak olma hususundaki iradelerini herhangi şekilde bağlı olmaksızın beyan edebilmektedirler. *Societas*, TBK m. 620 ve devamında düzenlenen adi ortaklık sözleşmesinin kökenidir ve TBK'da düzenlenen adi ortaklık sözleşmesi gibi *societas*'ın da tüzel kişiliği bulunmamaktadır.³

¹ Türkân Rado, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 110; Salvatore di Marzo, Roma Hukuku, çev.: Ziya Umur, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 446; Richard Honig, Roma Hukuku Dersleri, çev.: Şemseddin Talip, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası, 1935, s. 133; Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, Beta Yayın, 1990, s. 370; Paul Koschaker/Kudret Ayiter, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 241; Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2023, s. 239; Özlem Söğütlü, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s. 516; Belgin Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 96; Şakir Berki, Roma Hukuku, Ankara, 1949, s. 291; Fulya İlçin Gönenc, Roma Hukukunda Şirket Akti, İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 1; Şahin Akıncı, "Roma Hukuku'nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku'na Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan), 1996, C. 5, S. 1-2, s. 137; Oruç Hami Şener, "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Yayına Hazırlayan: Abuzer Kendigelen, C. 1, İstanbul, Beta, 2002, s. 706; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, Juta and Co, 1992, s. 451; William Warwick Buckland, A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, s. 506-507; Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, s. 708; George Mousourakis, Roman Law and the Origins of the Civil Law, Cham, Springer, 2015, s. 139; Max Kaser, Roman Private Law, çev.: Rolf Dannenbring, Pretoria, Gutenberg Book Printers, 1984, s. 225.

² Koschaker/Ayiter, Modern Özel Hukuk, s. 241; Doktrinde hâkim görüşe göre, M.Ö. 2. yüzyıl civarında *societas*'ın tam iki taraflı, rızai bir sözleşme olduğu kabul edilmiştir. Talya Şans Uçarılmaz, Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 214.

³ Tahiroğlu, Borçlar, s. 238; Mousourakis, Roman Law, s. 140. Uçarılmaz, Bona Fides, s. 214. Doktrinde genellikle kabul edildiği üzere Roma hukukunda *societas*'ın kökeninde, aileye ait malvarlığının bölünmeksizin korunabilmesi ve malların idaresinin sağlanması amacıyla *pater familias*'ın ölmesiyle *sui iuris* hale gelen *sui*

M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren Romalıların yabancılarla ticari ilişkilerinin gelişmesi, kazanç elde etme amaçlı farklı türlerde *societas*'ların kurulmasına ve *societas* kavramının gelişimine vesile olmuştur.⁴ Bahsi geçen dönemde savaşlar, Roma ekonomisinin itici gücü haline gelmiştir. Savaşlarla yeni toprakların elde edilmesi, iş ve yatırım imkânı sağlamıştır. Benzer şekilde fethedilen yerlerdeki halklar köleleştirilmiş *böylelikle ucuz köle emeği elde edilmiştir. Eyaletlerden elde edilen vergiler ile savaş ganimetlerinden Roma büyük kazanç sağlamıştır.* Kartaca ile Roma arasında yapılan savaşlara kadar ekonomik yapı, kendine yetebilen bir karakter gösterirken, büyüyen başkent ve ihtiyaçları sürekli artan ordu karşısında Devlet yeterli olmamaya başlamıştır. Ticari amaçlı ortaklıkları ifade eden *societas* kurumu da böylelikle Kartaca ile yapılan savaşlara bağlı olarak Roma ordusunun ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla gelişmeye başlamıştır. Ticaretin gelişmesi, önceki dönemlerde servetin tek kaynağı olan toprak zenginliğinin giderek zayıflamasına neden olmuştur.⁵

Roma hukukunda *societas*'ın üç unsuru kabul edilmektedir:

Öncelikle *societas*'ın ortaklarının ortak olma hususunda niyet ve iradelerinin mevcut olması ve bu hususta rızalarının uyuşması gerekmektedir. *Affectio societatis* olarak adlandırılan bu unsurun ortaklık devam ettiği sürece mevcut olması gerekmektedir.⁶ *Affectio societatis*'in

heredes'in oluşturduğu consortium adı verilen miras ortaklığı bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Alan Watson, "Consensual Societas Between Romans and the Introduction of Formulae", RIDA, 1962, C. 9, S. 3, s. 431; Carl Wium Westrup, Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, III. Patria Potestas, Copenhagen, Oxford University Press, 1939, s. 270; György Diószdi, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970, s. 44; Carlo Alberto Maschi, Disertiones, Ricerche Intorno alla Divisibilità del Consortium nel Diritto Romano Antico, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1935, s. 57; Paolo Frezza, "L'istituzione della Collegialità in Diritto Romano", Studi in Onore di Siro Solazzi nel Cinquantesimo Anniversario del suo Insegnamento Universitario, Napoli, Eugenio Jovene, 1948, s. 529-530; Vincenzo Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, Napoli 1950, s. 7; Mario Bretone, "Consortium e Communio", LABEO, 1960, C. 6, s. 175.

⁴ Maschi, Disertiones, s. 58; Gönenç, Societas, s. 14-15.

⁵ Bülent Tahiroğlu, "Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri", İÜHFİM, 1981, C. 45, S. 1-4, s. 680-681.

⁶ Gai. Inst. 3.151

ortaklardan biri için ortadan kalkması durumunda *societas*'ın varlığından söz edilemez.⁷

Ayrıca *societas*'ta ortakların katılım payı olarak mal veya emeklerini bir araya getirmesi gerekmektedir.⁸ Bu noktada ortaklığa getirilen mallar bakımından ortak tarafından malın türüne göre, başka bir anlatımla *res Mancipi*⁹ veya *res nec Mancipi*¹⁰ niteliğine göre,¹¹ uygun devir işleminin yapılması gerekmektedir.¹²

Son olarak *societas*'ın meşru bir kazanç elde etmek amacıyla kurulmuş olması gerekmektedir.¹³ Kaçakçılık veya kalpazanlık yapmak

⁷ Rado, Borçlar, s. 110; Tahiroğlu, Borçlar, s. 243; Erdoğan, Borçlar, s. 97. *Affectio societatis*'i ele alan *Digesta* metinleriyle ilgili interpolatio şüphesi mevcuttur. Di Marzo, Roma, s. 446; Uçaryılmaz, Bona Fides, s. 216. Roma hukukunun birincil kaynaklarında, özellikle *Digesta*'da *societas*'a ilişkin metinlerin çoğunda iki kişilik ortaklıklardan söz edildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, ikiden fazla ortak bir araya gelmesiyle oluşan ortaklıklardan bahseden metinler de mevcuttur. Bu hususta bkz. D. 17.2.63.10, D. 17.2.65.6, D. 17.2.65.9, D. 17.2.65.10. Gönenç, *Societas*, s. 30.

⁸ Kaser, Roman Private Law, s. 226; Mousourakis, Roman Law, s. 139; Buckland, Text-Book, s. 506-507; Rado, Borçlar, s. 110; Tahiroğlu, Borçlar, s. 243; Umur, Ders Notları, s. 371; Erdoğan, Borçlar, s. 97; Gönenç, *Societas*, s. 32-33.

⁹ İtalya arazisi (*fundus Italicus*) veya İtalya toprağı (*solum Italicus*), İtalya arazisi üzerinde tesis edilen tarımsal irtifak hakları (*servitutes praediorum rusticorum*), köleler (*servi*) ile yük ve çeki hayvanları Roma hukuku kuralları gereği *res Mancipi* olarak adlandırılan mal sınıfını oluşturmaktadır. Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 45; Belgin Erdoğan, Roma Eşya Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2022, s. 6.

¹⁰ *Res Mancipi* sınıfına dahil mallar dışında kalan Roma egemenliğinde bulunan araziler; eyalet arazileri, köleler, yük ve çeki hayvanları dışında kalan taşınır mallar *res nec Mancipi* sınıfını oluşturmaktadır. Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 45; Erdoğan, Eşya, s. 7.

¹¹ Hukuk sistemleri değer yargılarına göre malları farklı şekilde sınıflandırabilmektedir. Roma ekonomisinin tarıma ve hayvancılığa bağlı geliştiği dönem açısından gerek toplumsal hayat gerek üretim ilişkileri bakımından daha değerli olduğu kabul edilen mallar *res Mancipi* sınıfını oluşturmaktaydı. *Res Mancipi*'ler sadece *mancipatio* ve *in iure cessio* olarak adlandırılan devir işlemleriyle devredilebilmekteydi. Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 45-46. *Ius civile* kuralları gereği, bahsi geçen devir işlemlerini yabancılar gerçekleştiremediği için ekonomik açıdan daha değerli olduğu düşünülen malların Roma vatandaşı olmayanların eline geçmesi önlenmekteydi. Erdoğan, Eşya, s. 7.

¹² Rado, Borçlar, s. 111; Gönenç, *Societas*, s. 34.

¹³ Buckland, Text-Book, s. 508; Honig, Roma, s. 133; Gönenç, *Societas*, s. 41; Tahiroğlu, Borçlar, s. 243; Söğütü, Roma Özel Hukuku, s. 518.

gibi amaçlarla kurulmuş ortaklıklar, Roma hukuk düzeni tarafından geçersiz kabul edilmektedir.¹⁴

II- SOCIETAS'TA ORTAKLARIN KAZANCA VE ZARARA KATILMASI

A. Genel Olarak

Societas'ta her bir ortağın ortaklığa katılım paylarının birbirlerinden farklı olması mümkündü. Gerçekten bir ortağın ortaklığa katılım payı olarak mal getirdiği yerde diğer ortak emeğini getirebilmekteydi.¹⁵ Ortakların getirdikleri payların değerleri de birbirinden farklı olabilmekteydi. Zira birinin getirdiği malın değeri, diğerinin getirdiği emeğin değerinden daha düşük olabilmekteydi. Bütün bu durumlar birlikte değerlendirilerek sözleşmede ortakların kazanca (*lucrum*) ve zarara (*damnum*) hangi oranlarda katılacağı belirlenmekteydi.¹⁶ Söz konusu katılımın belirlendiği hallerde taraf iradelerine üstünlük tanınmaktaydı. Bununla birlikte, sözleşmede katılım payının ortaklar tarafından belirlenmemesi ihtimali vardı. Ayrıca bazı hallerde ortaklar kazanca katılım payını belirlemekle birlikte, zarara katılım payını belirlememekteydi veya bazı durumlarda zarara katılım payı belirlenmekle birlikte kazanca katılım payı belirlenmemekteydi. İşte bu gibi hallerde hangi ilkelerin gözetileceği Roma hukukunun birincil kaynaklarında ele alınmaktaydı. Yine kaynaklarda kazanca ve zarara katılım payının eşit olmaması hususu Romalı hukukçular tarafından ayrıca ele alınmış ve tartışılmıştı. Bundan başka, söz konusu payın hakem tarafından belirlenmesi ile bir ortağın kazanca katılmadan sadece zararı üstlendiği ortaklık tipi olan *societas leonina* hakkında da kaynaklarda birtakım ilkeler belirlenmişti.

¹⁴ Gönenç, *Societas*, s. 41; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 243; Erdoğan, *Borçlar*, s. 97; Söğüt, *Roma Özel Hukuku*, s. 518; Umur, *Ders Notları*, s. 371.

¹⁵ Peter Birks, *The Collected Papers of Peter Birks The Roman Law of Obligations*, der. Eric Descheemaeker, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 111.

¹⁶ Söğüt, *Roma Özel Hukuku*, s. 518.

B. Kazanca ve Zarara Katılım Payının Belirlenmemesi

Roma hukuku kurallarına göre sözleşmede kazanca ve zarara katılım payının ortaklarca kararlaştırılmadığı hallerde söz konusu payın ortaklar açısından eşit olduğu kabul edilmektedir.¹⁷

Bu hususta farklı metinleri değerlendirmek gerekirse:

D. 17.2.29. pr. (Ulpianus libro 30 ad Sabinum)

“Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. (...)”

Eğer ortaklıkta (kazanca ve zarara) katılım payı belirlenmemişse, bunların eşit olduğu kabul edilir. (...)

Gai. Inst. 3.150

“Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos conuenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse (...)”

Ve şu kesin ki kazanç ve zarar payı konusunda aralarında bir anlaşma yoksa, kazanç ve zarar ortaktır.

Iust. Inst. 3.25.1

“Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim conuenierit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. (...)”

Gerçekten de kazanç ve zarar paylaşımı konusunda bir anlaşma yoksa, hem kazançta hem zararda payların eşit olduğu kabul edilir. (...)

Metinlerden de anlaşıldığı üzere sözleşmede kazanca ve zarara katılım payının belirtilmediği hallerde ortakların bu hususta eşitliği amaçladıkları kabul edilmektedir.¹⁸

¹⁷ Di Marzo, Roma, s. 447-448; Honig, Roma, s. 135; Rado, Borçlar, s. 114; Tahiroğlu, Borçlar, s. 243; Erdoğan, Borçlar, s. 97; Gönenç, Societas, s. 59; Mousourakis, Roman Law, s. 139; Buckland, Text-Book, s. 508; Birks, Obligations, s. 112; Koschaker/Ayiter, Modern Özel Hukuk s. 242; Söğütü, Roma Özel Hukuku, s. 518; Şener, “Ortaklık”, s. 724; Pia Starace, “Partes Lucri et Damni tra Societas Leonina e Societas Donationis Causa: Questioni di Nullità”, Teoria e Storia del Diritto Privato Rivista Internazionale Online, 2020, S. 13, s. 7; Zimmermann, Obligation, s. 458; Veronica Forlani, “Se il Leone Concede Qualcosa: Brevi Note in Tema di Societas Leonina”, Tesseræ Iuris, 2021, C. II, S. 1, s. 147.

¹⁸ Birks, Obligations, s. 112; Şener, “Ortaklık”, s. 724.

Roma hukuku kaynaklarında ele alınan bu prensibin çağdaş hukukumuza da yansıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim TBK m. 623/I hükmünce sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça her ortağın gerek kazanç gerek zarardaki payının, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşit olduğu kabul edilmektedir.

C. Kazanca veya Zarara Katılım Paylarından Birinin Belirlenmesi

Societas kapsamında sadece kazanca katılım payları belirlendiyse fakat zarara katılım payı belirlenmediyse, kazanca katılım payının zarara katılım payı için de geçerli olacağı prensibi Roma hukukunda kabul edilmekteydi. Tam tersi, sözleşmede sadece zarara katılım payı belirlendiyse fakat kazanca katılım payı belirlenmediyse, zarara katılım payının, kazanca katılım payı ile aynı olduğu kabul edilmekteydi.¹⁹ Böylelikle paylar birbirini takip etmekteydi.

Bu husus *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ele alınmaktadır:

Gai. Inst. 3.150

“(…) *sed si in altero partes expressae fuerint, uelut in lucro, in altero uero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.*”

(...) Fakat paylar birinde, örneğin kazançta, belirtilmiş ancak diğerinde [zararda] göz ardı edilmişse, belirtilmeyen [göz ardı edilen] kısımda da aynı pay geçerli olur.

Iust. Inst. 3.25.3

“*Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa: in eo quoque quod praetermissum est eandem partem seruari.*”

Pay açıkça tek durumda, örneğin yalnızca kazanç veya yalnızca zarar durumunda, belirtilmişse ve diğeri için göz ardı edilmişse, göz ardı edilen için de aynı payın geçerli olduğu açıktır.

¹⁹ Birks, *Obligations*, s. 112; Starace, *Lucri et Damni*, s. 7; Gönenç, *Societas*, s. 60; Şener, “Ortaklık”, s. 724.

Societas henüz kurulduğunda ortakların faaliyetlerinden zarar elde etme ihtimalini göz önünde bulundurmamaları nedeniyle genellikle kazancın paylaşılması hususunda anlaştıkları, bu sebeple zarara katılım payını belirlemeyi ihmal ettikleri bilinmektedir. Böylelikle kazanca ilişkin belirlenen payın, zarar için de geçerli olduğu prensibi kabul edilmektedir.²⁰

Roma hukukundaki bu prensibin çağdaş hukukumuza yansıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim TBK m. 623/II hükmünce sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından birinin belirlenmemesi durumunda, bunun diğerindeki payı da ifade edeceği kuralı kabul edilmektedir.

D. Kazanca ve Zarara Katılımın Eşit Olmaması

Societas' ta kazanca ve zarara katılımın eşit olmaması ile anlatılmak istenen ortaklardan birinin kazanca daha çok katılıp zarara daha az katılması durumudur. Romalı hukukçular arasında bu durum tartışmalıydı ve bunu *societas'* in doğasına aykırı bulanlar olduğu gibi kabul edenler de vardı.

İlgili metinleri incelemek gerekirse:

D. 17.2.29. pr. (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*)

“ (...) *Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*”

Bir ortağın iki ya da üç, diğerinin bir paya sahip olması kararlaştırılmışsa bu geçerli midir? İlkinin ortaklığa para, hizmet veya herhangi bir konuda önemli bir katkıda bulunması koşuluyla geçerli kabul edilir.

Iust. Inst. 3.25.1

“ (...) *quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad aliam tertia.*”

²⁰ Gönenç, *Societas*, s. 60.

Ancak paylar açıkça belirlenmişse bu anlaşmaya uyulmalıdır. Zira iki ortak arasında zararın ve kazancın üçte ikisinin birine, kalan üçte birinin ise diğerine ait olacağı yönünde bir anlaşmanın geçerli olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

Ele alınan ilk metinde bir ortağın diğer ortağına göre kazançtan daha fazla pay almasının, söz konusu ortağın ortaklık için önemli bir katkıda bulunması şartıyla mümkün olduğu belirtilmektedir. İlk metin *Digesta'* dan alıntılanmaktadır ve metnin *interpolatio*²¹ yoluyla değiştirildiğine dair ciddi şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle metnin Klasik Hukuk Dönemi'ndeki (M.Ö. 27 – M.S. 250) anlayışı büyük ölçüde yansıttığını söylemek yanlış olmaz.

İkinci metin *Iustinianus'* un *Institutiones'* inden alıntılanmaktadır. Söz konusu metinden hareketle, *Iustinianus* Dönemi'nde (M.S. 527 – M.S. 565) paylaşım konusunda taraflar arasındaki anlaşmanın üstünlüğünün vurgulanması önemlidir. Kazanca ve zarara katılım payı hususunda *societas'* ta taraf iradelerine öncelik verildiği metinden anlaşılmaktadır.²² Bu metinde bir önceki metinden farklı olarak, bir ortağın diğer ortağına göre kazanca daha fazla katılmasının koşulsuz kabul edildiği görülmektedir.

İki metinde de tek ortak bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, söz konusu ortağın gerek kazanca gerek zarara katılma pa-

²¹ 530 yılında Iustinianus, *Digesta'* nın hazırlanması için hukukçu Tribonianus'u görevlendirmiştir. Tribonianus başkanlığında oluşturulan kurul, Klasik Hukuk Dönemi hukukçularına ait eserleri incelemekle görevlendirilmiştir. Kurulun görevi söz konusu eserlerden zamanın hukuki sorunları için kullanılabilecekleri derlemek, uygun bulunmayanları *Digesta'* nın kapsamına almamak, metinler arasında çelişkiler bulunması durumunda bu çelişkileri ortadan kaldırmak ve uygulamadan kalkan kavramlar üzerinde değişiklik yapmaktır. Klasik Hukuk Dönemi'ne ait eserlere ilişkin metinleri derledikleri için kurul üyeleri *compilatores* (derleyiciler) olarak anılmıştır. *Compilatores*, bahsi geçen metinleri elden geçirirken metinlerde *interpolatio* olarak adlandırılan değişiklikler yapmıştır. Belgin Erdoğan, Roma Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 75-76; Havva Karagöz, "Digesta'nın Hazırlanma Şekli ve Sistematiği Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul, Der Yayınları 2011, s. 137. *Compilatores'* in amacı Roma hukukunu dönemin adalet anlayışına uyarlamaktır. *Interpolatio'* lar üzerine yapılan araştırmalar göstermiştir ki *Digesta'* nın yarısı *interpolatio* yoluyla değiştirilmiştir. Ziya Umur, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975, s. 93-94.

²² Zimmermann, *Obligation*, s. 458.

yının eşit olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, iki metinde de bir ortağın diğer ortağına göre kazançtan daha fazla pay aldığı, bununla birlikte zarara daha fazla katlandığı olasılık ele alınmaktadır. Diğer ortak bakımından değerlendirme yapmak gerekirse, söz konusu ortağın kazanca daha az katılmakla birlikte zarardan da daha az etkilendiği anlaşılmaktadır. Bu durum *Iustinianus* Dönemi'nde koşulsuz kabul edilirken, Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaklığa önemli katkıda bulunan ortak bakımından kazançtan daha fazla pay alması ilkesinin kabul edildiği metinlerden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ilk metin bakımından ortakların ortaklığa katkılarının eşit olmaması durumunda kazanca ve zarara katılmalarının da eşit olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktayken; ikinci metinde bu şarttan bahsedilmemektedir.

Bundan başka ortaklardan birinin kazançtan daha fazla pay almasına rağmen ortaklığa ait zararlara daha az payla katıldığı olasılık Romalı hukukçuları ilgilendiren ve tartışmalı olan esas meseledir.

Tartışmaya ışık tutan *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inden ilgili metinleri incelemek gerekirse:

Gai. Inst. 3.149

“Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse censuit. sed Servius Sulpicius, cuius etiam praeualuit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa uideatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia ualet.”

Ortaklardan birinin kazançta daha fazla, zararda ise daha az pay aldığı bir ortaklığın geçerliliği konusunda büyük bir tartışma vardı. *Quintus Mucius* bunun ortaklığın doğasına aykırı olduğu görüşündeydi. Ancak görüşü üstün gelen *Servius Sulpicius*, bir ortağın hiçbir zararı üstlenmeden sadece kazançtan pay aldığı ortaklıkların geçerli olduğunu düşünmekteydi ve bir ortağın hizmetinin [emeğinin] değeri bu tür bir düzenlemeyi haklı kılar, zararda payı olmadan sadece kazançta pay

sahibi olduğu ortaklıkların kurulabileceği görüşündeydi. Zira bir ortağın hizmeti [emeği] çoğu zaman para kadar değerlidir.

Iust. Inst. 3.25.2

“De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore conditione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest intellegatur lucri esse.”

Titius ve *Seius*, *Titius*'un kazancın üçte ikisine ve zararın üçte birine; *Seius*'un ise kazancın üçte birine ve zararın üçte ikisine katılacağı hususunda anlamışlarsa böyle bir anlaşma geçerli midir? *Quintus Mucius* bu tür bir anlaşmanın ortaklığın doğasına aykırı olduğunu, bu nedenle anlaşmanın geçerli sayılmaması gerektiğini düşünmekteydi. *Servius Sulpicius*'un görüşü ise aksi yöndeydi, zira çoğu zaman bir ortaklıkta bazı ortakların emeği o kadar değerlidir ki bu kişilerin ortaklığa en uygun koşullarda kabul edilmeleri adildir; nitekim taraflardan birinin para getirip diğerinin getirmediği, yine de kazancın aralarında paylaşıldığı türden ortaklık kurulabileğine ilişkin şüphe bulunmamaktadır; zira bir kimsenin emeği çoğu zaman para kadar değerlidir. *Quintus Mucius*'un görüşüne karşı gelen görüş öylesine hâkim görüş haline gelmiştir ki *Servius*'un görüşüyle tutarlı olarak, ortaklardan birinin kazancın bir kısmını almasına ve zarara katılmamasına bile izin verilmiştir. Ancak bu noktada, herhangi bir işlem sonucunda kazanç, başka iş-

lemde zarar elde edilmişse, bunlar birbirine mahsup edildikten sonra geriye kalanın kazanç olduğu anlaşılmalıdır.

İki metinde de *Quintus Mucius*²³ ile *Servius Sulpicius*²⁴ arasında Geç Cumhuriyet Dönemi'ndeki bir tartışma ele alınmaktadır.²⁵ *Quintus Mucius* açısından bir ortağın diğer ortağa göre kazançtan daha fazla pay alması, ortaklığın doğasına aykırıdır. Dolayısıyla *Quintus Mucius*'a göre böyle bir ortaklık geçerli değildir.²⁶

Gaius'a ait metinde *Servius Sulpicius*'un *Quintus Mucius*'a göre yenilikçi olan bakış açısının vurgulandığı anlaşılmaktadır. Nitekim *Servius Sulpicius*'un ortakların kazanca ve zarara katılma hususundaki anlaşmasına ve özellikle bir ortağın *opera* (hizmet, emek, işgücü)'sına önem verdiği *Gaius* tarafından aktarılmaktadır. *Quintus Mucius*'un ise emeğin değerini vurgulamadığı; zira mal veya para ile emeği eş değerde bulmadığı tahmin edilmektedir.²⁷

Servius Sulpicius, ayrıca bir ortağın zarara katılmaksızın sadece kazançtan pay almasının mümkün olduğunu da ifade etmektedir.²⁸

Iustinianus'a ait metinde bahsi geçen hukukçular arasındaki tartışmanın tekrar ele alındığı anlaşılmaktadır. *Gaius*'a ve *Iustinianus*'a ait metinler bu bakımdan birbirini tamamlar niteliktedir. *Quia saepe opera alicuius pro pecunia valet* (zira birinin emeği, çoğu zaman para kadar değerlidir) cümlesinden hareketle, değeri *pecunia*²⁹ (para, sermaye) ile

²³ Quintus Mucius Scaevola, M.Ö. 95 yılında consul olmuş Romalı hukukçudur. Pontifex maximus olarak görev yapmıştır. Berger, Dictionary, s. 588.

²⁴ Servius Sulpicius Rufus, M.Ö. 51 yılında consul olmuş Romalı hatip ve hukukçudur. Hukuki anlaşmazlıkların çözümünde aequitas (hakkaniyet) uygulamasını geliştirmiştir. Berger, Dictionary, s. 704.

²⁵ Gaius'un, Quintus Mucius ve Servius Sulpicius arasındaki tartışmayı ele alması, tartışmaları hatırlatmak istemesinden ibaret değildir. Nitekim tartışmayı magnus (büyük) olarak nitelendirmesi, Gaius'un zamanında çoktan çözülmüş olması beklenen tartışmanın hala devam ettiğini göstermektedir. Starace, *Lucri et Damni*, s. 4.

²⁶ Forlani, "il Leone", s. 147.

²⁷ Starace, *Lucri et Damni*, s. 6.

²⁸ Forlani, "il Leone", s. 147.

²⁹ Pecunia sözcüğü para anlamına gelmektedir ve kavramın pecus (küçükbaş hayvan) sözcüğünden türetildiği düşünülmektedir. Özcan Karadeniz, "Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C: 25, No: 3-4, 1968, s. 179; Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma Hukukunda Actio de Peculio", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 7, No: 2, 2005, s. 109.

orantılı olan emeğin katılım payı olarak getirilmesi durumunda, *opera*³⁰ (emek)'nin bu özel *pretiositas* (değer, kıymet)'ı, bir ortağın *damnum* (zarar)'dan muaf tutulmasını haklı kılabilmektedir.³¹

Iustinianus'a ait metnin son kısmında *Servius Sulpicius*'un görüşünün hâkim olduğu vurgulanmıştır ve ortaklardan birinin zarara katılmadan sadece kazanca katılabileceğine dair ilkenin kabul edildiği ifade edilmiştir.³²

Ayrıca *societas*'ta her türlü işlemde elde edilen kazancın ve zararın birbirine mahsup edildikten sonra kazancın hesaplanması gerektiği belirtilmiştir.³³

Sonuç olarak bir ortağın ortaklığa ait zarardan tamamen hariç tutulabileceğine hükmedilmekteydi ki bu durumda bir *donatio* (bağışlama) kabul edilmemekteydi. Nitekim bir ortağın emeği taraflar arasında bu yönde bir anlaşmayı geçerli kılabilmekteydi. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere, bir ortağın kazançtan tamamen hariç tutulması düşünülemezdi. Zira bu durumda *societas leonina* söz konusu idi.³⁴

Societas'ın bir iyiniyet sözleşmesi³⁵ olması, taraflar arasındaki ka-

³⁰ Roma hukuku kaynaklarında iş görme faaliyetinin karşılığı olarak *opera* kavramının kullanıldığı anlaşılmaktadır. *Opera* aynı zamanda hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturan insan faaliyeti anlamına gelmektedir. Özcan Karadeniz, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s. 37.

³¹ Starace, *Lucri et Damni*, s. 10; Di Marzo, *Roma*, s. 447; Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuk* s. 242; Umur, *Ders Notları*, s. 372.

³² Zimmermann, *Obligation*, s. 458.

³³ Starace, *Lucri et Damni*, s. 10; Buckland, *Text-Book*, s. 508.

³⁴ Buckland, *Text-Book*, s. 508.

³⁵ *Societas* gibi rızâî sözleşmelerde tarafların sorumluluğuna ilişkin esası *bona fides* (iyiniyet) oluşturmaktadır. Bu tür sözleşmelerde *fides*'in gereği olarak tarafların sadakat, dürüstlük, söze bağlılık gereğince sorumlu tutulması söz konusudur. *Bona fides* ilkesinin hukuka yansımaları praetor faaliyetleri sonucunda tanınan ve *iudicia bona fidei* olarak adlandırılan iyiniyet davalarıyla mümkün olmuştur. Bu durum esasen usûl hukuku açısından önem arz etmektedir. İyiniyet sözleşmelerinde tarafların edimlerini ifa etmemesi durumunda *bona fides*'in gereği olarak somut olayın tüm özellikleri geniş takdir yetkisi ile değerlendirilmektedir. Böylece sözleşmeden kaynaklanan taleplerin yalnızca tarafların anlaştığı hususlar kapsamında değil, bunların yerel kullanımına, ticari örf ve adete göre belirlenmesi sağlanmaktadır. Bu sebeptendir ki *societas* gibi ticaret hayatı açısından önemli olan borç ilişkilerinden doğan davalar bu niteliği taşımaktadır. Rado, *Borçlar*, 36; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, s. 70-73. Bkz. *Iust. Inst.* 4.6.28: "Actionum autem qua-

zanca ve zarara katılma payları hususundaki anlaşmanın makul ve adil olması anlamına gelmemektedir. Benzer şekilde, *societas*'ın geçerliliği, *societas*'a sunulan katkı ile *societas*'tan elde edilen kazancın eş değerde olması şartına bağlı değildir. Sözleşmenin iyiniyet kurallarına tâbi olması, taraflar arasındaki paylar hususundaki anlaşmanın üstünlüğünü ifade etmektedir. Bu nedenle taraflar arasında kazancın ve zararın paylaşılması hususunda anlaşma mevcut değilse, söz konusu paylaşımın eşit olması gerektiği fikri kabul görmüştü. Benzer şekilde, taraflar bir ortağın kazancın üçte ikisine, diğerinin üçte birine katılacağını kararlaştırabilirdi. Aynı gerekçeyle bir ortağın zarara katılanmadan sadece kazançtan pay alabilmesi kabul edilmektedir.³⁶

Roma hukukunda bir ortağın zarara katılmadan yalnızca kazanca katılabileceği yönündeki ilke, çağdaş hukukumuzda ortaklığa yalnızca emeğini getirmiş ortak açısından geçerlidir. Gerçekten, TBK m. 623/III hükmünce, bir ortağın zarara katılmaksızın sadece kazanca katılacağına ilişkin anlaşmanın, ancak katılma payı olarak emeğini getiren ortak bakımından geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan çağdaş hukukumuzda *Servius Sulpicius*'un görüşünün bir ölçüde kabul gördüğünü söylemek yanlış olmaz.

E. Kazanca ve Zarara Katılımın Hakem Tarafından Belirlenmesi

Societas'ta kazanca ve zarara katılım payının hakem tarafından belirlenebilmesi taraflarca kararlaştırılabilmektedir.³⁷ Bu hususta *Proculus*'a ait metni incelemek gerekirse:

edam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. (...)” Bundan başka, bazı davalar iyiniyet (bona fides) ve bazıları dar hukuk (strictum ius) davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardır: satış, locatio conductio, vekâletsiz iş görme, vekâlet, saklama, societas, vesayet, kullanım öduncü, rehin, tereke paylaşımı, ortak mal paylaşımı, mirasa ilişkin istihkak davaları ile aestimatum'dan ve mal değişiminden doğan praescriptis verbis davası. (...).

³⁶ Zimmermann, Obligation, s. 457-458.

³⁷ Stein, Peter, “Roman Arbitration: An English Perspective”, Israel Law Review, C: 29, No: 1-2, 1995, s. 215-227; Buckland, Text-Book, s. 508; Gönenç, Societas, s. 65-66; İpek Sevdâ Söğüt, Roma Hukukunda Tahkim, İstanbul, XII Levha, 2011, s. 29.

D. 17.2.76 (Proculus libro quinto epistularum)

“Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. Existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat.”

Ortak arkadaşımız Nerva'nın ortaklıktaki paylarımızı belirlemesi şartıyla benimle bir ortaklık kurdunuz. Nerva sizin üçte bir, benim üçte iki oranında ortak olmamız yönünde karar verdi. Ortaklık kuralları açısından bunun geçerli olup olmadığını veya eşit paylarla ortak olup olmadığımızı soruyorsunuz. Kanaatimce, onun belirlediği paylara göre mi yoksa iyi bir insan (*bonus vir*) tarafından belirlenmesi gereken paylar için mi ortak olabileceğimizi sormanız daha isabetli olurdu. Esasen iki tür hakem vardır. İlki, karar hakkaniyete uygun olsun ya da olmasın uymamız gereken (tarafların anlaşmasıyla hakeme başvurduklarında gözlemlenen) durumdur. Diğeri ise, kararı verecek kişi açıkça belirlenmiş olsa bile, iyi bir kimsenin takdiline uygun olması gereken durumdur.

Metinden anlaşıldığı üzere ortaklar, kendileri dışında üçüncü bir kişinin, Nerva'nın, kazanca ve zarara katılım paylarını belirlenmesi hususunda anlaşmaktadırlar. Roma hukukunda *societas*'ta bu noktada ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümünün *bonus vir* tarafından çözüme kavuşturulması gerektiği kabul edilmektedir.³⁸

Metinde *arbiter* (hakem) kavramı iki farklı işlevi yerine getirmek üzere seçilen kişileri tanımlamak için kullanılmaktadır. *Societas* gibi taraflar arasında sıkı bir ilişkinin mevcut olduğu sözleşmelerde kazancın ve zararın ortaklar arasında paylaştırılması gibi önemli bir mese-

³⁸ Söğüt, Tahkim, s. 28.

leyi taraflar *arbiter* olarak tayin ettikleri kişinin çözmesini kararlaştırabilmekteydi.

Proculus'a ait metinde, hakem *Nerva*'nın kararı doğrultusunda, bir ortağın *societas*'a ait kazançtan, hak ettiğinden daha düşük pay aldığı iddiasında olduğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda *Proculus*, genellikle iki tür hakem olduğunu ve ortakların tayin ettikleri hakemin türüne göre kararına karşı çıkılabileceğini izah etmektedir.

Metinde ifade edildiği üzere tarafların aralarında anlaşarak hakem tayin ettikleri ilk durumda hakemin kararı kesin kabul edilmektedir ve taraflar bu karara uymakla yükümlüdür. İkinci durumda ise yalnızca *bonus vir*³⁹ sınırları dahilinde bir karar verilebilir ve bu kararın iyiniyet kurallarına uygun olmadığı ispat edilirse, kararın düzeltilmesi sağlanabilmektedir.⁴⁰

Bu doğrultuda *Proculus*'un bahsettiği ilk durumda *ex*⁴¹ *compromisso* tahkim söz konusudur. Bu yolla Romalılar hukuki uyuşmazlığı hakem yargılamasına havale etmek hususunda anlaşılmaktadırlar. Böylelikle taraflar belirledikleri bir hakemin (*arbiter ex compromisso*) aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesine rıza göstermektedirler ve hakemin vereceği karara (*sententia*) uyacaklarına dair anlaşılmaktadırlar.⁴²

Proculus'un bahsettiği ikinci durumda ise *bonus vir* tarafından gerçekleştirilen tahkim söz konusudur. Roma hukukunda bu tahkimin basit, genel, şekilsiz ve resmi olmayan bir tahkim türü olduğu kabul edilmektedir. Bu yolla taraflar, aralarında çözemedikleri ihtilafları, güvendikleri üçüncü kişiye, *bonus vir*'e, çözmesi için bırakmaktadırlar. İhtilaflı durumlarda *bonus vir*'in, hakkaniyete, dürüstlük kuralına, iyi bir kimseden beklenen davranışa ve yasalara uygun olacak şekilde karar vermesi beklenmektedir. Geçerli olabilmesi için verilen kararın bahsi geçen sınırlar dahilinde gerekli nitelikleri taşıması gerekmekte-

³⁹ Bonur vir, dürüst, namuslu ve güvenilir Roma vatandaşını ifade etmekteydi. Bonus vir, özellikle bona fides (iyiniyet)'e dayanan sözleşmelerde tarafların edimlerine ilişkin uyuşmazlıklarda güvenilir üçüncü kişi olarak karar verebilmekteydi. Berger, Dictionary, s. 767.

⁴⁰ Stein, Arbitration, s. 225-226.

⁴¹ Ex ekinin buradaki kullanımının “nedeni ile”, “gerekçesi ile”, “-e uygun olarak” gibi anlamları karşıladığı belirtilmektedir. Söğüt, Tahkim, s. 73.

⁴² Söğüt, Tahkim, s. 73-74.

dir. Aksi durumda *bonus vir*'e açılmak üzere taraflara dava imkânı tanınmaktadır.⁴³

Proculus'a ait metne dönmek gerekirse metinde *Proculus* ilk durumda *ex compromisso* tahkime, ikinci durumda ise *bonus vir* tarafından gerçekleştirilen tahkime atıfta bulunmaktadır.⁴⁴

Proculus'a ait devam eden iki metinde sorun çözüme kavuşmaktadır:

D. 17.2.78 (*Proculus libro quinto epistularum*)

“In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.”

Söz konusu olayda, iyi bir kimsenin kararına uyulması gerektiği kanaatindeyim, zira ortaklık davası iyiniyet davasıdır.

D. 17.2.79 (*Paulus libro quarto quaestionum*)

“Unde si Nervae arbitrium ita praevidetur, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.”

Bu nedenle, *Nerva* tarafından verilen karar isabetsizse ve kararın açıkça adaletsiz olduğu anlaşıyorsa, bu karar bir iyiniyet davası yoluyla düzeltilebilir.

Proculus'a ait üç metin birlikte değerlendirildiğinde, *societas*'ta ortakların kazanca ve zarara katılma hususunu hakeme bırakmalarının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. *Proculus*'un da vurguladığı gibi Roma hukuku kuralları gereği *societas* bir iyiniyet sözleşmesidir ve iyiniyet davaları ile korunmaktadır.⁴⁵ Taraflar belirledikleri hakemin kazancı ve zararı paylaştırmaya ilişkin kararının adil olmadığı düşünüyorsa, *Proculus*, burada tarafların *bonus vir* tahkim usûlünü tercih ettiklerini kabul etmektedir. Böylelikle taraflardan biri hakemin açıkça hakkaniyete uygun paylaşırma yapmadığını düşünüyorsa hakeme karşı bir iyiniyet davası açabilmektedir. Zira *bonus vir* tahkimde hakemin iyi ve güvenilir bir vatandaşın takdir sınırlarında karar verme-

⁴³ Söğüt, Tahkim, s. 22, 31-32.

⁴⁴ Stein, Arbitration, s. 225-226.

⁴⁵ Rado, Borçlar, 114.

si beklenmektedir.⁴⁶ Burada dikkat edileceği üzere hakemin kararına itiraz edilmemektedir. Nitekim söz konusu tahkim türünde hakemin kararına itiraz usûlü öngörülmemektedir. Bunun yerine hakeme dava açılabilmesi söz konusudur.

III- SOCIETAS LEONINA (ASLAN PAYI ORTAKLIĞI)

Roma hukukunda *societas*'ta ortaklardan birinin kazanca katılmaksızın sadece zarara katlanacağı yönündeki anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir.⁴⁷ Bu tür *societas*'lar Roma hukukunda *societas leonina* (aslan payı ortaklığı) olarak isimlendirilmektedir.

Societas leonina kavramına ilişkin kural, *Digesta*'da tek metinde ele alınmaktadır:

D. 17.2.29.2 (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*)

“Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem Leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.”

Aristo, Cassius'un kazancın bir ortağa, zararın ise diğerine ait olduğu bir ortaklığın kurulamayacağı görüşünde olduğunu ve bu tür ortaklığı aslan payı ortaklığı olarak adlandırdığını aktarmaktadır. Biz de ortaklardan birinin kazancı aldığı, diğerinin hiçbir kazanç elde etmediği, yalnızca zararı üstlendiği bu tür ortaklığın geçersiz olduğu düşüncesindeyiz. Zira ortaklardan birinin zarara katlandığı ancak ortaklıktan kazanç sağlamadığı bu ortaklık, son derece adaletsizdir.

Daha önce izah edildiği üzere *societas*'ta bir ortağın zarara katılmaksızın sadece kazanca katılıp katılamayacağı hususu Romalı hukukçular arasında tartışmalı bir meseleydi. Tartışmalar sonucunda

⁴⁶ Stein, *Arbitration*, s. 226; Buckland, *Text-Book*, s. 508.

⁴⁷ Di Marzo, *Roma*, s. 448; Honig, *Roma*, s. 135; Rado, *Borçlar*, s. 114; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 243; Umur, *Ders Notları*, s. 372; Erdoğan, *Borçlar*, s. 97; Gönenç, *Societas*, s. 67; Akıncı, *“Societas”*, s. 141; Şener, *“Ortaklık”*, s. 724; Birks, *Obligations*, s. 111.

bu türden anlaşmaların geçerli olduğu baskın olarak kabul edilmişti. Bununla birlikte, bir ortağın sadece zarara katlanacağı fakat kazanca katılmayacağı yönündeki anlaşmalar *Ulpianus*'a ait metinden de anlaşıldığı üzere Roma hukukunda geçersiz (*nullum est*) kabul edilmişti.

Roma hukuku kurallarına göre *societas*'ta her bir ortak en azından bir miktar kazanç elde etmelidir. Aksi durumda Roma hukukunda ortaklık kavramından bahsedebilmek mümkün değildir. Bir ortağın sadece zarara katlanacağı yönündeki bir anlaşmanın ortaklığın doğasına aykırı ve adaletsiz olduğu kabul edilmektedir.⁴⁸

Dikkat edileceği üzere *societas leonina* terminolojisi tek hukukçuya aittir. *Ulpianus*'a ait *Digesta* metninden anlaşıldığı kadarıyla *Ulpianus*, *societas leonina* kavramını sadece alıntılama ve bu ifadenin öğrencisi *Titius Aristo* aracılığıyla *Gaius Cassius Longinus*'a atfedildiğini belirtmektedir.⁴⁹ *Aristo*'nun aktarımına göre *Cassius*, bir ortağın kazançlardan yararlanırken diğer ortağın sadece zararlara katlandığı bir ortaklık kurulmasını kabul etmemektedir. *Ulpianus* ise *Cassius*'un bu husustaki görüşlerini paylaşarak böyle bir ortaklığın geçersizliğine işaret etmektedir.

Öyleyse hukukçu *Cassius*, *societas leonina* kavramını nasıl ortaya koymuş olabilir?

Doktrinde genellikle kabul edildiği üzere *societas leonina* kavramı, *Phaedrus*'un *Vacca et Capella*, *Ovis et Leo* (İnek, Keçi, Koyun ve Aslan) isimli *fabula*⁵⁰'sına dayanmaktadır.⁵¹

Phaedrus'un *fabula*'sını incelemek gerekirse:

⁴⁸ Zimmermann, *Obligations*, s. 459.

⁴⁹ Forlani, "il Leone", s. 148.

⁵⁰ Fabula kavramı Latince söylemek (fari) fiilinden türetilmiştir ve masalları, öyküleri ve halk arasındaki anlatıları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Fabula, kahramanları hayvanlar ya da nesneler, bir ölçüde insanlar ve tanrılar olan küçük öyküdür. Fabula ile katı öğütler vermek yerine düş gücü kullanılarak canlı, renkli ve küçük oyunlarla iynin, güzelin ve doğrunun gösterilmesi amaçlanmaktadır. Tütün ilk temsilcisi Yunanca düzyazılarıyla masallar yazan Küçük Asyalı Aisopos'dur. *Gaius Iulius Phaedrus*, Masallar, çev. Güngör Varınlıoğlu, İstanbul, YKY, 2007, s. XI.

⁵¹ Kaser, *Roman Private Law*, s. 226; Buckland, *Text Book*, s. 508; Zimmermann, *Obligations*, s. 459; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 244; Di Marzo, *Roma*, s. 448; Gönenç, *Societas*, s. 68; Koschaker/ Ayiter, *Modern Özel Hukuk* s. 242.

Vacca et Capella, Ovis et Leo

*“Numquam est fidelis cum potente societas.
Testatur haec fabella propositum meum.
Vacca et capella et patiens ovis iniuriae
socii fuere cum leone in saltibus.
Hi cum cepissent cervum vasti corporis,
sic est locutus, partibus factis, leo:
“Ego primam tollo nomine hoc quia rex cluo;
secundam, quia sum consors, tribuetis mihi;
tum, quia plus valeo, me sequetur tertia;
malo adficietur, si quis quartam tetigerit”.
Sic totam praedam sola improbitas abstulit.”*

İnek ve Keçi, Koyun ve Aslan

Güçlü biriyle yapılan ortaklığa asla güven olmaz
İşte bu masal sözlerimi kanıtlar
Bir inek, bir keçi ve sebatkâr koyun
Aslanla ortaklık kurmuşlar
Ormanda kocaman bir geyik yakaladıklarında
Paylaşıırken avı şöyle demiş aslan:
“İlk pay benimdir çünkü kral derler bana
Ortak olduğum için ikincisini de bana vereceksiniz
Güçlü olduğum için üçüncüsünü almak yine bana düşer
Her kim dördüncüye el uzatırsa başı beladan kurtulmaz”
Böylece vicdansız, avın tamamını alıp götürmüş.

Phaedrus' a ait *fabula'* da kahramanları inek, keçi, koyun, aslan olan ve bir geyiğin yakalanmasıyla ormanın kralının avın tamamına el koyduğu bir ortaklık tasvir edilmektedir.

Daha önce de vurgulandığı üzere *Digesta'*da sadece bir metinde⁵² *societas leonina* kavramı bahis konusu edilmektedir. Buradan hareketle Romalı hukukçular arasında kavramın yaygın olarak kullanılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.⁵³ Bir ortağın hiç kazanç elde etmeden sadece zarara katlandığı ortaklığı “aslan payı ortaklığı” olarak ifade etmenin son derece özgün olduğu ortadadır. *Cassius'*un aklındaki ortaklarının haklarını suistimal ederek tüm kazancı kendisine mal eden aslan sahnesi, bu nedenle bizi *Cassius'*un bir masaldan bahsettiği düşüncesine götürmektedir.⁵⁴

Masallar genellikle çocuklukta öğrenilir ve yetişkinlikte de memnuniyetle hatırlanabilir. Dolayısıyla *Cassius'*un çocukluğunda öğrendiği bir masalı anımsıyor olması ihtimal dahilindedir.⁵⁵ Bununla birlikte, yetişkin *Cassius'*un, *Phaedrus'*un masallarını dikkatle incelemesi ve ikilinin yollarının kesişmesi için esasen başka bir sebep olduğu düşünülmektedir.⁵⁶

⁵² Bkz. D. 17.2.29.2

⁵³ Forlani, “il Leone”, s. 147.

⁵⁴ Guarino, “La Società”, s. 20-21.

⁵⁵ Guarino, “La Società”, 21.

⁵⁶ *Cassius'*un *Phaedrus'*tan ziyade, eserleri Roma'da yaygın olarak bilinen *Aisopos'*tan esinlenmiş olması fikri göz ardı edilemez. Bununla birlikte, *Aisopos'*a ait masal ile *Phaedrus'*a ait masal birbirinden büyük ölçüde farklıdır ve *Aisopos'*un masalındaki üç hayvan arasındaki ortaklık ilişkisi, D.17.2.29.2 metnindeki şekliyle *societas leonina* kavramı olarak tanımlanmaya daha az elverişlidir. Nitekim *societas leonina* kavramı için doktrinde genellikle *Phaedrus'*un fabula'sına atıfta bulunmaktadır. Forlani, “il Leone”, s. 150. *Aisopos'*a ait “Aslan, Eşek ve Tilki” masalı ise şöyledir: Bir aslan, bir eşek ve bir tilki ava çıkmışlar. Büyük bir av yakaladıklarında aslan eşeğe bunu paylaşmasını emretmiş. Eşek avı üç eşit parçaya böldükten sonra aslana kendi payını seçmesini önerdiğinde aslan çileden çıkmış, sonra eşeği yemiştir. Aslan daha sonra tilkiye avı paylaşmasını emretmiş. Tilki ise koca bir parçayı aslana, kendine ise ufak bir parça ayırmış. Aslan “Sana böyle paylaşmayı kim öğretti” diye sorunca tilki, “Eşekin kaderi!” diye cevap vermiş. Metin İngilizce'den çevrilmiştir. bkz. Brian Møller Jensen, “Societas Leonina or the Lion's Share An Analysis of Aesopica 149, Phaedrus I.5 and Babrius I.67”, *Acta Philologica Suecana*, 2004, C. 102, S. 2, s. 98. Masalda aslanın, avı üç eşit parçaya bölen eşeği yedikten sonra, küçük de olsa bir parçayı tilkiye bırakması ve tilkinin kurnazlığını takdir ettiğini göstermesi önemli bir detaydır. Forlani, “il Leone”, s. 152. Bu noktada aslanın tilkiye sembolik de olsa avdan pay vermesi bağışlama olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle *Aisopos'*un masalının *societas leonina* vasfını taşımadığı söylenebilir. Zira ortaklardan birine az da olsa kazançtan pay verilmektedir. Roma hukuku kaynaklarında *societas* bakımından bunun mümkün olup olmadığı kesin değildir. Satış sözleşmesi ve kira sözleşmesi gibi diğer rızai sözleşmelerde nummo uno (bir adet madeni para) tutarında satış bedeli veya kira bedeli belirlendiği durumlarda bunun donatio (bağışlama)'ya benzediği kaynaklarda belirtilmektedir. Bk. D. 18.1.36 ve D. 19.2.46. *Phaedrus'*un masalı ile karşılaştırıldığında *Aisopos'*a ait masalda eşek

Gaius Iulius Phaedrus hakkında fazla bilgi bulunmamakla birlikte, *Phaedrus*'un *Augustus*'un azatlısı olduğu düşünülmektedir.⁵⁷ *Phaedrus* kendi döneminde Roma yazınında yeri olmayan *fabula* türünün uygulayıcısı olmuştur ve *Aisopos*'tan devraldığı geleneğe⁵⁸ yön vermiştir. *Aisopos*'un masallarından bazılarını Latinceye çevirmiştir ve onun masallarını örnek alarak kendisi özgün eserler ortaya koymuştur.⁵⁹

Fabula, *Phaedrus* için yaşadığı çağdaki kusurları yerme aracı halini almıştır. Yayımlanan ilk iki kitabındaki masallar⁶⁰ nedeniyle *Phaedrus*'a, *Seianus*⁶¹'u hicvettiği iddiasıyla dava⁶² açılmıştır.⁶³ Doktrinde bu noktada belirli kronolojik olaylar dizisine dayanarak, *Phaedrus*

ve tilki gibi farklı hayvanların kahraman olarak seçildiği görülecektir. Yine *Phaedrus*'a ait masalda dört, *Aisopos*'uninde üç kahraman bulunmaktadır. Doktrinde ayrıca, *Phaedrus* tarafından inek, keçi ve koyun gibi herbivor (otçul beslenen) üç hayvanın seçilmesi manidar bulunmaktadır. Nitekim herbivor üç hayvanın av olarak yakalanan geyik ile beslenemeyecekleri aşikârdır. Öyle ki avın paylaşımı hususunda uyumsuzluk çıkmış ve aslan kendini bir hukukçuya teslim etmiş olsaydı, avın tamamının aslana ait olduğu şüphesiz kabul edilirdi. Guarino, "La Societ ", s. 27-28.

⁵⁷ *Phaedrus*'un savaş esiri olarak Roma'ya geldiği düşünülmektedir ve *Augustus*'tan sonra *Tiberius*, *Caligula*, *Claudius* ve *Nero* dönemlerini de gördü tahmin edilmektedir. *Phaedrus*, *Masallar*, s. XX. Karşıt görüş ve konu hakkındaki tartışmalar için ayrıca bkz. Edward Champlin, "Phaedrus the Fabulous", *The Journal of Roman Studies*, 2005, C. 95, s. 98 vd. Enrica Sciarrino, "What 'lies' behind Phaedrus' Fables", *Private and Public Lies The Discourse of Despotism and Deceit in the Graeco-Roman World*, der. Andrew J. Turner/James H. Kim On Chong-Grossard/Frederik Juliaan Vervaet, C. II, Leiden-Boston, Brill, 2010, s. 231 vd.

⁵⁸ *Phaedrus*, I. Kitabındaki konuları, auctor (ilk adımı atan) olarak adlandırdı *Aisopos*'tan almıştır. *Phaedrus*, *Masallar*, s. XXI.

⁵⁹ *Phaedrus*, *Masallar*, s. XX.

⁶⁰ Bkz. "Güneş ile Kurbağalar" ve "Kral İsteyen Kurbağalar"

⁶¹ *Praefectus praetorio* olarak görev yapm  , imparator *Tiberius*'a yak nl  yla bilinen devlet adamı. Ayrıntılı bilgi için bkz. H. W. Bird, "L. Aelius Seianus and His Political Significance", *Latamus*, 1969, C. 28, S. 1, s. 61.

⁶² Bu davanın *actio iniuriarum* olduğu düşünülmektedir. Ne quid infamandi causa fiat'a ilişkin beyannameyle bir kimsenin, bir kişinin şerefine ve itibarına karşı gerçekleştirdiği her türlü saldırı cezalandırılmaktadır. Gerçekten D. 47.10.15.27'de Beyanname kapsamında başkasının itibarını zedeleyecek davranışlara alaycı bir yazı yazmak, bir kimsenin onurunu zedeleyecek şekilde bir şey yayımlamak ya da  arkı söylemek örnek gösterilmiştir. Guarino, "La Societ ", s. 23. Ne quid infamandi causa fiat'a ilişkin beyanname hakkında bkz. Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Iniuria*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 153 vd. Alaz Tarhan, *Roma Hukukunda Iniuria* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019, s. 85 vd.

⁶³ Guarino, "La Societ ", s. 23.

ile *Seianus* arasındaki hukuki uyumsuzluk ile *Cassius*'un dönemin ünlü bir hukukçusu olması ve *praetor*'luk makamı nedeniyle ilgilendiği, böylelikle *Phaedrus*'un *fabula*'larını incelediği ifade edilmektedir.⁶⁴ Meselenin *Cassius*'un konuya dahil olmasıyla *Phaedrus*'un aleyhine olmayan bir şekilde çözüme kavuştuğu tahmin edilmektedir.⁶⁵

Kavramın kökenini tam olarak aydınlatılabilmek mümkün olmakla birlikte, Romalı hukukçular *societas*'ta ortaklardan birinin kazançtan hiç pay almayacağı yönündeki anlaşmaların geçersiz olduğunu düşünmekteydiler. Öyleyse neden bu türden bir anlaşma *societas*'ın doğasına aykırı ve adaletsiz kabul edilmekteydi?

Roma hukukunda *societas*'ın kökeninde miras ortaklığı bulunmaktadı. Bu nedenle *societas*'ın *fraternitas* (kardeşlik) fikrine dayandığı genellikle kabul edilmektedir.⁶⁶

Söz konusu miras ortaklığı Roma hukukunun arkaik evresinde *pater familias*'ın ölümü üzerine aile malvarlığının bölünmeden yönetilmesi ve korunması amacına hizmet etmekteydi. Böylelikle aile evlatları kader birliğiyle hareket etmekte ve kendilerine miras kalan malları birlikte yönetmekteydiler. Roma toplumunda bu tür ortaklıkların giderek önemini yitirmesiyle ve yabancılar ile Romalılar arasındaki ticari ilişkilerin gelişmesiyle birlikte, bahsi geçen miras ortaklığı model alınarak ve kardeşler arasındaki kurallar (*ius fraternitas*) gözetilerek, iyiniyet kuralları çerçevesinde rızaî bir sözleşme olarak *societas*'lar gelişim göstermişti. Bu nedenle bir ortağın kazançtan pay almadan sadece zarara katlandığı bir ortaklığı Romalı hukukçuların kabul etmesi mümkün değildi. Zira böylesine adaletsiz bir ortaklık, kardeşlik hukukuna uygun olmazdı.⁶⁷

⁶⁴ Guarino, "La Società", s. 23.

⁶⁵ Forlani, "il Leone", s. 150.

⁶⁶ Honig, Roma, s. 134. D. 17.2.63 pr. (Ulpianus libro 31 ad edictum): "Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat." Sabinus'un görüşü doğrudur, ortaklığın bütün mallar üzerinde (universorum bonorum) değil de tek bir mal (societas unius rei) hakkında olduğu durumlarda bile ortakların ödeme güçlerine göre ya da hileyle ödemekten kaçındıkları miktar tutarınca mahkum edilmeleri gerekmektedir. Ortaklık, bir anlamda kardeşliğe benzediği için bu son derece makuldur.

⁶⁷ Roma hukukunda miras ortaklığı, *societas* ve *fraternitas* kavramları arasındaki

Kavramın Roma hukukundan sonraki gelişimi incelendiğinde glossatorların⁶⁸ ve commentatorların⁶⁹ da *societas leonina* kavramıyla ilgilendikleri anlaşılmaktadır.⁷⁰

Çağdaş hukukumuzda da Roma hukukundaki gibi aslan payı ortaklıkları kabul edilmemektedir. Zira taraflardan birinin sadece zarara katılacağına yönelik anlaşma, taraflar arasındaki ilişkinin ortaklık olarak nitelendirilmesini engellemektedir. Nitekim bu gibi hallerde ortak amaç unsuru yönünden ortaklığın sakat olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte, doktrinde bu yolla tarafların başka bir hukuki işlemi amaçladıklarının kabullüyle anlaşmanın niteliğine göre garanti taahhüdü, bağışlama ve kefalete ilişkin hükümlerin uygulanabileceği yönünde görüşler de mevcuttur.⁷¹

ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Söğütlü, Roma Özel Hukuku, s. 518-519; Rado, Borçlar, s. 111; Gönenç, Societas, s. 15-16; Bretone, "Consortium", s. 165; Emilio Betti, Istituzioni di Diritto Romano, Volume Primo, Padova, Cedam, 1947, s. 426-427; Marina Evangelisti, "Sull'origine Policentrica della Societas Consensus Contracta", Liber Amicorum per Massimo Bione, Milano, 2011, s. 204-205; Ali Selkor Atak, "Consortium Ercto Non Cito", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul, Beta, 2011, s. 31, 35-36.

⁶⁸ Bologna Hukuk Okulunda 12. yüzyıl başlarından itibaren skolastik doktrine göre faaliyet gösteren hukukçulara verilen isimdir. Umur, Lügat, s. 79.

⁶⁹ 13. ve 15. yüzyıllar arasında skolastik doktrine göre faaliyet gösteren hukukçulara verilen isimdir. Glossatorların aksine Roma hukukunun uygulamada yeniden geçerli kılınmasına ve pratik amaçlara yönelik çalışmalara ağırlık vermişlerdir. Erdoğan, Roma, s. 82.

⁷⁰ Societas leonina'nın geçersizliği hususundaki tartışmalar Roma hukukunun Klasik Dönemi'nden sonra da varlığını sürdürmüştür. Bu kapsamda kazancın ve zararın ortaklar arasında paylaşılması ve societas leonina hakkındaki tartışmalara öncelikle Glossatorlar tarafından katkı sağlanmıştır. Glossatorlar *lucrum* (kazanç) ve *damnum* (zarar) terimlerinin anlamını izah etmeye odaklanmışlardır. Ayrıca, günümüze ulaşan eserlerinden anlaşıldığı kadarıyla Glossatorlar da societas leonina'yı geçersiz kabul etmişlerdir. Yine Glossatorlar, ortaklıkta ortaklardan birinin kazancın çok büyük bir kısmına sahip olmakla birlikte diğer ortağın *nummo uno* (bir adet madeni para) tutarında bir pay vererek societas leonina'nın geçersizliğini bertaraf etme imkânını tartışmışlardır. Bundan başka Commentatorlar da societas leonina hakkındaki tartışmalara katılmışlardır. Commentatorlardan Baldus de Ubaldis, ortaklardan birinin kazancın tamamını aldığı ve diğer ortağın zarara katıldığı ortaklıkların societas leonina olarak isimlendirildiğini ve bu türden ortaklıkların geçersiz olduğunu belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tomasz Palmirski, "The Societas Leonina in the Work of Commentators", *Zeszyty Prawnicze*, 2018, C. 18, S. 4, s. 248 vd.

⁷¹ Tartışmalar hakkında bkz. Şener, "Ortaklık", s. 726.

SONUÇ

Çağdaş hukukumuz adi ortaklıkta ortakların kazanca ve zarara katılımı hususunda büyük ölçüde Roma hukukundaki ilkeleri takip etmektedir.

Gerek Roma hukuku gerek çağdaş hukukumuz bakımından taraflar arasında kazancın ve zararın paylaşılması hususundaki anlaşma kuralı olarak geçerli kabul edilmektedir. Tarafların bu hususta bir anlaşma yapmamaları durumunda kazanca ve zarara katılım payının, ortaklığa katılımın türüne veya değerine bakılmaksızın, eşit olduğu Roma hukukunda olduğu gibi çağdaş hukukumuzda da kabul edilmektedir. Bazı durumlarda tarafların kazanç veya zarar bakımından katılım payını belirlemedikleri bilinmektedir. Roma'da *societas* henüz kurulduğunda ortakların, zarar elde etme ihtimalini göz önünde bulundurmamaları nedeniyle genellikle kazanca katılım payını belirledikleri fakat zarara katılım payını belirlemeyi ihmal ettikleri bilinmektedir. Bu noktada taraflar sadece kazanca katılım payını belirlediyse fakat zarara katılım payını belirlemedilerse, kazanca katılım payının zarara katılım payı için de geçerli olduğu prensibi kabul edilmektedir. Benzer şekilde, sözleşmede sadece zarara katılım payı taraflar arasında belirlendiyse fakat kazanca katılım payı belirlenmediyse, zarara katılım payının, kazanca katılım payı ile aynı olduğu kabul edilmektedir. Roma hukukunda geçerli olan bu prensip, çağdaş hukukumuzca da kabul edilmektedir. *Societas*'ta kazanca ve zarara katılımın eşit olması da mümkündür. Bununla anlatılmak istenen ortaklardan birinin kazanca daha çok katılıp zarara daha az katılması durumudur. Romalı hukukçular arasında bu durum tartışma konusu olmuştur. Nitekim bunu *societas*'ın doğasına aykırı bulanlar olduğu gibi kabul edenler de vardır. Nihayetinde ortaklardan birinin zarara daha az katılırken kazanca daha fazla katılabilmesinin mümkün olduğu, Roma hukukunda baskın görüş olarak kabul edilmiştir. Dahası bir ortağın zarara hiç katılmadan yalnızca kazanca katılabileceği de Roma hukukunda kabul edilmiştir. Roma hukukunda bir ortağın zarara katılmadan yalnızca kazanca katılabileceği yönündeki bu ilke, çağdaş hukukumuzda ortaklığa yalnızca emeğini getirmiş ortak açısından geçerlidir. Roma hukukunda *societas*'ta kazanca ve zarara katılım payının ortaklar yerine hakem tarafından belirlenebilmesi de ayrıca kabul edilmiştir. Son olarak, ortaklardan birinin kazanca katılmaksızın sadece zarara katla-

nacağı yönündeki *societas leonina* (aslan payı ortaklığı) olarak adlandırılan anlaşmalar, hem Roma hukukunda hem çağdaş hukukumuzda geçersiz kabul edilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Arangio-Ruiz Vincenzo, *La Società in Diritto Romano*, Napoli 1950
- Atak Ali Selkor, “Consortium Ercto Non Cito”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul, Beta, 2011, s. 19-38
- Berger Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953
- Berki Şakir, *Roma Hukuku*, Ankara, 1949
- Betti Emilio, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume Primo, Padova, Cedam, 1947
- Birks Peter, *The Collected Papers of Peter Birks The Roman Law of Obligations*, der. Eric Descheemaeker, Oxford, Oxford University Press, 2014
- Buckland William Warwick, *A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975
- Di Marzo Salvatore, *Roma Hukuku*, çev.: Ziya Umur, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959
- Diósdi György, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970
- Erdoğan Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2005
- Erdoğan Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2022
- Erdoğan Belgin, *Roma Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992
- Evangelisti Marina, “Sull’origine Policentrica della Societas Consensu Contracta”, *Liber Amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, s. 193-209
- Frezza Paolo, “L’istituzione della Collegialità in Diritto Romano”, *Studi in Onore di Siro Solazzi nel Cinquantesimo Anniversario del suo Insegnamento Universitario*, Napoli, Eugenio Jovene, 1948, s. 507-541
- Gönenç Fulya İlçin, *Roma Hukukunda Şirket Akti*, İstanbul, Der Yayınları, 2004
- Honig Richard, *Roma Hukuku Dersleri*, Çev.: Şemseddin Talip, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası, 1935
- Karadeniz Çelebican Özcan, *Roma Eşya Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015
- Karadeniz Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976
- Karagöz Havva, “Digesta’nın Hazırlanma Şekli ve Sistematığı Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul, Der Yayınları 2011, s. 135-154
- Kaser Max, *Roman Private Law*, çev.: Rolf Dannenbring, Pretoria, Gutenberg Book Printers, 1984

- Koschaker Paul/Ayiter Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukunun Ana Hatları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977
- Maschi Carlo Alberto, Disertiones, Ricerche Intorno alla Divisibilità del Consortium nel Diritto Romano Antico, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1935
- Mousourakis George, Roman Law and the Origins of the Civil Law, Cham, Springer, 2015
- Phaedrus Gaius Iulius, Masallar, çev. Güngör Varınlıoğlu, İstanbul, YKY, 2007
- Rado Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014
- Sciarrino Enrica, "What 'lies' behind Phaedrus' Fables", Private and Public Lies The Discourse of Despotism and Deceit in the Graeco-Roman World, der. Andrew J. Turner/James H. Kim On Chong-Grossard/Frederik Juliaan Vervaeke, C. II, Leiden-Boston, Brill, 2010, s. 231-248
- Söğüt İpek Sevdâ, Roma Hukukunda Tahkim, İstanbul, XII Levha, 2011
- Söğüt Erişgin Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara, Seçkin, 2016
- Söğüt Özlem, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021
- Şener Oruç Hami, "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Yayına Hazırlayan: Abuzer Kendigelen, C. 1, İstanbul, Beta, 2002, s. 703-764
- Tahiroğlu Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2023
- Tahiroğlu Bülent, Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969
- Tarhan Alaz, Roma Hukukunda Iniuria (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019
- Uçaryılmaz Talya Şans, Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019
- Umur Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, Beta Yayın, 1990
- Umur Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975
- Westrup Carl Wium, Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, III. Patria Potestas, Copenhagen, Oxford University Press, 1939
- Zimmermann Reinhard, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, Juta and Co, 1992

Makaleler

- Akıncı Şahin, "Roma Hukuku'nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku'na Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan), 1996, C. 5, S. 1-2, s. 137-151
- Bird H. W., "L. Aelius Seianus and His Political Significance", *Latamus*, 1969, C. 28, S. 1, s. 61-98
- Bretone Mario, "Consortium e Communio", *LABEO*, 1960, C. 6, s. 163-215

- Champlin Edward, "Phaedrus the Fabulous", *The Journal of Roman Studies*, 2005, C. 95, s. 97-123
- Forlani Veronica, "Se il Leone Concede Qualcosa: Brevi Note in Tema di Societas Leonina", *Tesserae Iuris*, 2021, C. II, S. 1, s. 147-158
- Jensen Brian Møller, "Societas Leonina or the Lion's Share An Analysis of Aesopica 149, Phaedrus I.5 and Babrius I.67", *Acta Philologica Suecana*, 2004, C. 102, S. 2, s. 97-104
- Karadeniz Özcan, "Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1968, C. 25, S. 3-4, s. 179-194
- Tomasz Palmirski, "The Societas Leonina in the Work of Commentators", *Zeszyty Prawnicze*, 2018, C. 18, S. 4, s. 247-258
- Starace Pia, "Partes Lucri et Damni tra Societas Leonina e Societas Donationis Causa: Questioni di Nullità", *Teoria e Storia del Diritto Privato Rivista Internazionale Online*, 2020, S. 13, s. 1- 35
- Stein Peter, "Roman Arbitration: An English Perspective", *Israel Law Review*, 1995, C. 29, S. 1-2, s. 215-227
- Tahiroğlu Bülent, "Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri", *İÜHFM*, 1981, C. 45, S. 1-4, s. 677-706
- Türkoğlu Özdemir Gökçe, "Roma Hukukunda Actio de Peculio", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 7, S. 2, s. 103-135
- Watson Alan, "Consensual Societas Between Romans and the Introduction of Formulae", *RIDA*, 1962, C. 9, S. 3, s. 431-436

İnternet Kaynakları

<https://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>

<https://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>