

ROMA VE TÜRK HUKUKU'NDA AİLE FİDEİKOMİSİ (FIDEICOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM) KAVRAMI*

THE CONCEPT OF FAMILY FIDEICOMMISSUM
(FIDEICOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM)
IN ROMAN AND TURKISH LAW

İpek Sevda SÖĞÜT**

Özet: *Fideicommissum familiae relictum*, bir kimsenin irade açıklamasıyla, malvarlığında bulunan bir malı veya terekesinin tamamını, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bulunulmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir. Bu kavram, Medeni Hukuk literatüründe “aile fideikomisi” olarak yer alarak, Türk Medeni Kanunu’nda yasaklanmıştır. Bu çalışma ile öncelikli olarak, doktrinde “aile fideikomisi yasağı” olarak nitelendirilen bu düzenlemenin yer aldığı aile vakfı kavramını ortaya koyabilmek bakımından Roma Hukuku’nda “vakıf” müessesesi üzerinde durulmuştur. Çalışmanın devamında ise, aile fideikomisi kavramının, Roma Hukuku’ndaki kökeni olan, *fideicommissum familiae relictum* açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmanın son kısmında ise, Türk Hukukunda aile fideikomisi yasağı üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Aile Vakfı, Aile Fideikomisi, *Fideicommissum*, Belirli Mal Bırakma, Artmıracı Atama, Aile Fideikomisi Yasağı

Abstract: *Fideicommissum familiae relictum*, is the allocation of a property or all his estate to a family according to the foreseen order of succession by means of a will that prohibits the disposal of the property. This concept taking place in the Civil Law literature as a “family *fideicommissum*” and was prohibited by Turkish Civil Code. With this study, in order to put forward the concept of family foundation, which includes the regulation defined as “prohibition on family *fideicommissum*” in the doctrine, institution of “founda-

* Bu konuda bir çalışma yapmama dair düşünce, Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht/Hamburg’ta biraraya geldiğimiz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden arkadaşım ve meslektaşım, Doç. Dr. Sanem Aksoy Dursun’un önerisi ve teşviki ile oluşmuş olup sonrasında, kendisinin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde vermekte olduğu doktora dersinde misafir öğretim üyesi olarak, çalışmanın taslak halini sunma imkânı olmuştur. Bu vesile ile, çalışmama önerisi ile destek olan, bu konuda fikir alışverişinde bulunduğum değerli meslektaşına teşekkürlerimi sunarım.

** Dr. Öğr. Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, ipekss@khas.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3501-6593, Makale Gönderim Tarihi: 27.12.2019, Kabul Tarihi: 27.12.2019

tion” in Roman Law has been emphasized. In the continuation of this study, *fideicommissum familiae relictum*, which is the origin of the concept of family *fideicommissum* in Roman Law was tried to explain. In the last part of the study, prohibition on family *fideicommissum* in Turkish Law has been discoursed.

Keywords: Family Foundation, Family *Fideicommissum*, *Fideicommissum*, Specific Bequest, Substitutional Heir, Prohibition on Family *Fideicommissum*.

I. Genel Olarak Roma Hukukunda Vakıf Müessesesi

Tüzel kişilik¹ kazandırılarak, belirli bir amaca özgülenen malvarlıkları²

¹ Tüzel kişiler, kendilerini meydana getiren şahıslardan ayrı, bağımsızlığa ve hak ehliyetine sahip kişi ve mal topluluklarıdır. Bunlar çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadırlar: Medeni Hukuk alanında vakıf ve dernekler, Ticaret Hukuku'nda ticaret şirketleri ve Kamu Hukuku alanında ise, bakanlıklar ve belediyeler şeklindeki kamu tüzel kişileri olarak ortaya çıkmaktadırlar. Romalılar tüzel kişilik diye bir kavram geliştirmiş değillerdi. Ancak kolektif iradesi olan, özel malvarlığı bulunabilen topluluklar olabileceğini kabul etmişlerdi. Bununla beraber, Antik Roma'da bu topluluklara tüzel kişilik tanınmış değildir. Bunlar, üyelerinin tümünün birleşip iştirak halinde hak sahibi oldukları, seçilen organlar vasıtası ile faaliyet gösteren kuruluşlar olarak kabul ediliyorlardı. Bülent Tahirioğlu/Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 152. “İnsanlardan gayri da şahıslar mevcuttur; haklardan istifade ehliyeti yalnız insanlara tahsis edilmiş değildir. İnsanlar zayıf ve geçici mahlûklardır. İctimai hayat daha uzun müddetli ve kendisini teşkil eden şahısların mevcudiyetinden müstakil birtakım teşekküller doğurmaktadır. İşte devletler, belediyeler, iktisadi, siyasi, dini, içtimai, ilmi, hayırperver amaçlar takip eden birçok teşekküller hep bu mahiyette müstakil birtakım varlıklardır. İktisadi hayatta çok mühim bir rolü olan anonim şirketleri de bu meyanda zikredebiliriz. Bütün bu teşekküller ve yapılanmalar uzun müddetler devam etmek için kurulmuşlardır; bunları teşkil eden insanlar gelip geçtikleri halde, bunlar yine devam etmekte kalırlar... Fertlerden gayri olan ve müstakil varlıklar, teşekküller tarzında tezahür eden bu şahıslara, modern hukuk lisanında hükmi veya manevi şahıslar denilmektedir. Bu iki tabir de tamamıyla muvafık değildir. Çünkü (18. asrın nazariyelerinin mirası olan) manevi şahıs tabiri de, yalnız bu gibi teşekküllerin şahsiyetinin hukuk tarafından tanınmış olduğu zehabını uyandırıyor; halbuki... insanlar için de vaziyet aynıdır... Şahısların ikiye ayrılışının en doğru ve en tam şekli: ferdi şahıslar ve kolektif (müçtemi) şahıslar şeklinde olabilir”. Andreas B. Schwarz, Roma Hukuku Dersleri, Birinci Cilt, Tarihi Kısım ve Umumi Doktrinler, (çev. Türkan Basman), Kenan Matbaası, İstanbul 1943, s. 223-224.

² Malvarlığı kavramı, genel olarak, kişiye ait olan ve maddi değeri bulunan taşınır, taşınmaz eşya ile hakları ifade eder. Fakat bu genel tanım, malvarlığı teriminin bütün içeriğini açıklamak bakımından yetersiz olup; bir kimsenin aktiflerinin yanı sıra, borçlarının da malvarlığının kapsamına girip girmediği noktasında tartışmaya yol açar. Malvarlığı kavramı, bir kişinin maddi değeri olan hak ve borçlarının tümünü ifade eder. Bu görüşün gerekçesi olarak, malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulmasından bahsedildiği zaman bu hakkın taşınır, taşınmaz eşya ile birlikte, üzerinde intifa hakkı kurmaya elverişli hakları da kapsamı ileri sürülmektedir.

olarak ifade edilen “vakıf”³ (tesis) Klasik Roma Hukuku’nda bilinmiyordu. Nitekim eski çağlarda vakıflar, genellikle, yalnız güvene dayanan bir işlem şeklinde tanınıyordu. Esasen vakfa ayrılan malvarlığı bir yedimeine veriliyordu. Vakfın uzun süre devam etmesi sebebi ile, kural olarak, bu yediemin bir gerçek kişi değil, medeni haklardan yararlanan, belediye, mabet gibi bir kurum olurdu. Burada yeni bir tüzel kişilik meydana getirilmiyordu ve vakfa ait malvarlığı da, bir amaca bağlanmış olmuyordu. Hatta bu yediemin, aradaki ilişkiyi bozarak, malvarlığını başka bir şekilde kullanabilirdi.⁴ Bu bağlamda denilebilir ki, Roma Hukuku’nun ilk dönemlerinde de, vakıf müessesesi mevcut değildi. Hukuk alanında çok gelişmiş bulunan Romalılar, başlangıçta, bu müesseseyi pratik sahaya yani örf ve adete isnat ettirmişlerdi.⁵

Bugünkü anlamı ile tüzel kişilik kavramı, Antik Roma’da oldukça geç ortaya çıkmıştı. Uygulamada Roma halkı (*Populus Romanus*), korporasyonlar (loncalar) gibi insan toplulukları, tüzel kişilik olarak adedilmez ve bunlara ait mallar üzerinde, müşterek mülkiyet prensibi uygulanırdı.⁶ Ancak diğer yandan, bu toplulukların, kendilerini oluşturan

Bir malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulduğu zaman, bu durum ister istemez malvarlığının borçlarını da etkileyecektir. Bu bakımdan, malvarlığı kavramına borçlar da girmelidir. Sanem Aksoy Dursun, Eşya Kavramı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2012, s. 58-59. Roma Hukuku’nda malvarlığı kavramını karşılamak üzere patrimonium terimi kullanılmaktadır. Bkz. dn. 42.

³ Medeni Hukuk alanında, ekonomik ve özellikle de kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzel kişilikler dernek ve vakıftır. Vakıf, belirli bir amaca özgülenmiş mal topluluğunu ifade etmekle birlikte, Medeni Kanun’dan (MK) [Burada Medeni Kanun ile kastedilen, İsviçre’den iktibas edilen ve TBMM’de 17.02.1926’da kabul edilip, 04.10.1926 tarihinden yürürlüğe konulan, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’dir ve bu bakımdan kısaltması (MK) şeklinde yapılmıştır] önceki dönemin Vakıflar Hukuku, İslam-Osmanlı Hukukuna dayanmaktaydı. Bu bakımdan, MK’da vakıflara ilişkin düzenleme yapılırken, eski vakıflar için de bir düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur. Vakıflar Kanunu (13.07.1967 tarih ve 903 sayılı) ile vakıf kurumu yeniden düzenlenerek, “tesis” terimi kaldırılmıştır. Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 81.

⁴ Paul Koschaker/Kudret Ayiter, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir 1993, s. 99.

⁵ Bülent Köprülü, “Tarihte Vakıflar”, AÜHFD, C.8, S.3, 1974, s. 480.

⁶ Antik Roma’da birtakım cemiyetler, topluluklar (*collegia, societates*) mevcuttu. Örneğin, rahiplerin cemiyetleri, esnaf cemiyetleri gibi. Fakat bu topluluklar hukuk nazarında, insanlar gibi hak sahibi değillerdi. Bu topluluklar amaçlarının tahakkuku için, para veya mala ihtiyaç duyduklarında, bunlar doğrudan doğruya bir cemiyet olarak topluluğa değil, topluluğun üyelerine müştereken ait olurdu. Çünkü eski Romalılar, henüz insan topluluklarını manevi ve soyut bir kavram

fertlerden ayrı bir varlığı olduğu ve fertlerin tek başına, topluluk malvarlığıyla ilgilerinin bulunmadığı hukuki metinlerde ifade edilmekteydi:⁷

D. 3.4.7.1-2 (*Ulpianus libro decimo ad edictum*):

“Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.”

“Bir topluluğa bir şey borçlanılmışsa, bu üyelerine borçlanılmış değildir ve topluluğun borçlandığı şey, üyelerin borcu değildir.”⁸

“In decurionibus ... universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint...”

“Cemiyetler dahilinde azaların aynı kalmasının veya kısmen veya tamamen değişmesinin ehemmiyeti yoktur.”⁹

İlk İmparatorluk Dönemi (*Principatus*), Roma’da tüzel kişilik kavramının Kamu Hukuku sahasında geliştiği ve çoğaldığı bir dönemdir. Bu bağlamda ilk defa tüzel kişilik kavramına Roma Kamu Hukuku

olarak kabul etmiyorlardı. Gerçi birtakım malların kamuya aidiyeti kabul ediliyordu ve bu tür mallar, ticaretin dışında bırakılmış şeylerdi (*res extra commercium*). İşte bunun için Roma halkı, kamuya ait malların ve özellikle devlet arazisinin (*ager publicus*) sahibi kabul edildi ve ticaretin dışında bırakılmış şeyler de aynı zamanda kamu malı (*res publicae*) sayıldı. Roma halkı çok büyük bir insan topluluğu olması dolayısı ile hususi bir şahsiyet gibi kabul edilemezdi. Bundan başka, devletin kendi kendine bir hayata malik, hükmi bir şahsiyet olduğu fikri de henüz mevcut değildi. Özel Hukuk kuralları, Roma halkı ve Roma Devleti için uygulanamazdı. Richard Honig, Roma Hukuku, (çev. Şemseddin Talip), Matbaai Ebüzziya, İstanbul 1938, s. 152.

⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 152, dn. 62. D.1.8.6.1 (Marcianus libro tertio institutionum): “Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus”. “Tiyatro ve stadlar gibi sitelere müşterek olan şeyler fertlere değil, fakat cemiyete (universitas) ve bu misalde siteye aittir. Bu sebeple, beldeye ait olan bir köle, iştirak halinde vatandaşlara ait olmayıp, üniversitas’a aittir; bu sebeple ilahi kardeşler (M.S 161-169 seneleri arasında birlikte hükümdarlık eden Marcus Aurelius ve üvey kardeşi Lucius Verus) bir emirnamede (rescriptum), beldeye ait bir kölenin bir vatandaş leh veya aleyhine işkenceye konulabileceğini beyan etmişlerdir. Aynı şekilde beldenin azatlısı da, vatandaşlardan birine karşı mahkemeye müracaat edebilmek için beyannamenin hususi müsaadesine muhtaç değildir”. Schwarz, s. 225.

⁸ Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları, (Ders Notları), Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 179.

⁹ Schwarz, s. 224.

alanında yer verilerek, halkın müşterek hazinesi *magistra*¹⁰lar tarafından Roma halkı namına idare edildiği görülmektedir.¹¹ Roma Devleti (*Res publica*) yanında toprak esasına dayanan ve siyasi amaçlar taşıyan *civitates*,¹² *coloniae*,¹³ *municipia*¹⁴ gibi bazı varlıklar da hukuken tüzel kişilik sıfatını haizdi.¹⁵

Bağımsız birer kişilik anlamında tüzel kişilik olarak kabul edilip, ayrı ayrı isimlendirilen birtakım insan ya da mal toplulukları, hukuki bakımdan tek tek düzenlenmiştir. Kişi ya da mal toplulukları (*universitates*),¹⁶ dernek [*collegium*]¹⁷lar (mesleki dernekler), *sodalita-*

¹⁰ *Magistra(tus)*: Roma'nın çeşitli dönemlerinde devletin başında bulunan, büyük memurlara verilen isimdir. Özellikle, Krallık, Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinde, devlet idaresinin, senatus ve halk meclisleri ile birlikte, üç büyük organından biridir. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 131.

¹¹ Roma kavminin mameleki anlamında kullanılan *aerarium*'a karşılık, hükümdarın tasarrufunda bulunan ve devlet mameleki demek olan hazinenin (*fiscus*) de hak sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Fakat sonraları *fiscus* kavramı, *aerarium*'u da içine alarak; devlet mamelekinin, Özel Hukuk kaidelerinden müstakil olmasını izah eden imtiyazlar serisini muhafaza etmiş ve kendine has bir şahsiyet teşkil etmiştir. Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, (çev. Ziya Umur), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s. 55; Honig, s. 152, dn.31.

¹² *Civitas (civitates)*: Bir şehir sınırları dâhilindeki hayat içinde, hukuken teşkilatlanmış, hür insanlardan kurulu, İlk Çağın Akdeniz çevresi devlet topluluğudur. Örneğin, Roma Devleti camiası içine bir antlaşma (*foedus*) ile katılmış olan *civitas*'lar, *civitates foederatae*; mağlup edilmiş fakat Roma tarafından bir *lex civitatis* veya bir *senatus consultum* ile kendilerine belirli bir özerklik ve kendi özel hukuklarından yararlanma hakkı tanınmış olan *civitas*'lar ise *civitates liberae* olarak adlandırılır. Umur, *Lügat*, s. 37.

¹³ *Colonia (coloniae)*: Siyasi, askeri ve iktisadi amaçlarla, Roma'nın işgal etmiş olduğu topraklar üzerinde kurduğu ve Romalılar ile Latinlerin iskân edildiği şehirler. Umur, *Lügat*, s. 40.

¹⁴ *Municipium (municipia)*: Cumhuriyet idaresi sırasında merkezden idare edilmeleri güçleşen, idare ve yargı özerklikleri kendilerine bırakılmış, nispeten uzak yerlerdeki şehirler. Roma'dan gönderilen veya yerinde seçilen bir *magistra*'nın başkanlığı altında, kendi organlarına sahip olurlar, kendi kendilerini idare ederlerdi. *Civitas*'tan tek farkları, hâkimiyet unsurunun bulunmaması idi. Orada yaşayanlar, bir taraftan *Roma tribus*'larına kayıtlı Roma vatandaşları, diğer yandan *municipes* idiler. Umur, *Lügat*, s.139.

¹⁵ Şakir Berki, *Roma Hukuku*, (Roma Hukuku), Nur Basımevi, Ankara 1949, s. 136.

¹⁶ *Universitas (Universitates)*: Hukuken tüzel kişilik verilmiş ve birlik olarak tanınmış topluluk, organize olmuş gerçek kişiler topluluğu anlamına gelmekteydi. Hem kişi hem de mal topluluklarını içeren anlamıyla *universitas*, kelime olarak, *singuli*'nin, yani tekilin karşıtı olup, birden çok olanın, bir araya gelerek oluşturduğu topluluğu ifade ederdi. Eşref Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 36-37.

¹⁷ *Collegium*: *Collegium* kelimesi, Cumhuriyet Dönemi'nde ve İlk İmparatorluk Dönemi'nin başlarında, dernekler için en çok kullanılan ifade olmuştur. Colle-

tes¹⁸ (dini dernekler)]¹⁹ bunlara örnek olarak gösterilebilir.²⁰

Tüzel kişiliğe sahip bu örnekler birlikte dikkate alındığında, Antik Roma'da tüzel kişileri şu şekilde gruplandırmak mümkündür. Birinci grup, *Corpus*²¹ *universitas* veya *Universitatis personarum* olarak adlandırılan ve müşterek bir amacın temini için bir araya gelmiş olan fertlerin kurdukları topluluklar olup, içinde kamu tüzel kişilikleri olan *res publica*, *civitates*, *colonia*, *municipia*, idari karakterdeki bazı cemiyetler ile esasen Özel Hukuk sahasında yer alan *collegium*'ları barındırırdı. Diğer grup tüzel kişiler ise, *Universitates rerum* olarak ifade edilen, dini ve hayır müesseselerine²² tahsis edilmiş olan veya muayyen bir işin başarılmasını mümkün kılan, hukuken bazı ehliyeteye sahip kılınan mal topluluklarıdır. Esasen, *pia corpora* olarak adlandırılan bu hayır cemiyetlerinin mahiyeti, birtakım şahısların topluluğundan ziyade, bazı amaçların tahakkukuna tahsis edilmiş bir servettir. Bu amaçlar da, hastaneler (*no-*

gium, ortak ve sürekli bir amacı gerçekleştirmek üzere, bir araya gelen kişiler topluluğunu ifade eder. Anlam olarak kamu tüzel kişilerini kapsamaz, ancak bu konuda bir kesinlik olduğunu söylemek de mümkün değildir. Küçük, s. 37.

¹⁸ Sodalitas (Sodalitates): Sodalitas, kelime anlamı olarak kutsal bir örtüyle örtülü bir masa etrafında birleşen kişiler topluluğunu ve teknik anlamda ise dini dernekleri ifade ederdi. Önceleri dini dernekler için kullanılan *sodalitas*, kelimesi, zamanla, özellikle Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında, siyasal ve devlet aleyhine faaliyet gösteren dernekleri, magistra seçimlerinde seçmenleri etkilemek amacıyla kurulan kişi topluluklarını tanımlamak için de kullanılır hale gelmişti. Küçük, s. 38-39.

¹⁹ Hristiyan felsefe ve ahlakı, Son İmparatorluk Dönemi'nde tüzel kişiliğe sahip yeni varlıklar yaratmıştır. Kilise ve hayır müesseseleri bunlar arasındadır. Berki, Roma Hukuku, s. 136.

²⁰ Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, Springer-Lehrbuch, Berlin 1997.

²¹ *Corpus*: *Corpus*, genel olarak, *collegium* ile eş anlamlı olarak kullanılmakla birlikte, ondan daha geniş bir anlama sahip olup kamu tüzel kişilikleri de dâhil bütün kişi topluluklarını içine alan bir üst kavram niteliğinde idi. Dar ve teknik anlamda ise *corpus*, hukuken bir varlık olarak tanınmış tüzel kişilik verilmiş, kişi topluluğunu ifade ederdi. Livius ve Gaius, *corpus* kelimesini tüzel kişi anlamına gelecek şekilde, teknik anlamı ile kullanmışlardır. Bu sebeple, bir derneğin kuruluşu için izin aranması zorunluluğu doğunca, başlangıçta aynı anlamda kullanılabilen *corpus* ve *collegium* kelimeleri arasındaki anlam farkı derinleşmişti. Küçük, s. 32-33. *Corpus*, kaynaklarda, mahiyetleri itibari ile münferit olan fakat ya hukuk vasıtası ile veya ifası gereken bir fonksiyon vasıtası ile birlik halinde tutulan unsurların, teşkil ettikleri varlık manasında kullanılmaktadır. Di Marzo, s. 53.

²² Hristiyan cemaati ile münferit kiliseler, özellikle mal iktisabına ve malik olmaya ehil olarak haklara ehliyet kazandılar. Hayır yapmaya matuf mal vasiyetlerinin muteberliğine müteallik bazı def'ilerle, henüz vakıf olmayıp, onun ilk nüvesi olan ve amaçları göz önünde tutularak, *piae causae* denen *religionis vel pietatis intuitu*, din ve hayır düşüncesine müstenit müesseselerin belirsiz bir şekilde meydana çıkması söz konusu olmuştur. Di Marzo, s. 55.

socomia), yetim yurtları (*orphanotrophia*), ıslahhane, terbiye evleri (*brep-hotrophia*) gibi müesseselerin kurulması ve idaresi olabildi. ²³

Bu bahsi geçen mal toplulukları; kiliselere, ihtiyar, fakir ve terk edilmiş çocukları himaye edici müesseselere bırakılan mallarla, vasiyet edenin belirli bir iş için tahsis ettiği mallardan oluşabildi. ²⁴ İşte bu noktada, vakıf müessesesi karşımıza çıkmaktadır. Zira bugün vakıf olarak adlandırılan tüzel kişilik Romalılar tarafından tam olarak bilinmese, kişi ya da mal topluluklarının ayrı bir tüzel kişiliği olduğu ilerleyen dönemlerde kabul edilmiş olsa da, bazı mallara ait gelirlerin, hayır işleri gibi, belli amaçlara tahsis edilmesi ihtiyacını hissetmemiş olamazlardı. Bu ihtiyacı karşılamak için şarta bağlı bağışlama ve muayyen mal vasiyeti şeklindeki hukuki vasıtalarla başvurulardı. ²⁵

Roma Hukuku'nda kişiliğin kazanılması ve hak ehliyetinin şartları, ²⁶ günümüz hukukundan farklı olduğu için, bir gerçek kişinin,

²³ Honig, s.153. İmparatorluk içinde Hristiyanlık hakim olduktan sonra, bütün hayır, iyilik ve din işlerine bakmak, kilisenin vazifeleri arasına girmiştir. Iustinianus, yetimhane, hastane, düşkünler evi gibi işlere tahsis edilmiş bütün bağışlamaları ve muayyen mal vasiyetlerini, *piae causae* adı altında toplamış ve bu gibi işlere tahsis olunmuş malların, tahsis amaçlarında kalmalarını temin etmek üzere, emirnameler çıkartmıştı. Bu sebeple, Iustinianus Hukuku'nda vakıf müessesesinin mevcut olduğu iddia edilmişse de, bu memeleklerle bir tüzel kişilik tanınmadığı ileri sürülmektedir. Zira çoğunlukla memeleki bir amaca tahsis eden kimseler, o memelekin idaresini kilise veya piskoposa bizzat tevdi ettikten sonra, kilise veya piskoposun o malların idaresi ile ilgilenmeleri gerektiğini belirten emirnamelerin varlığı, bu memeleklerle tüzel kişilik tanındığını göstermemektedir. Ziya Umur, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, (Roma Hukuku), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 415.

²⁴ Berki, Roma Hukuku, s.136-137.

²⁵ Umur, Roma Hukuku, s. 415.

²⁶ Hak ehliyeti, hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetini ifade eder. Türk Medeni Kanunu (TMK), 8.md.'sinde; "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." şeklinde ifade edilen hak ehliyeti ile kişilerin haklara ve borçlara sahip olan varlıklar oldukları belirtilmektedir. Hangi varlıkların kişi olarak kabul edileceği ise, o devletteki hukuk politikasına bağlı olarak belirlenir. Tahiroğlu/Erdoğan, s.136. Friedrich Carl von Savigny, "Sytem des heutigen römischen Rechts" adlı eserinin kişiler hukukuna ilişkin bahsinde, "Bu yüzden başlıca kavram olan kişi yani hakların süjesi, insan kavramı ile örtüşmelidir ve söz konusu iki kavramın bu birincil kimliği, şu formülle ifade edilebilir: 'Münferit her insan ve yalnızca münferiden insan hukuka ehildir'. Her halükarda bu başlıca kavram olan kişi, beyan edilen formülde zaten değinildiği gibi, pozitif hukukça, sınırlayıcı ve genişletici olmak üzere iki şekilde meydana gelebilen değişimlere maruz kalabilir. Yani, ilk olarak, kimi münferit insanlara, bütünüyle veya kısmen hak ehliyeti tanınmayabilir. İkinci durumda, münferiden insan dışındaki bazı başka varlıklara ehliyet teşmil edilebilir ve böylece farazi olarak bir tüzel kişi meydana getirilebilir". Başak Karaman, "Roma Hukukunda Persona Kavramı", *Bahçeşehir Üniver-*

bir malın mülkiyetini veya malvarlığını tamamen ve kalıcı olarak toplumun ya da insanlığın yararına bırakması, diğer ifade ile, vakfetmesi hukuken olanaksızdı. Romalı bir kişinin gelirini, şehrin sosyal bir ihtiyacına vakfedebilmesi için, malını o şehre vasiyet etmesi veya bağışlaması gerekirdi.²⁷

Institutiones Romano-Hispanae (3.27.7):²⁸

“...In his legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis ceterisque venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt...”

“...Din ve takva ruhu ile şereflenen mukaddes kiliselere ve diğer mübarek yerlere bırakılan mallar (*legatum*²⁹ ve *fideicommissum*³⁰lar)...”³¹

sitesi *Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.127-128, (Mart-Nisan) 2015, s. 90. Romalılar kişi kelimesinin karşılığı olarak hukuk hayatında rolü olan kimse anlamına gelen “persona” terimini kullanırlardı. Ancak bugün kişiliğin ayrılmaz bir sonucu olan hak ehliyetine sahip olmak için persona olmak yetmezdi, bunun yanında belli status'lara sahip olmak gerekiyordu. Bir kimsenin hukuk düzeni içindeki yerini belirleyen status'lar: hürriyet durumu (status libertatis), vatandaşlık durumu (status civitatis) ve aile durumu (status familiae)'dir. Tahiroğlu/Erdoğan, s.136-137. Köprülü, s. 480.

²⁸ Johannes Sala, *Institutiones Romano-Hispanae ad Usum Tironum Hispanorum Ordinatae*, Tomus II, Matriti ex Typographia Regia, 1830, s. 287. *Institutiones Romano-Hispanae*, hukukçu Johannes Sala (1731-1806) tarafından, Vinnus'un, *Institutes'i*, Kastilya Hukuku'na dair notlarla yorumladığı “Vinnus Castigatus” adlı eserini kısaltılıp sadeleştirerek, “*Institutiones Romano-Hispanae ad Usum Tironum Hispanorum Ordinatae*” başlığı altında yayınladığı eseridir. Serge Dauchy/Georges Martyn/Anthony Musson/Heikki Pihlajamäki/Alain Wijffels, *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Springer International Publishing, Switzerland 2016, s. 365.

²⁹ Legatum: Kelime kökeni itibari ile bir yükümlülük yüklemek anlamına gelen legare fiilinden türetilmiş olan legatum'lar, Ius civile'ye göre geçerli olarak yapılabilen ve XII Levha Kanunu'nda yer alan mal vasiyetleriydi. Legatum, niteliği gereği vasiyet içinde yer alan bir işlemdir ve bu sebeple legatum'un geçerliliği, vasiyetin geçerli olmasına bağlıdır. Bu nedenle vasiyet geçeli şekil şartlarına uygun olarak yapılmadığında veya geçerli bir mirasçı atama işlemi içermediği için geçersiz olursa, legatum da geçersiz olurdu. Ayrıca vasiyeti yapan kişinin vasiyet yapma ehliyetine ve legatum'dan yararlanacak kişinin de mirasçılık ehliyetine sahip olması zorunluydu. Erkan Küçükgüngör, *Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)*, (Vasiyet), Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 214-215.

³⁰ Fideicommissum: Konusu belirli bir mal bırakmayı içeren ve legatum kadar geniş bir uygulama alanına sahip olan fideicommissum'lar, İlk İmparatorluk Dönemi'nde ortaya çıkmış ve uygulamada kısa zamanda benimsenmiştir. Şeref ve dürüstlüğü (fides) terk edilmiş anlamına gelen fideicommissum işleminde miras bırakan, kanuni mirasçidan veya mirasçı atanana ya da kendisine belirli bir mal bırakılan kişiden, ölümünden sonra bir arzusunun yerine getirmesini, örneğin, üçüncü bir kişiye mal vermesini isterdi. Küçükgüngör, *Vasiyet*, s. 230.

³¹ Di Marzo, s.55, dn. 85.

C. 1.2.19 (*Imperator Iustinianus*):

“... *donationes super piis causis factae*...”

“... dini sebeplerle yapılmış bağışlamalar...”³²

Vasiyet tarzındaki vakıf ise, ancak Roma'nın en uzun devri olan Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Görülüyor ki Romalılar, hayır işlemek ve yardım amacını gerçekleştirebilmek için, mallarını bir korporasyona, bazen bir siteye, *vici*,³³ *pagi*,³⁴ ya da lonca gibi müesseselere vasiyet ediyor veya bağışlıyorlardı. Zamanla bu çeşit vakıflar çoğalmış ve Roma Devleti vakfın amacının gerçekleşmesi hususunda, bu müesseseye müdahale etme gerekliliğini hissetmiştir.³⁵ Şehirler lehine yapılan vakıfları denetlemek için, *Curator rei publicae*³⁶ ismini taşıyan, bir nevi kayyum tayin olunmuştu. Bu kayyumların denetleme yetkileri, ancak şehirler lehine yapılan mükellefiyetli bağışlamaların geçerliliğini ve mükellefiyetlerin gerçekleştirilmesini kontrol etmekten ileri gidememekte idi.³⁷ Hususi korporasyonlara yani mesleki kuruluşlara yapılan, vakıf maksatlı bağışlamalarda ise; bağışlayan tarafından, bağışlanana yüklenen mükellefiyetin³⁸ yerine getirilip ge-

³² Di Marzo, s.55, dn. 85.

³³ Vicus (Vici): Köy anlamındadır. Bir grup insanın oturduğu, municipium'dan küçük mıntıkadır. Umur, Lügat, s. 222.

³⁴ Pagus (Pagi): Civitas'tan küçük, kendine ait teşkilatı olmayan fakat bazen tüzel kişiliği olan kasaba veya köy idi. Eski dönemlerde, Roma şehrinin içinde, birkaç gens'in oturduğu mahalle manasına gelmekteydi. Umur, Lügat, s. 151.

³⁵ Köprülü, s. 481. Son İmparatorluk Dönemi'nde, vakıfların belirmeye başladığı düşünülmektedir. Vakıf kavramının, Antik Roma'da gelişmiş bir hukuki kurum olmadığı konusunda, Romanist doktrinde görüş birliği vardır. Ancak Roma'da vakıf, kiliselere, dini teşekküllere yapılan kazandırmalar şeklinde göze çarpmaktadır. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1952, s. 132. Bu konuda bkz. Raymond Monier, Manuel élémentaire de droit romain, Tome I, Montchrestien 1947, s. 338.

³⁶ Curator Rei Publicae (Curator Civitatis veya Pater Patriae): İlk İmparatorluk Dönemi'nde, mntika idarelerini ve özellikle mali meseleleri kontrol etmek üzere, imparator tarafından gönderilen memur, müfettiş idi. Son İmparatorluk Dönemi'nde ise, mntikalarda bulunan civitas'lar tarafından gösterilerek, tayini imparatorca yapılan, mali meselelerin yürütülmesi ve devlet binalarının bakımı ile görevli memurdu. Umur, Lügat, s.53.

³⁷ Esat Arsebük, Medeni Hukuk I. Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Ankara 1938, s.300.

³⁸ Mükellefiyetli bağışlama; bağışlananın, bağışlama konusu malı belli bir amaca tahsis etmek suretiyle, bu maldan elde ettiği geliri, bağışlayanın iradesi doğrultusunda çeşitli hayır işleri için harcanmasını temin etmek amacıyla kullanılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. C.E.F. Rickett, “Charitable Giving in English

tilmediği konusunda sınırlı bir kontrol sağlanmaktaydı. Burada vakfeden; bağışlama veya vasiyetini yaparken, bağışlananın şart olunan mükellefiyeti yerine getirebilmesi için, “*multa*”³⁹ denilen, para cezası yaptırımının uygulanmasını isteme yetkisini haiz idi.⁴⁰

Böyle bir yaptırım neticesi olarak, lehine bağışlamada bulunulan korporasyondan, vakfedenin malı geri alınabilmekte idi. Geri alınan bu mal, bağışlama yapanın mirasçılara verilmekte idi.⁴¹ Her ne kadar “*multa*” adını taşıyan bu müessese, vakfın lehine bağışlamada bulunulan şahıs üzerinde bir yaptırım olarak gözükmekte ise de, esasen, vakfın amacını temin ve idame hususunda, herhangi bir tedbirin alınmasına hizmet etmemektedir. Zira korporasyonlardan, bağışlanan mallar geri alınıp mirasçılara iade edildiğinde, vakıf münasebeti ortadan kalkmakta idi. Böylelikle, söz konusu mallar, mirasçılarının *patrimonium*⁴²una girmiş bulunuyordu.⁴³

and Roman Law: A Comparison of Method”, *Cambridge Law Journal*, Vol.38, No.1, (April 1979), s.118-147.

³⁹ Multa: Magistra’ların ve İmparatorluk Dönemi’nde büyük memurların, zaptu raptu müteallik olmak üzere verdikleri emirlere itaat etmeyen kimselerden aldıkları ceza idi. Miktarları önceleri hayvan, daha sonra maden külçesi ve nihayet basılmış para olarak tayin edilmekteydi. Umur, Lügat, s. 138. Multa hakkında detaylı bilgi için bkz. Halide Gökçe Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.82-83 ve dn.28.

⁴⁰ Köprülü, s. 481.

⁴¹ Klasik Roma Hukuku, gerek ölüme bağlı tasarruflara, gerekse sağlararasıda yapılan hukuki muamelelere mükellefiyet yüklenmesine izin veriyordu. Fakat önceleri ya kamunun yararına ya da tamamıyla dini nitelikte olan mükellefiyetler, daha ziyade vasiyetnamelerin muhtevasını teşkil eder ve özellikle legatum’lara ilave edilirdi. Mirasçı nasbı halinde de, mükellefiyet yüklenip yüklenmediği hususu tartışmalıdır. Roma’da mükellefiyet hususi bir ferdin menfaati için yüklenemediği gibi, bugünkü hukukun aksine, mükellefiyetin yerine getirilmesi için ilgisine bir dava hakkı da tanınmış değildi. Ancak mükellefiyet kavramı, Corpus Iuris Civilis’de bugünkü şeklini aldı ve kendi niteliğini izah eden modus kavramı ile anılmaya başlandı. Kemal Tahir Gürsoy, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler”, AÜHFD, C. 10, S. 1-4, 1953, s. 458-459.

⁴² Patrimonium: Cumhuriyet Dönemi’nde bir aile reisine ait olan ve ailenin brüt mamelekini teşkil eden malların toplamı idi. İmparatorluk Dönemi’nden itibaren, aile fertleri nisbi de olsa bir özerklik elde etmiş oldukları için, hür bir Roma vatandaşına ait olan malların toplamı anlamına gelmekteydi. Klasik Dönem’de patrimonium, bir şahsa ait olup, para ile değerlendirilebilen alacaklar ve aynı haklar da dâhil, bütün hakları içermekteydi. Yalnız o dönemde mamelek içine, hak sahibinin borçları dâhil edilmemektedir. Umur, Lügat, s. 153.

⁴³ Köprülü, s. 481.

Roma Hukuku'nda, bugünkü vakıflara benzetilen bir başka müessese de, Iustinianus Hukuku'nda *hereditas iacens*⁴⁴ olarak ifade edilen muallakta kalmış tereke veya terekenin askıda kalması durumudur. Bu durumda müteveffanın bırakmış olduğu, ancak henüz mirasçı tarafından kabul edilmemiş bir tereke söz konusu idi ve bu terekeye tüzel kişilik tanındığı ifade edilmektedir. Yine bu müessese ile birlikte, vakıflara benzetilen bir diğer müessese ise, devlet hazinesi (*fiscus*)⁴⁵ dir.⁴⁶

Vakıf müessesesinin kökeni tartışılırken, doğu ve batı kaynaklı çalışmalarda konu ile ilgili farklı görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bunlardan biri, vakfın İslam Hukuku'na özgü bir müessese olduğudur. Bazı hukukçular ise, vakfın kökenini, Roma Hukuku'ndaki "*fideicommissum*"a dayandırırken, bunlarla benzerlik gösteren, hatta,

⁴⁴ Roma Hukuku'nda terekenin, mirasçının ölümü anı ile iktisap edildiği zaman arasındaki dönemde, hiç kimsenin malvarlığına dâhil olmadığı kabul edilirdi. Romalılar bu durumu "terekenin askıda olması/beklemesi (*hereditas iacens*)" olarak ifade etmişlerdir. Askıda olan tereke, bir bütün niteliği taşıdığı için, bu terekede artma ve eksilmelerin meydana gelebileceği kabul edilirdi. Nitekim Iustinianus Dönemi'nde, geçici bir süre ile sahipsiz kalan bu malvarlığına, kişilik (*persona ficta*) tanındığı görülmektedir. Küçükgüngör, Vasiyet, s. 76; s.79. Roma Hukuku'nda, miras kabul iradesi ile muamele (*aditio*) yapılmadan tereke iktisap edilemezdi. Eski Hukuk'ta, henüz kabul edilmemiş olan tereke, sahipsiz mal (*res nullius*) olarak kabul edilirdi. Fakat sahipsiz olsa bile, kabul anına kadar hukuk düzeninin, terekedeki bazı kölelerin ölmesi, hayvanların yavrulaması gibi, bu mamelekte gerçekleşmesi mümkün, artma ve eksilmelerle meşgul olmaması ve terekeyi aynı hali ile muhafaza etmeye çalışmaması mümkün değildi. Mirasçının kabulü, geriye etkili olduğundan, yani terekenin askıda kaldığı süre boyunca meydana gelen artış ve eksilmeler, kendisine ait bulunduğundan, mirasçının henüz belli olmadığı süre zarfında, terekeyi bir şahıs gibi farz etmek düşüncesi hâkim olmuştu. Umur, Roma Hukuku, s. 415. Bu konuda bkz. D. 46.1.22 (Florentinus libro octavo institutionum)¹ Kanaatimizce, askıda olan terekeye, bir malvarlığı olarak kişilik tanınmış olması, yukarıda izah edildiği üzere, ilgili terekenin aynı şekilde muhafazası ihtiyacından kaynaklandığından, bu durum, aynı zamanda bu malvarlığının belirli ve sürekli bir amaca özgülendiği anlamına gelmemektedir.

⁴⁵ Bkz.dn.11. Kanaatimizce, *fiscus*'un, *aerarium*'u da içine alacak şekilde, imparatorun hususi malvarlığından ayrılarak, devletin umumi hazinesi haline gelmesi ile gerek hukuk doktrininde gerekse imparator emirnamelerinde başlı başına bir varlık olarak görülmeye başlanması durumu ile bir diğer ifade ile kendisine ayrı bir tüzel kişilik tanınmış olabileceği iddiası ile bu müessesenin vakıf tarzında bir tüzel kişilik olması arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Zira vakıf, bugünkü anlamı ile gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları, belirli ve sürekli bir amaca özgüllemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü gelirleri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir.

⁴⁶ Umur, Roma Hukuku, s. 415-416.

daha önce uygulanmakta olduğu bilinen, başka hukuki işlem şekilleri ve uygulamaları olarak, kullanma hakkına (*usus*),⁴⁷ intifa hakkına (*ususfructus*),⁴⁸ inançlı işleme (*fiducia*),⁴⁹ iğreti akdine (*precarium*)⁵⁰ ve

⁴⁷ Usus (Kullanma Hakkı): Kelime anlamı ile bir malı normal olarak kullanmayı ifade eder. Başkasına ait bir mal üzerinde, kullanma hakkı sağlayan şahsi irtifaklardan (*servitutes personarum*) bir tanesidir. Hak sahibi maldan şahsen istifade edebilir, ancak malın semerelerini iktisap edemezdi. Umur, Lügat, s. 220. Usus; ilk dönemlerde zilyetliğin, irtifak haklarının ve evlilikte kocanın, kadının malları üzerindeki hâkimiyetini ifade eden manus'un kazanılmasını dahi içerecek kadar geniş bir anlama sahipti. Usus, zilyetlikten daha kapsayıcı olup, her türlü "kullanma"yı ifade ederdi. Hatta karşı tarafın itiraz etmemesi ile güçlenerek, bir hakkın kullanılarak kazanılması demekti. Belli bir egemenlik hakkının ya da yetkinin kullanılması da buna dahildi. Belgin Erdoğan, Roma Eşya Hukuku, (Eşya), Der Yayınları, İstanbul 2018, s.16. Örneğin, maddi varlığı bulunmayan tarımsal irtifak hakları usus yolu ile uzun müddet kullanılarak elde edilebilirdi. Daha sonradan sadece malik olma iradesi ile maddi bir malı elde bulundurmak anlamında zilyetlik (*possessio*) tanımlanmış ve *possessio*, *usus*'tan ayrılmıştır. Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.110.

⁴⁸ Ususfructus (İntifa Hakkı): Başkasına ait mal üzerinde bir kullanma hakkı sağlayan şahsi irtifaklardan biridir. Hak sahibi, malı olduğu gibi muhafaza etmek kaydı ile mal üzerinde semereler dâhil tam bir yararlanma hakkına sahiptir. Malikte kalan çıplak mülkiyet (*nuda proprietas*) başkasına devredilebilirdi. Umur, Lügat, s.220. Roma'da eyalet arazileri üzerinde de mülkiyete benzeyen zilyetlik ve yararlanma hakkı bulunurdu (*possessio et usus fructus/uti frui habere possidere*). Eyalet arazileri devletin arazisi olduklarından, bunlar üzerinde özel kişilerin tam mülkiyete sahip olmaları mümkün değildi. Özel kişilere bu toprakların sadece kullanma ve yararlanması devredilirdi. Batı'da birçok müessesenin olduğu gibi, vakfın kökeni de usus ile ilişkilendirilmiştir. Andreas Richter, "German and American Law of Charity in Early 19th Century", *Itineras Fideiciae, Trust end Treuhand in Historical Perspective*, (Ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Dunker&Humbolt, Berlin 1998, s. 428.

⁴⁹ Fiducia (İnançlı İşlem): Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında ve İlk İmparatorluk Dönemi'nde, bir malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile bir taraftan diğer tarafa nakledilmesinden ve tarafların üzerinde anlaşmış oldukları netice meydana getirildikten sonra, alanın malın mülkiyetini diğer tarafa iadeten nakletmesi mükellefiyeti doğuran, eksik iki taraflı, iyi niyet davaları doğuran aynı akitir. Umur, Lügat, s.74. Fiducia'da alacaklı ile borçlu arasında, alacağın garantilenmesi için, aynı teminat verilmesi sonucu doğuran bir anlaşma yapıldı. Sonradan çok çeşitli amaçlar için de kullanılan *fiducia*, aynı teminatın en eski şekli olarak bilinmektedir. Karadeniz Çelebican, s.180.

⁵⁰ Precarium (İğreti Akdi): Bir kimsenin, kendisinden ricada bulunan bir başka kimseye, kullanması için genellikle taşınmaz bir malın zilyetliğini veya bir hakkını vermesi ve kendi arzusuna göre, istediği zaman ve istediği gibi geri alması imkânını sağlayan, Post-klasik Dönem'de isimli akitler grubuna gören aynı akitir. Umur, Lügat, s.169. Precarium, başlangıçta devletin kişilere kullanmak üzere verdiği kamu arazilerinin hukuki statüsü için kullanılmakta idi. Toprağın mülkiyetine sahip olan devlet, dilediği zaman bunları geri alabiliyordu. Genellikle aile babasının uzun süreli yolculuğa çıkarken veya savaşa giderken mallarının yönetimini oğlu veya bir başkasına bırakması halinde kullanılmıştır. Precarium veren, geri döndüğü zaman malvarlığının yeniden kendisine dönebilmesi için,

ölüme bağlı bağışlamaya (*mortis causa donatio*)⁵¹ atıf yapmaktadırlar.⁵²

Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı kadarı ile, Roma Hukuku'nda vakıf müessesesi, ilkel bir karakter arz etmekte ve günümüz hukuku bağlamında amacını daimi ve kesin bir şekilde gerçekleştirebilecek etraflı ve esaslı unsurlardan yoksun bulunmaktadır.⁵³ Hukukun pek çok alanında, zamanına nazaran çok ileri hüküm ve esasları ihtiva eden Roma Hukuku, vakıflar hakkında etraflı düzenlemeler meydana getirememiştir.⁵⁴

Roma Hukuku'nda, vakfın ortaya çıkmasını sağlayan koşullar üzerine yapılan değerlendirmelerde, İslam toplumlarından önce de vakfın var olduğu ve Müslüman halkın vakıf müessesesini, Roma toprakları içinde olan halktan görerek, geliştirip zenginleştirdiği ileri sürülmektedir.⁵⁵

birakmış olduğu kişiye güvenmeli idi. Çünkü Roma Hukuku'na göre bir mala uzun müddet malik olma iradesiyle zilyet olan kişi zamanasımla (*usucapio*) söz konusu mala malik olabilirdi. Bu nedenle bir malı *precarium* ile elinde tutanın, *usucapio* ile malik olabilmesi yasaklanmıştır. Maliki istediğinde, malı geri vermez ise *precarium* alan fesatlı zilyet haline gelirdi. Belgin Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, (Borçlar), Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 57-58.

51 Mortis causa donatio (Ölüme Bağlı Bağışlama): Bir kimsenin, bağışlama alandan önce öleceğini düşünerek, ona bir kazandırmada bulunmasıdır. Ölüm sebebi ile bağışlama demektir. Eğer bağışlama, bir vaat şeklinde yapılmışsa, bağışlama vaat edenin daha önce ölmesi şartı ile bağışlama yerine getirilir; bağışlama elden yapılmışsa, bağışlanan, bağışlayandan önce vefat ettiği takdirde geri alınabilirdi. Son İmparatorluk Dönemi'nde ölüm sebebi ile bağışlama, bağışlayanın arzusu ile feshedilebilmekte idi. Umur, Lügat, s. 61. D.39.6.1.pr. (Marcianus libro nono institutionum)'da, ölüme bağlı bağışlama ile vasiyetname (*testamentum*) arasında, Marcianus tarafından tespit edilen sınırlamaya göre; bir kimsenin bağışlama konusu malın, bağışlanandan çok kendisinde, fakat mirasçılarının çok bağışlananda kalmasını isteyerek bağışlamada bulunması halinde, ölüme bağlı bağışlamanın varlığından söz edilir. Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, C.H. Beck Verlag, München 1971, s. 764. Roma Hukuku'nda ölüme bağlı bağışlama hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Emine Mındız, Roma Hukukunda Ölüme Bağlı Bağışlama (*Donatio Mortis Causa*), Der Yayınları, İstanbul 2018.

52 İrem Karakoç, "Roma Hukuku Kökenli Fideicommissum ile Cermen Hukuku Kökenli Salic Salmannus Osmanlı Vakıf Müessesesinin Kökeni Olabilir mi?", (Vakıf Müessesesinin Kökeni), II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C.1, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016, s.423-424.

53 Belirli bir amaca tahsis edilmiş mal topluluğunu ifade eden vakıfların, Roma'da az görüldüğü, bunlara örnek olarak, Constantinus'tan itibaren, dini amaçlarla bazı malların, örneğin, yaşlılar, yardıma muhtaç kişiler için evlerin tahsisi gibi belli amaca tahsis edildiği belirtilmektedir. Tahiroğlu/Erdoğan, s. 153.

54 Köprülü, s. 482.

55 İslam vakfının, Roma Hukuku'ndan alındığını, İtalyan hukukçu Gatteschi ileri sürmüştür. İslam Hukuku'nun ortaya çıkışında, Roma Hukuku'nun ve Musevilğe dair hükümlerin, büyük etkisi olduğuna inanan Gatteschi'ye göre, Müslü-

Esasen, dönem şartları içinde değerlendirildiğinde, Roma'da vakfın kuruluşunu sağlayan ön koşullar, dini inanışlar bağlamında, tanrılara ve mabetlere yapılan harcamalar şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu türden uygulamaların, birey inisiyatifinden çıkıp, "vakıf" tüzel kişiliğini kazanması, Hristiyanlığın Roma'nın resmi dini olarak kabul edilmesinden sonra gerçekleşmiştir.⁵⁶ Dolayısıyla, Hristiyanlığın kabulünden önceki Roma toplumları ile, Hristiyanlığın kabulünden sonraki Roma toplumlarında vakıf anlayışı, bireysel zihniyette farklı düzeylerde karşılığını bulmuştur.

Hristiyanlık dininin kabulü öncesinde, kadim Yunan'da olduğu gibi, bireyin şan, şeref, menfaat elde etme araçlarından biri olan hayır ve imar faaliyetleri ile, toplumsal statü ve saygınlık elde etme amacı, vakfın ilkel biçimleri olarak görülürken, toplumsal düzeyde vakfın gelişimini engellemiştir. Dinsel bir topluma geçişle birlikte kurumsal yapılanmalar, vakfın toplumsal düzeyde ihtiyaçları karşılayıcı bir araç haline gelmesini sağlamıştır.⁵⁷

Burada özellikle belirtmek gerekir ki, bu çalışmanın amacı, İslam/ Osmanlı Hukuku'ndaki ya da günümüz Türk Hukuku'ndaki vakıf müessesesi ile Roma Hukuku'ndaki vakıf müessesesinin karşılaştırılmasını yapmaya, aradaki benzerlikleri veya ilişkileri ortaya koymaya dair bir köken arayışı değildir.⁵⁸ Yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma Hukuku'nda vakıf tüzel kişiliğinin ortaya çıkışı, çok geç bir zamanda gerçekleşmiş olup, amacını daimi ve esaslı şekilde gerçekleştirilmesini

manlar vakıf müessesesini, eskiden Roma'ya tabi olan topraklardaki yerli halktan iktibas etmişler ve Roma Hukuku'ndaki res sacrae'lerin tabi olduğu şartlardan almışlardır. Fransız hukukçu Marcel Morand ise, bu nazariyeyi eleştirerek, Roma Hukuku'ndaki res sacrae'lere ait kuralların, İslam vakfına dair hükümlerle ilgili olmadığını, res sacrae terimi ile münhasıran, mabed ve ayine mahsus maddi eşya kavramının kastedildiği ve burada, bunlara ait bir menfaat getirecek mülk anlamı olmadığını ifade etmektedir. Oysa vakıflar, kendileri ve temin ettikleri menfaat, dini ve hayri bir amaca, bir kamu menfaatine tahsis edilmiş olan mülklerdir. Fuad Köprülü, İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, Akçağ Yayınları, Ankara 2005, s. 304.

⁵⁶ Roma Hukuku'nda Hristiyan vakıflarının ilk şekli için bkz. Biagio Brugi, Della prima forma che ebbero le Pie Fondazioni cristiane nel Diritto Romano, Atti dello Istitutio veneto, C.7, Seri 7, (1895-1896), s.1061 vd.

⁵⁷ Florence Dupont, Daily Life in Ancient Rome, Blackwell Publishing, Oxford 1992, s.8.

⁵⁸ Bu konuda son derece kapsamlı bilgiler içeren, vakfın kökeni ile ilgili farklı yaklaşımları ve tartışmaları ortaya koyan çalışma için bkz. İrem Karakoç, Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi, (Vakıf), Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.

sağlayacak unsurlardan yoksundur. Zira, hukuken vakıf ile amaçlanan sonucu sağlamak üzere, *fideicommissum*, *usus*, *ususfructus*, *fiducia*, *precarium* ve *mortis causa donatio* gibi, farklı muamele ve uygulamaları kullanmışlardır. Ancak bu hukuki işlemler sonucu, yararlanıcıların her zaman ihtiyaç sahibi, aciz, muhtaç olanlar gibi, toplumda korunması gereken kişiler olmasına dair bir zorunluluk bulunmamaktadır.⁵⁹ Esasen, buradaki değerlendirme; “vakıf” denildiğinde, mutlak surette hayır maksatlı bir müessese anlaşılması⁶⁰ ile bir mal topluluğunda ticari amacın bulunmamasının, hayır maksadının gerçekleşmesi için yeterli olmasına dair görüş ayrılığına göre değişebilmektedir.

Vakfı sadece bir hukuki işlem şekli olarak ele alan görüşlere göre, malın mülkiyetinin, çıplak mülkiyet ve kullanma/menfaat olarak ayrılması ve mülkiyetin her türlü el değiştirmesinin engellenmesi, bir müesseseye “vakıf” demek için yeterli gibi görünmektedir. Mal topluluğunun herhangi belli bir amaca özgülenerek tüzel kişilik kazandırılması yeterlidir.⁶¹ Bu amaç ticari olabildiği gibi ailevi de olabilmektedir. Burada işlemi yapan, sadece malvarlığının yönetiminin veya malvarlığının, mirasına dahil olmasını istemediği ardıl mirasçısını atlayarak, sonrasında nesilden nesle aktarımının sağlanmasını amaç edinebilmektedir. Öte yandan, aynı işlemin hayri amaçlarla da yapılabileceği kabul edilse bile, bu bir alt ayırım olarak düşünülmüştür.⁶²

⁵⁹ Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 482.

⁶⁰ 1926'dan önceki Medeni Hukuk ve genel olarak İslam Hukuku'ndaki vakıf kurumu bakımından farklılık söz konusudur: İslam Hukuku'nda, genel anlamda “bağışlama” ile “sadaka” arasındaki farklılık, “sadaka” temeline dayanan vakıf işleminin amacında da kendini göstermektedir. Bağışlama için, sadece “karşılıksız kazandırma” niteliği yeterlidir. Buna karşılık, sadaka işleminde, sadece kazandırmanın karşılıksız olması yeterli olmayıp, bu kazandırmanın “kurbet” kastı ile (allah rızası için, allah'a yakınlaşma niyeti ile) yapılması gerekir. İsviçre'den iktibas edilen MK döneminde artık “vakıf” konumunda bu “kurbet kastı” şartı aranmaz. Esasen, MK'da (17.02.1926 tarih ve 743 sayılı (Mülga) Türk Kanunu Medenisi) “vakıf” terimi değil, “tesis” terimi kullanılmıştır ve “vakıf” terimi genellikle, Osmanlı-İslam Hukuku Dönemi'nde kurulan, eski vakıflara özgü kılınmıştır. Ancak “vakıf” teriminin, halk arasında hayırseverliği çağrıştıran bir anlamı olduğu için, 1967 yılında, Vakıflar Kanunu (13.07.1967 tarih ve 903 sayılı) ile gerçekleştirilen mevzuat değişikliğinde, “vakıf” terimi tekrar “tesis” in yerini almıştır. Ancak artık vakfın amacının “kurbet kastı” kapsamına girebilmesi aranmamaktadır. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.104-105.

⁶¹ Bu bakımdan, yukarıda izah edilmeye çalışılan, Roma Hukuku'ndaki vakıf görünüşleri, kaynaklarda hep bu açıdan nitelendirilmiştir. Vakıf tüzel kişiliğinin temel unsurunun, yeterlilik şartı aranması dolayısı ile, “mal topluluğu” olduğu, Roma Hukuku'ndan beri söylenmektedir. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.106.

⁶² Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 482.

Buna karşın vakfı, toplumsal yardımlaşma maksatlı bir müessese biçiminde tanımlamak; toplumsal/bireysel yardımlaşma niyetini vakfın tanımına koymak, yukarıda açıklanan sistemden farklıdır. Buna göre, toplumdaki ihtiyaç sahibi olanlara yardım etmekten başka maksatlarla vakıf kurulamamakta; vakfın daha iyi yönetilmesini sağlamak bakımından, zürriyetin de yararlanıcılar arasına alınmasına göz yumursa bile, tek başına bir mal veya mal topluluğunun tek elden idaresi ve muhafazası maksatlı vakıf geçerli olmamaktadır.⁶³

İşte varılan bu nokta; bu çalışma bakımından, günümüz hukukunda bahsi geçen ve yukarıda izah edilen nedenlerle yasaklanan, malvarlığının yönetiminin veya mirasına dahil olmasını istemediği ardıl mirasçısını atlayarak, sonrasında nesilden nesle aktarımının sağlanmasını amaçlayan, aile fideikomisi kavramının kökeninin, Roma Hukuku'ndaki *fideicommissum familiae relictum*⁶⁴ hukuki muamelesine dayandığını ortaya koymak bakımından önemlidir.

II. Aile Fideikomisi Kavramının Roma Hukuku'ndaki Kökeni: “*Fideicommissum Familiae Relictum*”

Roma Hukuku'nda *fideicommissum*; TMK md. 517'de düzenlenmiş olan, miras bırakanın, bir kimseye, onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yolu ile kazandırmada bulunması anlamında gelen ve “Belirli Mal Bırakma”⁶⁵ olarak ifade edilen, ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunma hallerinden biridir. Roma Hukuku'nda muayyen mal vasiyeti ile miras bırakan, mirasçı aleyhine, mirasçılık vasfı olmayan bir kimseye belirli mallarını kazandırmaktadır.⁶⁶ İlk zamanlar sadece terekeye dahil mallar muayyen mal vasiyetine konu olabilerken, ilerleyen dönemlerde, mirasçıya veya üçüncü şahsa ait mallar da aynı şekilde ölüme bağlı tasarrufla lehine kazandırmada bulunana bırakılabiliyordu.⁶⁷

⁶³ Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 482.

⁶⁴ Fideicommissum familiae relictum: Bir kimsenin, irade açıklamasıyla malvarlığında bulunan bir malı, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufla bulunulmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 402.

⁶⁵ Roma Hukuku terminolojisinde muayyen mal vasiyeti olarak geçmektedir.

⁶⁶ Ziya Umur, “Roma Miras Hukukunun Ana Hatları”, (Miras Hukuku), *İÜHFM*, C.31, S. 1-4, 1966, s. 174.

⁶⁷ Muayyen mal vasiyetinin konusunu oluşturan mallar maddi mallar olabileceği

Roma Hukuku'nda, Iustinianus'a kadar olan dönem içinde, iki tip muayyen mal vasiyeti gelişmiştir. Bunlardan biri "*Legatum*", diğeri ise "*Fideicommissum*" dur.⁶⁸ Miras bırakan tarafından, mirasçıya (*heres*) bir mükellefiyet yüklenmesi demek olan *legatum*'un ilk olarak, XII Levha Kanunu (M.Ö. 451-449) ile ortaya çıktığı kabul edilmektedir ve terimin kökenin "*legare*" sözcüğünden geldiği ifade edilir.⁶⁹

Muayyen mal vasiyetinde; vasiyetçi (*legator*), kendisine muayyen mal vasiyetinin mükellefiyeti yüklenmiş mirasçı (*oneratus*) ve vasiyetten faydalanan, diğeri bir ifade ile lehine mal vasiyet edilen vasiyet alacaklısı (*legatarius*) olmak üzere üç taraf vardı. Mirasçı lehine muayyen mal vasiyeti ile kazandırmada bulunmak ise, mümkün değildi.⁷⁰

Muayyen mal vasiyeti alacaklısı ile mirasçılık durumu karşılaştırıldığında; mirasçılık vasfı ya vasiyet edenin iradesini ortaya koyduğu vasiyetnamesi ile ya da kanun yoluyla elde edilebildiği halde, muayyen mal vasiyeti alacaklısı (*legatarius*) olmak için, miras bırakanın mutlaka bir vasiyette bulunması gerekirdi. Şayet müteveffa vasiyet şeklinde bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmamışsa, kanuni yoldan lehe mal vasiyeti doğamazdı. Mirasçılık vasfının, vasiyetname ile bizzat vasiyet edenenin iradesi ile kazanıldığı mirasçı nasbı, külli halefiyet yolu olarak borçların da intikaline sebebiyet verdiği halde, cüz'i halefiyet olan muayyen mal vasiyeti, daima kazandırıcı idi ve borçları intikal ettirmezdi.⁷¹

Roma Hukuku'nda, geçerli olarak kimlere *legatum* yapılabileceği belirtilmiştir. *Legatum*'dan yararlanamayanlar arasında, yabancılar (*peregrini*), bekarlar (*coelibes*), çocuğu olmayanlar (*orbi*), belirli olmayan

gibi, gayri maddi mallar da olabilirdi. Henüz mevcut olmayan ancak gelecekte elde edilebilecek olan şeyler, örneğin, meyve bahçesinden elde edilecek olan meyveler, kölenin doğuracağı çocuk, muayyen mal olarak vasiyet edilebilirdi. Yine, miras bırakanın, başkalarından olan alacakları ile intifa hakkı da muayyen mal vasiyetinin konusunu oluşturabilirdi. Nadi Günel, "Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras", *AÜHFD*, C. 44, S.1, 1995, s. 437-438; s. 441.

⁶⁸ Roma Hukuku'nda, *legatum*, *fideicommissum* ve *praelegatum* olmak üzere üç çeşit muayyen mal vasiyeti olduğu hakkında bkz. Erkan Küçükgüngör, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", (Muayyen Mal Vasiyeti), *AÜHFD*, C. 45, S. 1, s. 514 vd.

⁶⁹ Koschaker/Ayiter, s. 404.

⁷⁰ Umur, *Miras Hukuku*, s. 174.

⁷¹ Umur, *Miras Hukuku*, s. 161; s. 174.

kimseler (*personae incertae*)⁷² ve vasiyetten sonra doğanlar (*postumi alieni*) sayılmıştır.⁷³

İlk İmparatorluk (*Principatus*) Dönemine gelindiğinde ise, “*fideicommissum*” denilen ve kısa sürede geniş bir uygulama alanı bulan yeni bir muayyen mal vasiyeti türü ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkış sebebinin ise, şekle tabi olan *legatum*’larda yapılamayan bazı muayyen mal vasiyetlerinin, bu yolla yapılabilir hale getirilmesi ihtiyacı olduğu ifade edilir.⁷⁴

“*Fideicommissum*”⁷⁵ sözcüğü, güven (*fides*) ve teslim etmek (*committere*) sözcüklerinin bir araya gelmesi ile oluşmuştur. Dolayısıyla “güvenli ellere bırakmak, teslim etmek” anlamına gelmektedir. Iustinianus Hukuku’na gelindiğinde, her iki tür muayyen mal vasiyeti arasında fark kalmamış, vasiyetname içinde belirtilen tüm muayyen mal vasiyetlerine *legatum* denilirken; mükellefiyet yüklenene yazılan bir mektup olan *codicillum*’da belirtilen muayyen mal vasiyetlerine ise, *fideicommissum* denilmeye devam edilmiştir.⁷⁶

I. Inst. (2.23.1):

“*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant*

⁷² Belirli olmayan kimseler (*personae incertae*), vasiyetçinin lehdar olarak, kimlik tayin etmeden, örneğin “cenazeme ilk katılanlar” şeklinde belirlediği kişilerdir. Klasik Hukuk’ta bu türden tasarruflar geçerli sayılmamış, Iustinianus Dönemi’nde ise, istisnaen kabul edilmiştir. Umur, Lügat, s. 156. İmparator Hadrianus, *fideicommissum*’un belirli olmayan kimseler (*personae incertae*) için yapılması durumunda geçerli olmayacağını düzenleyen *senatus consultum* bulunmakla birlikte; vasiyetçiler, vasiyetnamelerinde devir yasağına ilişkin talimatlarını, belirli özelliklere atfı yaparak gerçekleştirirlerdi. Bu durumda, vasiyetnamenin geçerli olması halinde, aynı sonucu elde ederlerdi. Ancak Severus ve Caracalla, bir *fideicommissum* ile birleştirilmedikçe, böyle bir talimatın geçersiz sayılmasını öngörmüşlerdi. Bu nedenle, devir yasağı *fideicommissum* ile aynı kullara tabi oldu ve *personae incertae* için yapıldığı durumda geçersiz kabul edildi. David Johnston, “Prohibitions and Perpetuities: Family Settlements in Roman Law”, (Family Settlements), *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Zeitschriftenband (1985), s. 222.

⁷³ Küçükgüngör, Vasiyet, s. 235.

⁷⁴ Günel, s. 440.

⁷⁵ *Fideicommissum* için bkz. dn.30.

⁷⁶ Koschaker/Ayiter, s. 411-412; Umur, Miras Hukuku, s. 174.

eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant."

"İlk zamanlarda bütün *fideicommissum*'lar müeyyidesizdi, çünkü, yapılması rica edilmiş olan şeyi ifaya, kimse icbar edilemezdi: filhakika, terekenin veya belli malların bırakılamayacağı kimselere bir vasiyette bulunulmak istenildiği zaman, vasiyetname ile iktisaba ehil olanların *fides* (sadakat, emniyet, iyi niyet)'ine müracaat edilirdi: bu sebepten bunlara, *fideicommissum* (*fides*'e havale edilmiş) denirdi, zira bir hukuki mecburiyete değil, rica edilenlerin iyi niyetlerine dayanırlardı. Bila-hare, evvela ilahi Augustus, gerek ricaların imparatorun sağlığı namına yapılması, gerekse bazı kimselerin açık ahlaksızlıkları yüzünden, consul'lere bu hususta salahiyetlerini kullanmayı emretti. Tedbir yerinde görülerek şöhret kazandığından, yavaş yavaş bu müdahale, devamlı bir hukuki tedbir haline geldi: *fideicommissum*'lara gösterilen rağbet o dereceyi buldu ki, zamanla *fideicommissum*'lar hakkında karar veren ve *fideicommissarius* ismini alan, hususi bir *praetor* da ihdas edildi."⁷⁷

Fideicommissum'lar;⁷⁸ esasında, mirasçı veya lehine mal vasiyet

⁷⁷ Ziya Umur, Iustinianus Institutiones, (Institutiones), İstanbul 1968, s. 177; s. 179.

⁷⁸ İlk zamanlarda *fideicommissum*, *legatum*'dan tamamen ayrıldı. Murisin vasiyetname yapabilme ehliyetine (*testamenti factio activa*) gerek vardı, ancak, yükümlülük altında olanların çevresi, *legatum*'dakinden çok daha genişti. Yalnız konulan yükümlülük, yükümlülük altındakine miras yolu ile bırakılan miktarı aşamazdı. Aksi takdirde, *fideicommissum*, aşan kısım hakkında hükümsüzdü. Aynı şekilde yararlananların (*fideicommissarius*) sayısı da fazladır. *Fideicommissum* ile vatandaş olmayanlara da miras yolu ile bir şey bırakılabilirdi. Ancak İmparator Hadrianus bunu yasaklamıştır. Önemli olan nokta, *Fideicommissum*'un yalnız mirasçı nasbında ve *legatum*'da geçerli olan ehliyetsizliğe tabi olmaması idi. Bu yön, İmparator Augustus zamanında gelişmesinin esas sebebi idi. İmparator Augustus'un, evliler ve çocukları korumak için çıkardığı evlilik kanunlarına karşı hile yapılıyordu. *Senatus Consultum Pegasianum* ile bu evlilik kanunları *fideicommissum*'lar için de geçerli kılınmıştır. Vasiyetnamenin ve *legatum*'un şekli şartları, *fideicommissum*'lar hakkında geçerli değildi. *Fideicommissum* aslında hiçbir şekil şartına tabi olmayıp, yazılı veya sözlü yapılabiliyordu. Mutlaka latince olmasına da gerek yoktu. Yükümlülük altına sokulan kimseden, bir rica olduğu için, kullanılması gereken sözler (*verba precativa*), özellikle *rogare* ve

edilmiş kimse statüsünde, bu terekeden faydalanmış bir kimseye, vasiyetçinin, üçüncü bir şahsa vermesi veya lehine bir şey yapması hususunda ileri sürdüğü bir ricadan ibaretti. Bu rica, mameleke girebi- len herhangi bir eşya (*res in patrimonium*) ile ilgili olabilirdi. Augustus Dönemi'nde yasal formasyonuna kavuşana kadar, yaptırımı olmadığı için, vasiyetçi bu ricasını o şahsın iyiniyetine ve şerefine güvenerek, yalnızca yararlanan kişinin vicdanına yöneltirdi.⁷⁹

Fideicommissum'ların zaman içerisinde daha yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanması ile birlikte, gerekli dürüstlük kaidelerine ri- ayet edilmediğini gören Augustus, bu çeşit vasiyetlerin yerine getiril- melerini temin etmek için, sistem dışı yargılama⁸⁰ (*Cognitio extra ordi- nem*) usulüne tabi bir *fideicommissum* davası (*Persecutio fideicommissaria*) tanımıştır. Zira, yukarıda ifade edildiği üzere, muayyen mal vasiyeti yapmak için *legatum* hukuki vasıtasının şekil şartlarını sağlayamama veyahut muayyen mal vasiyeti bırakılamayacak kimselere kazandır- mada bulunma istekleri dolayısıyla, esasen, hukukun bu kesin sınırla- malarından kaçınmak için ortaya çıkmış bir yol olan *fideicommissum* ile, hukukun dolanılması söz konusu olmaya başlamıştır.⁸¹

Mirasçının elde ettiği miktarı aşmamak şartıyla, *fideicommissum*'un miktarını belirlemede özgür olan vasiyetçi, *legatum*'un şekilciliğinin tersine, sözlü ve yazılı hiçbir şekle tabi değildi.⁸² Daha önce belirtildiği üzere, mükellefiyet yüklenene yazılan şekilsiz bir yazı, mektup olan *codicillum*'lar *fideicommissum* içerebilmekte ve böyle şekilsiz bir beyan, herhangi bir vasiyetname ile doğrulanmasa bile, varlığı yeterli sayıl- maktaydı.⁸³

petere'yi içeren şekilde "rica etmek" anlamına gelmeli idi. Genellikle kullanılan şekil, yükümlülük altına konulana yazılı bir mektuptur (*codicillum*). Koschaker/ Ayiter, s. 409-410.

⁷⁹ Oğuzoğlu, Roma Hukuku, s. 317.

⁸⁰ Son İmparatorluk Dönemi'nde, hakların himayesinde uygulanan muhakeme usulüdür. Böylece daha önce, magistra önünde ve hususi hâkim önünde olmak üzere, iki aşama halinde görülen yargılama; sistem dışı yargılama ile tek safhada, bir devlet memuru olan aynı magistra önünde görülerek karara bağlanmakta idi. Umur, Lügat, s. 38.

⁸¹ David Johnston, "Trust and Trust-like Devices", (Trust-like Devices), *Itinerae Fiduciaie, Trust end Treuhand in Historical Perspective*, (Ed. Richard Helmholz/ Reinhard Zimmermann), Dunker&Humbolt, Berlin 1998, s. 46.

⁸² Berk Hasan Özdem, "Roma İmparatorluğu'ndan Günümüze Fideicommissum Familia", *TBB Dergisi*, S.135, 2018, s. 322.

⁸³ Di Marzo, s. 534.

Kendisine bir dava hakkı tanınarak himaye edilmeye başlaması ile birlikte, *fideicommissum*'lar da, akit benzerleri arasına girmiş ve bir borç kaynağı haline gelmişlerdi.⁸⁴ Augustus'un konu ile ilgili düzenlemeleri, Roma Özel Hukuku'nda köklü bir değişime yol açmıştır. Hatta, aile vakfının⁸⁵ tarihinin, tam olarak İmparator Augustus ile başladığı dahi söylenmektedir. Çünkü *ius civile* tarafından dava hakkı tanınmayan bir iyi niyet müessesesi olarak görülen *fideicommissum*, artık bu aşamada dava edilebilir hale gelmiş ve böylelikle uygulanması bir kişinin ahlaki düzeyine bağlı olmaktan çıkarılmıştır.⁸⁶

Tüzel kişilik kazandırılmış ve belirli bir amaca tahsis edilmiş mallar, Klasik Roma Hukuku'nda bilinmemesine rağmen, bu amacı sağlamak üzere kullandıkları farklı hukuki vasıtalar olduğundan bahsedilmiştir.⁸⁷ *Fideicommissum*'un vakfın kökenlerinden biri olduğuna dair görüşler bulunmakla birlikte, günümüzde ağırlık kazanan görüşün, *fideicommissum*'un, Batı'da vakfın kökenlerinden sadece biri olduğu ifade edilmektedir.⁸⁸

"*Fideicommissum familiae relictum*" ise, bir kimsenin irade açıklamasıyla mal varlığında bulunan bir malı veya terekesinin tamamını, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bulunulmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir.⁸⁹ Aile malvarlığının korunması amacını taşıyan bu işlemin sonunda, aile malvarlığı bir bütün halinde veya kısmen, *fideicommissum familiae* işlemini yapan kişinin iradesine bağlı olarak, nesilden nesile aktarılmış olurdu.⁹⁰ *Sub-*

⁸⁴ Honig, s. 420; Küçükgüngör, Vasiyet, s. 230; Koschaker/ Ayiter, s. 409; Özdem, s. 322.

⁸⁵ İsviçre Hukuku, Anglo-Amerikan Trust Hukuku'nun sağladığı amaçların aynılarını veya benzerlerini sağlayabilecek özel kurumlar tanımaktadır. Bunlar, aile vakfı ve anonim ortaklık (holding şirketi) gibi belli bazı ortaklıklardır. Erich Huber, "Karşılaştırmalı Hukuk İsviçre Hukukunda Trust ve Treuhand", (çev. Eylem Apaydın), *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, S.6, Temmuz 2012, s.3.

⁸⁶ David Johnston, *The Roman Law of Trusts*, (Roman Law), Clarendon Press, Oxford 1988, s. 40-41; Johnston, *Trust-like Devices*, s. 46.

⁸⁷ Bkz. *Institutiones Romano-Hispanae* (3.27.7).

⁸⁸ Koschaker/ Ayiter, s. 100; Johnston, *Roman Law*, s. 1; Johnston, *Trust-like Devices*, s. 45. İngiltere'deki trust'ın kökeninin, 19.yy.'a kadar, Roma Hukuku'ndaki *fideicommissum*'a dayandığını düşünülmeyle ve günümüzde de bu görüşün taraftarları bulunmakla birlikte, eskisi kadar kesinlik taşımadığı ileri sürülmektedir. Karakoç, *Vakıf Müessesesinin Kökeni*, s. 439.

⁸⁹ Dural/Öğüz /Gümüş, s. 402.

⁹⁰ Küçükgüngör, Vasiyet, s. 250.

situtio fideicommissaria olarak da anılan bu tasarrufun yerine getirilmesi için, miras bırakan kendi vasiyetnamesinde o şahsı mirasçı olarak atar veya *fideicommissarius hereditatis* (fevkalade ikame/mirasçının ikamesi/artmırasçı atama) yapardı.⁹¹

Vasiyeti yapan aile babası (*paterfamilias*), henüz ergenlik çağına gelmemiş oğlu için, bir yedek mirasçı ikame edebilirdi. Bu tür bir işlem, oğlun mirasçı olamaması veya ergenliğe erişmeden ölme ihtimaline karşı yapıldı. Bu şekilde aile babası, yapmış olduğu bu tasarrufla, bir taraftan kendisine mirasçı olamama, diğer taraftan ergenliğe ulaşmadan önce oğlunun ölme ihtimaline karşı, bir ikame mirasçıyı kendisi belirlemekteydi.⁹² Fakat kendisine mirasçı olduktan sonra ölen bir yabancıya, ikameli mirasçı atayamazdı. Diğer taraftan, vasiyeti yapan kimse, mirasın veya bir kısmının, bir yabancıya ait olmasını kararlaştırabilirdi; ancak bunu, şayet atanmış mirasçı varisi olduktan belirli bir süre sonra veya murisin ölümünde vefat edecek olursa yapabilirdi.⁹³

Vasiyetçi, mirasçının ölümünden sonra, terekenin tamamının başka kimselere intikalini *fideicommissum* ile vasiyet edebilirdi. Bu duruma ilişkin *fideicommissum*'a Gai.I. (2.277)'de rastlanmaktadır: *cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Maevium pertinere*. (Mirasçım Titius öldükten sonra mirasımın Publium Maevium'a intikal etmesini istiyorum).⁹⁴

Vasiyetçinin bu iradesini yerine getirmek için mirasçı, bizzat yaptığı vasiyetnamede ya o kimseyi kendisine mirasçı gösterir veya mirasçısına terekeyi o kimseye terketmesini bir *fideicommissum* ile bildirirdi. Bunlar yapılmadığı takdirde, muayyen mal vasiyetinin mükellefiyeti yüklenmiş olan mirasçının (*oneratus*) mirasçıları, *fideicommissum*'un emrini yerine getirmek mecburiyetinde idiler. Bu şekilde ortaya gerçek anlamda bir "mirasçının ikamesi/fevkalade ikame/artmırasçı atama" (*Substitutio fideicommissaria*) çıkmaktadır.⁹⁵

⁹¹ Umur, Lügat, s. 73.

⁹² Honig, s. 381; Fritz Schulz, Classical Roman Law, Oxford University Press, 1951, s.262 vd. Bu ikame türüne ilişkin bilgiler için bkz. Gai.I. (2.179) ve I. Ins. (2.16.pr.).

⁹³ Di Marzo, s.533.

⁹⁴ Özdem, s. 323.

⁹⁵ Umur, Miras Hukuku, s. 178.

İşte *fideicommissum familiae relictum*, fevkalade ikamenin özel bir hali olarak anılmakta ve bir malın arka arkaya, aynı aile efradına (ister vasiyet edenin ailesi olsun, ister başka birinin ailesi) nakledilmesi olarak tanımlanırdı.⁹⁶

Daha sonra üzerinde durulacağı üzere, Iustinianus'un emirnamesi ile son halini alan, *fideicommissum*'un bu türüne göre vasiyetçi, muayyen bir kimseye terekeyi muhafaza etmesini ve kendi ölümünde de belli vasıfta bir kimseye (genellikle ailenin büyük evladına) vasiyet etmesini emrederdi. Bu müessese, Ortaçağ'da ve Feodal Hukuk'ta büyük bir önemi haiz olarak, geniş ölçüde uygulanmış, toplumsal ve ekonomik etkisi çok büyük olmuştur. Ortaçağ'da vasiyetçi, aile içinde nesiller boyunca sınırlandırılmayan, müteakip ikameler yapmak suretiyle, aile malvarlığının olduğu gibi muhafaza edilmesini sağlamıştır. Bu suretle bazı aileler, çok büyük malvarlıklarını ve servetlerini, satılmaları ve parçalanmaları imkanı söz konusu olmadığından, oldukları halleri ile koruyabilmişlerdir. Bu mameleklerin, alacaklılar karşısında da hususi imtiyazları bulunmakta idi. Bu nevi *fideicommissum*'larla, 15.-18. yy.'lar arasında, feodal teşkilatın bozulması sırasında mücadele edilmiş, birçok teşebbüsten sonra, ancak Fransız İhtilali ile tamamen ortadan kaldırılabilmişlerdir.⁹⁷

Klasik Hukuk'ta, bu çeşit bir *fideicommissum*, öncelikle murisin gösterdiği kimselere, bunlar yoksa, yalnız ölümü esnasında mevcut olan agnatik hısımlarına ve oğullarına ait olurdu.⁹⁸ *Fideicommissum familiae relictum*'a ait bilgilere, *Digesta*'da yer alan Modestinus'a ait bir metinden ve *Codex*'ten ulaşılmaktadır:

D. 31.32.6 (*Modestinus libro nono regularum*):

“*In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine de-*

⁹⁶ Joseph Declareuil, “Quelques notes sur certains types de fidéicommiss”, Extrait des *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, s.135 vd.

⁹⁷ Umur, *Miras Hukuku*, s. 178. Orta çağ ve sonrasında *fideicommissum familiae relictum*'un uygulanışı ve Kara Avrupası Hukuklarında, aile fideikomisi yasağı haline gelişi hakkında bkz. Berk Hasan Özdem, “Roma İmparatorluğu'ndan Günümüze *Fideicommissum Familia*”, *TBB Dergisi*, S.135, 2018, s. 325 vd.

⁹⁸ Di Marzo, s.533.; Armando Torrent, *Fideicommissum Familiae Relictum*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo 1975, s.27.

functi fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit."

"Terekenin vasiyetçinin ailesine *fideicommissum* ile bırakılması durumunda, vasiyette açıkça belirtilen kimselerin veya bunların tümü ölmüşse, vasiyetçinin ölümü anında, onun ismini taşıyanlar ve onların birinci dereceden alt soylarının, eğer vasiyetçi vasiyetinde özellikle diğerlerini belirtmemişse, bunu talep edebilecekleri kabul edilir."⁹⁹

Bu tür *fideicommissum*'un hükmü, Iustinianus Hukuku'nda genişletilmiştir:

C. 6.38.5.1(Imperator Justinianus):

"Et si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam his deficientibus generum et nurum. Et hos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari, ita videlicet, si matrimonium morte filii vel filiae fuerit dissolutum. Nullo etenim modo possint gener vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari, cum hi procul dubio eos antecendant: et hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant."

"Eğer bir vasiyetçi ailesine, kimi yetkili kıldığını belirtmeksizin bir *fideicommissum* bırakırsa, bunun sadece yakın hısımlar için değil, bunların hiçbirinin olmaması durumunda, vasiyetçinin damat ve gelini için de, geçerli olduğu anlaşılmalıdır. Zira bunların *fideicommissum*'a çağrılmaları, evliliğin oğul veya kızın ölmesi sebebi ile sona ermesi durumunda bile, bize adil gözükmemektedir. Ancak damat veya gelin, ço-

⁹⁹ Küçükgüngör, Vasiyet, s. 250-251. Bu metnin interpolatio'ya uğramış olduğu ifade edilmektedir. Otto Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten: Kritische Studien, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887, s.207. Bu metinde, ölümü sırasında vasiyetçinin adına sahip olanlar, onun primo gradu procreati'dir. Açıkçası bunlar mevcut yaşayanlar değildir; aksi halde her hâlükârda, ikinci kategoriye dâhil edilirler (ölümü sırasında vasiyetçinin ismiyle). O zaman Klasik Hukuk bakımından, sırasında bir gelişme var gibi görünüyor: Daha önce personae incertae olarak kabul edilecek kişiler, Modestinus zamanında davacı olarak kabul edilebilirlerdi. Bununla birlikte, personae incertae kavramında, *fideicommissum* familiae alanında bir gelişme görülebilir. Kaynaklarda atıfta bulunulan metinlerde, mülkiyetin devrinin daimi olarak yasaklanmasına ilişkin bir yapı oluşturma girişiminde bulunup bulunmadıklarının, başarılı olup olmadıklarına ve eğer öyleyse ne kadar süreyle olduğuna dair bir gösterge yoktur. Johnston, Family Settlements, s. 246.

cuklarının hayatta olması durumunda hiçbir şekilde *fideicomissum*'dan yararlanamaz, zira şüphesiz sonraki öncesine tercih edilecektir. Bu tabi ki, hısımlık derecesine göre gerçekleşir ve azatlılar en sonda yer alırlar.”¹⁰⁰

M.S 2. yy.'da Roma'da uygulanmakta olan, yukarıda açıklanan fevkalade ikameyi takiben Iustinianus'un *Novellae* (Nov.159, c.2) ile son şeklini verdiği “*Fideicommissum familia relictum*” adlı kurum doğmuştur.¹⁰¹ Bu emirname hükmüne göre vasiyetçi, vasiyetini bıraktığı kişiye terekeyi muhafaza etmesini ve ölümü durumunda belli bir kişiye değil, belirli vasa sahip bir kimseye (genellikle ailenin büyük evladına) vasiyet etmesini emrederdi. Iustinianus Dönemi'nde bu işlemin etkisinin, dördüncü kuşak ile sınırlandırıldığı görülmektedir.¹⁰²

Fideicommissum familiae relictum'da, toplumda ihtiyaç sahibi kişileri düşünerek ebediyete kadar sürecek bir hayır maksadına tahsis edilmiş mala yönelik ifade, kayıt veya anlayış yoktur.¹⁰³ Müesseses kural ve kaynak bakımından hayri maksatlı bağışlamalar için bir hukuki çözüm olarak ortaya çıkmamış ise de, gerektiğinde “benzer amaçlar” için *fideicommissum*'un kullanıldığı, yukarıda, vakıf bahsinde izah edilmiştir.

Fideicommissum familiae relictum'dan hareketle, genel olarak Roma Hukuku'nda, bu şekilde bir intikal çizgisi çizilerek ve malların devredilmezliği kesinleştirilerek, mirasçılarının malların özgür tasarrufundan yoksun bırakıldığı düzenlemeler olup olmadığı noktasında, kısa bir değerlendirme yapabilmek için, Scaevola'nın ilgili *digesta* metnine bakmak yararlı olabilir.

D. 32.38.pr. (*Scaevola libro 19 digestorum*):

“*Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis et ceteris cognatis fideicommisserat: filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris, a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecaeve nomine transtulit: quaesitum est, an pignus recte contractum esset. Respon-*

¹⁰⁰ Küçükgüngör, Vasiyet, s. 251.

¹⁰¹ Umur, Miras Hukuku, s. 182.

¹⁰² Di Marzo, s.533.; Umur, Miras Hukuku, s. 178.

¹⁰³ Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 444.

dit secundum ea quae proponerentur recte contractum. Idem quaesit, cum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint. Respondi secundum ea quae proponerentur recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset."

"Bir baba, aynı zamanda varisi olan oğlunu mirasına dahil arazileri devretmesini veya rehin vermesini yasakladı; ancak yasal evlilik ile sahip olabileceği çocuklarının ve diğer akrabalarının yararına tutmakla yükümlendirdi (*fideicommissum*). Terekenin bir alacaklısına ödeme yapan oğlu, babasının yükümlendirdiği belirli arazileri, ödemeye para elde etmek için, söz konusu arazileri rehin veya ipotek yoluyla ikinci bir alacaklıya aktardı. Soru, rehnin hukuken geçerli olup olmadığına ilişkindir. Cevap, belirtilen gerçeklere göre, yasal olarak sözleşme olduğudur. Oğlunun alacaklılarını tatmin etmek için, terekenin bir parçasını oluşturan araziye satması gerekip gerekmediği, bir *fideicommissum*'un varlığından habersiz olan alıcıların, araziye yasal olarak satın alıp alamayacakları sorusu da gündeme geldi. Belirtilen gerçeklere göre, borcun ödenebileceği terekeye ait başka bir mülk yoksa, satışın geçerli olacağı şeklinde yanıtlandı."

Scaevola'nın bu cevabı (*responsa*) ve *digesta*'sı gibi, İmparator Caracalla öncesindeki metinlerde, tek bir homojen *fideicommissum familiae* değil, farklı etkileri ve amaçları olan çeşitli yasaklar ve mülkiyetin devrini engelleyen düzenlemeler bulunmaktadır. Birincisi, bir *fideicommissum* eşliğinde ve neredeyse her zaman, ilgili ailenin yararına, devir konusunda temel bir yasak vardır. Bu yasak dar şekilde yorumlanır ve Scaevola'ya göre, bu bir *fideicommissum* oluşturmadığı gibi, ilgili yasak, sadece yaşayanlar arasındakilerin (*inter vivos*) tasarruflarına ilişkin bir etkiye sahip idi. Sonuç olarak, asla bir süreklilik sağlayamazdı. İlk nesil için iyi korunmuş olsa da, sonrakiler için süreklilik sağlamaya dair bir öngörülerini olduğu söylenemezdi.¹⁰⁴

İkincisi, aynı soyadını (*nomen*) taşıyanlardan mülkiyeti devralma yasağı vardı. Burada belirgin bir karşıtlık olduğu ifade edilir: bu klostlar hemen hemen her zaman, *liberti* lehindeki tasarruflarda bulunurlar ve *fideicommissa* (trust¹⁰⁵ içinde miras bırakılmış) olarak ifade edilirlerdi

¹⁰⁴ Johnston, Family Settlements, s. 268.

¹⁰⁵ Trust doktrinde, temel özelliği, bir mal veya mal topluluğunun bir kişi (malik)

ve bunlar vasiyetnameyi kısıtlardı. Scaevola'ya kadar, yararlanıcıların, ilgili mülkü, *nomen* sahibi haleflere hukuken aktarabildiği görülmektedir. Üçüncüsü ise, mülkiyetin iktisabını sonsuza kadar engelleyen düzenlemelerdir. Diğer iki türe göre, bunlar daha nadir görülmekteydi ve çoğunlukla ilgili aile lehine olurdu.¹⁰⁶

Aile evlatları ve azatlılar lehine olarak yapılan bağışlamalardan genellikle, *fideicommissa familiae relictam* olarak bahsedilmekteydi. Her iki türün de, *fideicommissum* olduğu ve her iki yararlanıcının da *familia* üyesi olduğu doğru olsa da, terim önemli ayrımları gizlemektedir. Genel olarak, Roma Hukuku'nda, özgür bir kimse lehine yapılan tasarruf ile azatlı lehine yapılan tasarruf aynı görülmemekteydi. Kaynaklar

tarafından diğerine taahhüt veya emanet edilmesi olan bir hukuki işlem şeklinde anlaşılmaktadır. Kendisine taahhüt edilen kişi bu mülkü, kendisinden başka bir kişi/kişilere iletmek; bir başkası için elinde tutmak veya yararlanıcılar lehine bazı görevleri ifa etmek yükümlülüğü altına girmektedir. Fakat kendisi bundan yararlanamamaktadır. Hukuk sözlüğüne göre, trust "bir mülkün, aynı veya şahsi olarak, bir kişi yararına olacak şekilde bir başka kişinin elinde tutulması" demektir. Bu tanım aynı anda biri hukuki, diğeri hakkaniyetten kaynaklı iki menfaati birlikte içermektedir. Müteveli (trustee), hukuki kimliği veya menfaati taşıyan taraftır; cestui que trust/yararlanıcı (beneficiary) ise, hakkaniyet menfaatinin taşıyan taraftır. Eğitim, din, burs veya hayri maksatla yapılan trust'lara charitable/public trust denir. Bunun yanı sıra doğrudan doğruya veya açık (express/direct) trust'lar, sağlararası (inter vivos), örtülü trust'lar, sabit yatırım ortaklığı (fixed investment trust), nesil atlama transfer trust'ı (generation-skipping transfer) gibi trust türleri de vardır. Karakoç, Vakıf Müessesesinin Kökeni, s. 451, dn. 107. İngilizce bir kelime olan "trust", genellikle tercüme edilmeden orijinal dilindeki anlamından çok farklı anlamda kullanılır. Örneğin, İsviçre'de "trust" kelimesi yaklaşık olarak şu anlama gelmektedir: "Kendi bireysel öz ekonomik varlıklarından vazgeçmiş bağlı şirketleri olan ve bunların hakim şirketle birleşerek merkez yönetiminin pazar üzerinde tekeli kontrolü olan bir birlik oluşturduğu tekelleştirilmiş iştir." Huber, s. 1. Türkçe'ye vakıf veya kayyumluk diye de çevrilebilen "trust" terimi; Türk Hukuku'nda vakıfların sadece hayır işleri için kurulabildiği dikkate alındığında, Anglo-Amerikan Hukuku'nda hayır işleri amaçlarının yanı sıra, çoğunlukla, özel amaçlı bir tür servet yönetimi statüsü olarak görülmektedir. Daha ötesi, İngilizcede "foundation" ve "endowment" kelimeleri de, Türkçe'ye vakıf olarak çevrilebilmektedir. Türk Hukuku'nda yer alan kayyumluk müessesesi ise, zorunlu sınırlılıkları haizdir. Tüm bu kavramlarla karıştırılmaması amacıyla ve Türk Hukuku'nda birebir uygulama karşılığı bulunmaması nedeniyle, "trust" terimi servet yönetimi olarak çevirebildiği gibi, yine, "trust" terimi yerine mutemetlik, settlor yerine kurucu, trustee yerine mutemet, beneficiary yerine lehdar, protector yerine hami, foundation yerine vakıf, founder yerine vakfeden gibi, Türkçe görelî uygun karşılıklar kullanabilmektedir. Türkben Pedük, "Servet Yönetimi Hizmetleri (Trust/Fiduciary Services)", Maliye Finans Yazıları, S.83, Nisan 2009, s. 131, dn.3. Bu nedenle ilgili terim, bu çalışmada, görece uygun karşılıklarla eşleştirilmek yerine, aynen muhafaza edilmiştir.

¹⁰⁶ Johnston, Family Settlements, s. 268-269.

incelendiğinde, amaçlanan faydalanıcılara göre, tamamen farklı trust biçimlerinin büyük bir tutarlılıkla kullanıldığı görülmektedir. Bu farklılıklar, hukuki yorumlanmalarında gözlemlenirdi ve bu trust'ların birbirlerinden ayrı işlevlerini yansıtırdı.¹⁰⁷

Sonuç olarak; Roma Hukuku'nda malvarlığının devrini yasaklayan düzenlemelere bakıldığında¹⁰⁸, İmparator Hadrianus'tan başlayarak, Severus ve Caracalla'nın emirnamelerine kadar, sürecin yasal boşluklar içerisinde geliştiği ifade edilmektedir. Scaevola, mülkiyetin devrine ilişkin aynı etkili yasaklamalardan bahseder, ancak bunlar sadece birinci kuşağa kadar etkilidir. *Missio in rem*¹⁰⁹ ile korunan, *fideicommissum*'ların olduğu, ancak bunların sadece alıcının bilgisini kanıtlar nitelikte olduğu ifade edilir. Scaevola'ya göre, *fideicommissum*'lar ile malvarlığının devrine ilişkin sınırsız bir yasak koymak mümkün olmamalı idi. Hatta, belirli sınırlar dahilinde, aynı taleplerin dahi ileri sürülebileceğini önermekteydi. Özellikle belirli bir malın veraset yolu ile kuşaktan kuşağa devrinin amaçlandığı durumlarda, bu devir yasağına ilişkin düzenleme karşısında, aynı hak iddiasının mevcudiyeti önemli olurdu. Severus ve Caracalla'nın emirnameleri de, bu tip düzenlemeleri sınırlandırma amacı taşımakla birlikte, *fideicommissum*'larla birlikte olmadıkça, mülkiyetin devrini yasaklayan düzenlemelerin yapılmasını açıkça ve hukuken yasaklayan bir kural bulunmamaktaydı.¹¹⁰

III. Türk Hukukunda "Aile Fideikomisi" Yasağı

TMK¹¹¹ md. 372'de, "(1) Aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamala-

¹⁰⁷ Johnston, Family Settlements, s. 271.

¹⁰⁸ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Giuseppe Grosso, I Legati Nel Diritto Romano, Giappichelli, Torino 1962; Giambattista Impallomeni, L'efficacia del fideicommissum pecuniario nei confronti dei terzi: la in rem missio, Giuffrè, Milano 1967; William Lewis, Das Recht des Familienfideicommisses, Berlin 1868.

¹⁰⁹ Burada missio in rem olarak ifade edilen, muayyen mal vasiyetlisinin kabulü takip eden talebinden itibaren, altı ay zarfında kendisine vasiyet edilmiş olan mal, mirasçı tarafından henüz verilmemişse, bizzat mirasçının mallarının zilyetliğine el koymasına imkân tanıyan Antonius Caracalla'nın kararıdır. Ayrıca şart veya vadeye bağlı olarak, kendilerine muayyen mal vasiyet edilmiş kimselere, kendilerine yeterli derecede teminat veremeyen mirasçının mallarının elde bulundurmasını (detentio) veren bir missio'da (Missio In Possessionem Legatorum Servandorum Causa) bulunmaktaydı. Umur, Lügat, s. 136-137.

¹¹⁰ Johnston, Family Settlements, s. 289.

¹¹¹ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (RG T.08.12.2001, S.24607).

rın yapılması için kişiler hukuku ve miras hukuku hükümleri uyarınca aile vakfı kurulabilir. (2) Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır. Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz.” denilmek sureti ile, aile vakfı yoluyla Miras Hukuku’nun intikal kurallarını bertaraf edecek şekilde, aynı soydan gelenlere özgülenmesi şeklinde aile fideikomisi kurulması yasaklanmıştır.

Aile fideikomisi kavramı, “09.11.2006 Tarihli ve 5555 Sayılı Vakıflar Kanunu ve Anayasa’nın 89. ve 104. Maddeleri Gereğince, Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/24)”¹¹² unda, şu şekilde geçmektedir: “...Cumhuriyeti kuran iradenin, eski vakıflar ile yeni vakıfların kesin surette birbirinden ayrılmasına önem vermesi, en az diğer İnkılap kanunları kadar temel bir konudur ve esasen onlarla bir bütünlük taşımaktadır. Çünkü: Bir yandan, çağdaş bir hukuk sisteminde, yurttaşlar arasında din esasına dayalı ayırım yapılması mümkün değildir. Nitekim Türk Medeni Kanununa göre, bütün yurttaşlar, herhangi bir ayırım yapılmaksızın tesis (vakıf) kurma hakkına sahiptirler. Diğer yandan; cemaat temeline dayalı olmasa da, zaten olağan vakıfların da; sahih-gayrisahih, hayri-zürri, mazbut-mülhak gibi çok değişken hukuksal statüleri içerisinde, sosyal ve idari düzenin bütününe yayılmış ve onu kuşatmış bünyeleri dikkate alındığında, bunların aynen devam ettirilmesi halinde modern bir hukuksal ve idari sistem kurulmasının imkânsız kılınacağı açıktı. Çünkü, bir yandan birçok kamu kaynağı, birçok kamu hizmetine belli bir bütünsel sistem anlayışı içerisinde olmaksızın tahsis edilmekle görünürde vakıflar (gerçekte kamu hizmeti birimleri olan gayrisahih vakıflar) kurulmuş; öte yandan, tekke ve zaviyeler etrafında oluşan tamamen şer’i vakıflar, yine bu tür vakıfların ayrıcalıklı kesimini oluşturan ve tarikat şeyhlerine tahsis edilmiş eizze vakıfları denilen “müstesna vakıflar”; **çağdaş hukuk sisteminin kabul etmediği “aile fideikomisi”**¹¹³ benzeri zürri vakıflar oluşturu-

¹¹² TBMM 23.Dönem, 2.Yasama Yılı, Sıra Sayısı:98, <https://www.tbmm.gov.tr/sira-sayi/donem23/yil01/ss98.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.12.2019).

¹¹³ Aile fideikomisi kavramının geçtiği bir başka hukuki metin ise, AYM’nin 2008/22E. ve 2010/82K. sayılı kararıdır. Anılan karara konu olayda; Ana muhalefet partisi TBMM grubu, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun, md.26/1fıkrasının iptali için, AYM’ye başvuruda bulunmuştur. İptali istenilen md.26/1’de, “Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla, iktisadi işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler” denilmektedir. Ana muhalefet partisinin maddenin iptaline yönelik gerekçesinde ise, aile fideikomi-

rumuştur. Özetle; bütün bu eski vakıfların ortak yönü; bünyelerinin Şariat Kurallarına göre oluşturulmuş bulunmasıdır. Bu vakıfların yeni oluşturulan Medeni Hukuk kapsamında varlıklarının ve devamlarının sağlanması ise, kurulmak istenen çağdaş Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kurulamaması anlamına gelecekti...”.

Bu raporda, “zürri vakıf” ile kastedilen, vakfedenin zürriyetinden olanların bu vakıftan faydalanmalarını kabul eden vakıflardır. Zürri vakıflarda amaç, vakfedenin aile fertlerinin bu vakıftan yararlanmalarını sağlamak olduğu için bunlara “zürri vakıflar” denilmiştir. Zürri vakfı, “aile ve soydan gelenler için vakıf” olarak da ifade etmek mümkündür. Bu kişilerin yararlanmasından sonra, vakıf bir yardım amacına yönelse dahi, zürri vakıf olma durumunda bir değişiklik meydana gelmezdi. Örneğin, vakfeden kişi önce kendisine, sonra çocuklarına daha sonra da bir hayır amacına yönelik vakıf kurabilirdi. Vakfeden genellikle zengin olmakla birlikte, fakir ve yardıma muhtaç çok sayıda akrabası varsa, bu şekilde “zürri” ya da “evladiye vakfı” olarak adlandırılan bir vakıf kurmayı tercih etmekteydi.¹¹⁴

si kavramına yer verilmektedir: “Görüldüğü üzere ilk fıkra “vakıflar” diyerek başlamaktadır. Bu düzenleme şekli, iki bakımdan uygun değildir. Birincisi, eski vakıfların istisnailik niteliğinin ortadan kaldırılıp, onların olağan vakıflarla aynı hak ve yetkilere sahip kılınmaları, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin çağdaş ve laik hukuki yapısıyla bağdaşmaz. Bir defa, mülhak vakıflar, aile fertlerine nesilden nesile gelir dağıtılması amacına yönelik olarak kurulmuşlardır ki, batı hukukunda “aile fideikomisi” olarak adlandırılan, orta çağ kökenli bu sistem, miras hukuku anlayışla uyumlayan yapısı sebebiyle çağdaş hukuk düzenlerince benimsenmemiş ve yasaklanmıştır. Aslında bu sistemin, bu vakıfların kurulduğu dönemdeki hukuk düzeni ile de bağdaşmadığı bilinmektedir. Hal böyle iken, tamamen istisnai nitelik taşıyan bu vakıflara ve bu vakıfların bir türü olan ve yine Yunanistan dışındaki batı dünyasında örneği bulunmayan cemaat vakıflarına sürekli gelişme, büyüme ve sanki hukuk düzenine uygun kurumlarmış gibi her türlü hak ve fiil ehliyetine sahip olma olanağı verdiği için, en azından Cumhuriyetin laik niteliği ile bağdaşır değildir. Öte yandan, mal edinme, işletme, şirket kurma, ortaklık yapma yetkileriyle donatılmış vakıflar, ülkemizde en temel kamu hizmet alanlarına yayılacaklardır. Okullar ile hastaneler, yani eğitim ve sağlık alanı ilk hedefler olacaktır. Bu nedenle iptali istenen kural, yalnızca “laiklik” ilkesine değil, aynı zamanda “sosyal devlet” ilkesine de ters düşmektedir...”¹¹⁴ AYM, iptali istenen hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine karar vermiştir, (RG T.11.01.2011, S. 27812).

¹¹⁴ Şebnem Akipek/Hüseyin Altaş, “Vakıflarda Evladiye Davaları”, *AÜHFHD*, C.47, S.1, 1998, s.145-146. Zürri vakıflar, evlat ve torunlara tahsis edilmiş olan ve nihai amacı yine de fakirlere yardım olan vakıflardır. Böylece, bir kimsenin bir malını evlat ve torunlarına vakfetmesi, sahih bir vakfa vücut verirdi. Zürri vakıfların vakıfnamesinde, vakfeden yalnız “evladına” demiş ise, kendisinden sonraki birinci

Osmanlı Devleti Dönemi'nde ise, tartışmalı olmakla birlikte, bir ailenin üyelerine menfaat sağlayan, onların hak ve menfaatlerini gözetilen aile vakıflarının kurulması caiz görülmüştür. Yukarıda açıklandığı üzere, zürri vakıf denilen bu vakıflarda; vakıf senedinde belirtilen yardım koşullarının ifasından sonra, vakfın gelirinden (galle) fazlasının, vakıf senedinde belirtilen evlatlara ya da hısımlara verilmesi öngörülmüştür. Vakfeden, vakfın gelirinin fazlasından, sadece belirli bir kişi ya da kişilerin veya çocuklarının, alt ve/veya üst soyunun ya da diğer akrabalarının yararlanmasını mümkün kılabilirdi. MK sonrasında, Vakıflar Kanunu (05.06.1935 tarih ve 2762 sayılı) ile mazbut ya da mülhak vakıf kabul edilen zürri vakıfların malvarlığı üzerinde hak sahipliği bulunanların, bu hakları belirli koşullara bağlı olarak korunmuştur.¹¹⁵

Zürri vakıflar, ülkemizde halen mevcut olup, eski MK md.322/2 uyarınca, böyle vakıfların kurulması men edilmişti.¹¹⁶ MK, md. 322'nin başlığı "Aile Vakfı" idi. Oysa bu başlık, yukarıda izah edilmeye çalışılan zürri vakıflar anlamında değil, MK'da hükme bağlanmış olan tesis anlamındadır.¹¹⁷ Burada "tesis" ile kastedilen, daha önce bahsi geçen, MK'da, "vakıf" terimi yerine tercihen kullanılan ve artık amacının "kurbet kastı" kapsamına girmesi aranmayan, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemele-

göbeğin ölmesi ile vakıf fakirlere tahsis edilir. Vakfeden, "evladıma ve evladı evladıma vakfettim" demişse, o zaman soyu son bulana kadar bu vakıftan faydalanılır, sonra fakirlere tahsis olunurdu. Böyle vakıflarda, vakfın soyundan gelen bütün kişiler vakıftan faydalanırlardı. Yani, ikinci göbekten birisi varken dahi üçüncü göbekten olanlar da istifade ederlerdi. Vakfeden, bir nesil son bulmadan, daha sonraki neslin faydalanamayacağını söylemişse, bu kayda itibar olunurdu. Ahmet İşeri, "Vakıflar (Medeni Kanun'dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev'ileri ve Hukuki Mahiyetleri)", *AÜHFD*, C.21, S.1, 1964, s.207-208.

¹¹⁵ Ömer Çınar, "Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, *MÜHF-HAD Özel Sayısı*, C.22, S.3. 2016, s.831.

¹¹⁶ İşeri, s. 208. Zürri vakıfların vakıf senedinde, mirasçılardan zikredilmesinin, her zaman vakfın amacına aykırı olmayacağı, insanların kendi hısımlarına yaptığı sadakanın İslam dinine göre daha hayırlı ve sevap olduğu, ancak vakfedenin amacının, bazı mirasçıları mirastan mahrum etmek olduğu durumlarda ise, bu tür vakıfların caiz olmayacağı ileri sürülmüştür. Ahmed Akgündüz, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayinevi, İstanbul 1996, s. 271-273.

¹¹⁷ Coşkun Üçok, *Türk Hukuk Tarihi*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1957, s.101.

riyle oluşan, tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Nitekim, MK'nın aile vakfına ilişkin düzenlemesi, "Üçüncü Fasıl / Aile Malları" başlığı altında yer almaktaydı.¹¹⁸

MK md.322 "(1) Aile efradının talim ve terbiyesine, teşhiz ve muavenetine ve bunlara mümasil gayelere muktazi masarifin tediyesi için; eşhas ve miras hukukuna dair olan hükümlere tevfikân, aile vakıfları tesis olunabilir. (2) Bir malın veya bir hakkın devir ve ferağ edilememek üzere bir aileye tahsisine ve aile efradı arasında tarzı intikaline dair her türlü tasarruf memnudur. Bu tarzda tasarruf tesisat ihdasi fikri ile dahi mezc olunamaz" hükmünü içermektedir.

Bu maddenin ikinci fıkrası, MK'nın, 468 ve 469. maddelerinde yalnız bir dereceli olarak kabul edilmiş bulunan "fevkalade ikame (art-mirasçı atama)"¹¹⁹ müessesesine istisnai bir hüküm teşkil etmekte ve bir malın devir ve ferağ edilmemek üzere bir aileye tahsisine ve aile arasında intikal tarzına ait tasarruflar anlamına gelen, çalışma konumuzu oluşturan, "*fideicommissum familiae*"yi men etmekteydi. Zira aile vakfı tesis edilince, vakfa tahsis edilen mallar, aile efradına değil, tüzel kişiliğine ait olmaktadır. Aile efradı, vakfa tahsis edilen mallardan, ancak vakıf senedinde gösterilmiş sınırlar dairesinde, intifa ve istifade ederler. Hatta, vakfa tahsis edilen mallar, vakfın menfaati icap ettirdiği takdirde satılarak, yerine başka mallar alınabilir. Halbuki bir malın ferağ edilememek üzere bir aileye tahsisine ve aile efradı arasında intikaline müsaade edilmiş olsa idi, bu mal tahsis edildiği ailenin veya

¹¹⁸ Medeni Kanun, geniş anlamda aileyi düzenlerken, ailenin ekonomik bakımdan güçlü bir birlik görünümünde olmasını sağlamak üzere, aileye özgü bir malvarlığı oluşturabilme imkânı yaratmıştır. Bu düzenlemenin amacının; aile içinde ekonomik yardımlaşma ve dayanışmanın sağlanması, aile mallarının parçalanmaktan korunması ve bunların ekonomik bakımdan verimli işlere özgülenmesinin sağlanması, kısacası, ailenin ekonomik bakımdan kuvvetlendirilip, sağlam temellere dayandırılması olduğu ifade edilmektedir. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Yayınevi, Ocak 2019, s. 459.

¹¹⁹ Fevkalade ikamede, lehine tasarruf yapılan şahıs, tasarruftan yararlanır; fakat öldüğü zaman veya iktisaptan belirli bir süre sonra mansup (atanmış) mirasçı veya muayyen mal vasiyeti lehdarı sıfatı ile iktisap etmiş olduğunu, namzede devretmeye mecburdur. Demek ki, ilk mansup mirasçı veya muayyen mal vasiyeti lehdarı, tasarruftan belirli bir süre yararlandıktan sonra, namzet denilen şahıs faydalanır. Tasarrufu yapan, aynı mükellefiyeti namzede tahmil edemez (yükleyemez). Yani mütevali (ardışık) fevkalade ikame caiz değildir. Şakir Berki, "Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları", (Miras Hukuku), AÜHFD, C.31, S.1, 1974, s.321.

aile efradının hangisine intikal etmiş ise, onun mülkü olacak ve fakat maliki olarak bu malı devir ve ferağa yetkisi olmayacak, tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olacaktır.¹²⁰

Esasen, burada dikkat edilmesi gereken nokta, yapılan tasarrufun, ilgili aile fideikomisi¹²¹ yasağı kapsamında, bazı mirasçıları mirastan mahrum etmek amacıyla yapılıp yapılmadığıdır. Aile vakfı kurma görünürdeki hukuki amacı altında, aile fideikomisi türünde tasarrufta bulunmak, mirasçıların mahfuz hisselerini ihlal edecek ve Miras Hukuku'na ilişkin kurallarının yok sayılması sonucunu doğuracaktır. Elbette, gerçek kişiler, yaşamları boyunca malvarlıkları üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunabilirler. Ancak, ölüme bağlı bir tasarrufla, aile vakfı kurma görünen hukuki amacı altında, mirasçıların kanuni hakları ve Miras Hukuku'nun temelini oluşturan saklı payla ilişkin kurallar ihlal edilmemelidir. Aksi durumlarda, mirasçılar tarafından bu vakıf işlemi iptal ettirilebilir.¹²²

Yürürlükte olan TMK md.372'de, "Üçüncü Ayırım: Aile Malları" kısmında yer almakta ve yine "Aile Vakfı" başlığını taşımaktadır. Ancak yine burada aile vakfı ile kastedilen, MK öncesinde var olan "zürri vakıflar" değil, aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamaların yapılması için, Kişiler Hukuku ve Miras Hukuku hükümleri uyarınca kurulabilecek, tüzel kişilik kazandırılan mal topluluklarıdır.¹²³ Aile vakfı,

¹²⁰ Samim Gönensay, *Medeni Hukuk, C. II. Kısım II, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940*, s.141; Mustafa Reşit Belgesay, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi, II Aile Hukuku, Şaka Matbaası, İstanbul 1952*, s. 313; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, (Medeni Hukuk), Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963*, s. 320-321.

¹²¹ Bir babanın sahibi olduğu çiftliği, daima ailenin en büyük oğluna kalacak şekilde ve üzerinde tasarruf edilemeyecek şekilde bir intikal düzenlemesi yapması, bir aile fideikomisi'nin kurulması demektir. Bu halde, aile vakfında olduğu gibi, bir tüzel kişilik kurulmamakta, bir şey özel bir malvarlığı haline getirilmektedir. Esasında bir Orta çağ kurumu olan ve İsviçre'de sayısız küçük derebeyliklerin doğmasına sebep olan aile fideikomisi demokratik sayılmadığı için yasaklanmıştır. Dural/Öğüz/Gümüş, s.402.

¹²² Akipek/Altaş, s.146.

¹²³ Kişi bunu yapacak yerde, bu harcamalar için ihtiyacı olan kişilere bağış ya da ölüme bağlı tasarruf yapabilir. Ancak ihtiyaç sahibi kişiler, bağışlanan bu amaçlara değil başka amaçlara harcaayabilirler. Bu durumda bunların eğitim ve öğrenimleri, sağlık, evlilik, seyahat gibi donanım ve benzeri ihtiyaçları karşılanmamış olur. Aile vakfı kurulmak sureti ile, bu ihtiyaçların amaca erişinceye kadar düzenli olarak karşılanması sağlanmış olacaktır. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2019*, s. 544.

kurum olarak, TMK md.101 ve sonrasında düzenlenmiş bulunan vakfın özel bir türüdür. Aile vakfı, diğer vakıflardan amaç ve yararlanacaklar bakımından ayrılır. Zira, genel vakıflar her türlü amaçla, hatta iktisadi amaçla bile kurulabilirken, aile vakıfları ancak TMK md. 372'de açıkça belirtilen amaçlar¹²⁴ için kurulabilir.¹²⁵ Kanun koyucu "...bunlara benzer amaçların" ifadesi ile; esasen, saymış olduğu amaçları bir yandan sınırlı sayı (*numerus clausus*) prensibine tabi tutmak istemezken, diğer taraftan, aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri olarak saydığı amaçlara uygun olan benzer amaçlarla değerlendirilmesini öngörmektedir. Dolayısı ile, herhangi bir şart aranmaksızın, aile üyelerine irat bağlanması ya da vakfın gelirinin bir kısmının, toplum çıkarlarına harcanması amacı taşıyan bir aile vakfı kurulması mümkün değildir.¹²⁶ Zira bu faraziye ile, aile vakfı hukuki vasıtası kullanılarak, MK öncesindeki zürri vakıfların kurulması söz konusu olacaktır.

Vakıftan yararlanacak kişiler, genel vakıflarda ilgili herkes olabilirken, aile vakıflarında ise, sadece o aileye mensup olanlar, yani aile bireyleri olabilirler.¹²⁷ Vakıf senedinde, vakıftan aile bireylerinden başka kimselerin de yararlanacakları öngörülmüş ise, bu vakıf artık bir aile vakfı olmaktan çıkar ve genel nitelikte bir vakıf niteliğini kazanır. Aile vakfı da diğer vakıflar gibi, resmi senet veya ölüme bağlı tasarrufla, örneğin vasiyet yolu ile kurulur.¹²⁸

TMK md. 372/2. fıkrasında yer alan aile fideikomisi yasağını¹²⁹

¹²⁴ Bu amaçlar; aile bireylerinin, eğitim ve öğretim yoluyla yetişmeleri, işe başlarken sermaye ve mesleki donanımlarının, evlenirken çeyizinin sağlanması, muhtaç olanların bakımı ile hastaların tedavisi için gerekli olan giderlerin karşılanması olabilir. Akıntürk/Ateş, s. 460.

¹²⁵ Akıntürk/Ateş, s.459.

¹²⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s.401.

¹²⁷ Akıntürk/Ateş, s. 459.

¹²⁸ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku C.II, Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s.476; Akıntürk/Ateş, s.460.

¹²⁹ Aile fideikomisi, Avrupa'da Orta Çağ'da ortaya çıkmış olan bir kurum olup, başkasına devir ve ferağ edilemeyen, miras yolu ile yalnız belli bir aileye mensup bireyler arasında, evlattan evlada geçen mallar demektir. Sözü edilen malların evlattan evlada geçişi, önceden tayin edilen bir sıraya göre gerçekleşiyordu. Mesela bir zengin, sahibi bulunduğu malikaneyi, şatoyu, nesiller boyunca, büyük evlattan büyük evlada geçecek surette vasiyet edebilirdi. Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1971, s.614. Doktrinde, aile fideikomisi'nin sadece, vakıftan yararlanacak kişilere dair bir sınırlama getirdiği ve böylece vakfın kurulması sırasında hak sahibi olabilecek kişilerin, belirlenen kişiler olabileceği, bu kişilerin de ölümü halinde, aynı vakıftan kuşaktan kuşağa geçecek şekilde yararlanılmasını sağladığı için, TMK md. 372/2'de yasaklandığı ileri sürülmüştür. Bu değerlendirme için bkz. Kılıçoğlu, s. 544.

takiben, “... Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz” şeklinde, kaynak İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda¹³⁰ yer almayan bir ifadeye yer verilmiştir. Bunun sebebi, aile fideikomisi’nin tüzel kişiliği olan bir vakıf değil, daha önce ifade edildiği üzere, özel bir malvarlığı olmasıdır. Maddede ifade edilmek istenen, aile fideikomisi oluşturacak tasarrufun, MK öncesinde yer alan zürri vakıflara benzer şekilde¹³¹, vakıf kurma amacı ile de yapılamayacağıdır. Dolayısı ile burada vakıf kurma amacı ile kastedilenin, zürri vakıflara benzer şekilde vakıf kurma şeklinde anlaşılmasına dair yorum; ifadenin, kaynak İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda yer almamasını açıkladığı gibi; ilgili hükme, MK’nın resepsiyonu sırasında, kanun koyucunun hangi saikle bu ifadeyi ekleme ihtiyacı hissettiğini de açıklamaktadır.

Yine aile fideikomisi ile benzerlik gösteren, MK md. 468 ve devamında düzenlenen fevkalade ikame¹³² (arttırma atama) hukuki

¹³⁰ Kaynak İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu (ZGB): Dritter Abschnitt: Das Familienvermögen A. Familienstiftungen Art. 335: 1. Ein Vermögen kann mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet wird. 2. Die Errichtung von Familienfideikommissen ist nicht mehr gestattet. Türk Medeni Kanunu, [http:// www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-372/](http://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-372/), (Erişim Tarihi: 15.12.2019).

Nitekim, ilgili madde başlığında “Familienstiftungen” aile vakfı terimi kullanılırken, 2. fıkrada, “Die Errichtung” ifadesi ile, aile fideikomisi kurulmasına izin verilmemiştir.

¹³¹ Bu kurum (aile fideikomisi), eski hukukumuzda mevcut olan “zürri vakıflar”ı, yani evlad-ı zürriyet vakıflarını karşılamaktadır. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.611.

¹³² Roma Miras Hukuku’nda, “Substitutio Fideicommissaria” olarak da anılan “Fideicommissum Familiae”, günümüz Miras Hukuku’ndaki “Fevkalade İkame” ile büyük benzerlikler göstermekte idi. Günal, s. 441. Fevkalade İkame, MK md. 468 ve devamı maddelerinde düzenlenmişti. Buna göre fevkalade ikame, öyle bir ölüme bağlı tasarruftur ki, onunla muris, mansup (atanmış) mirasçıya veya muayyen mal vasiyetlisine, mirası ya da vasiyet olunan muayyen bir malı (terekede bulunan belli bir malı) bir süre sonra, üçüncü bir kişiye nakletmek mükellefiyetini yükler. Bu düzenleme ile miras bırakan kişiye, iki farklı kişinin belli bir süre içinde ve birbirini izleyerek halef olmaları öngörülmüştür. Fevkalade İkame, Roma Hukuku’nda sadece, terekenin tamamına ilişkin olarak yapılırken, çağdaş Miras Hukuk’larında terekede bulunan herhangi bir mal için de söz konusu olabilmektedir. Fevkalade ikameye ilişkin olarak, Roma Hukuku ile çağdaş Miras Hukuk’ları arasındaki en önemli fark da budur. Nuşin Ayiter/Ahmet Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s.122-123.

müessesesi, TMK md. 521'de karşımıza çıkmaktadır.¹³³ Bu maddeye göre; “(1) Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla önmirasçı atadığı kişiyi mirası artmirasçıya devretmekle yükümlü kılabilir. (2) Aynı yükümlülük art mirasçıya yüklenemez.” Artmirasçıların birden fazla sayıda belirlenmesi mümkündür. Bu halde, artmirasçılar mirası müşterek olarak iktisap etmektedirler. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, TMK md.521/2 gereği, artmirasçı atama işleminin, tek derece ile sınırlı tutulmuş olduğudur. Diğer bir ifade ile ölenin malvarlığını önmirasçıdan iktisap eden artmirasçıya (veya artmirasçılara) bu malvarlığını tekrar başka bir artmirasçıya devretme yükümlülüğü yüklenememektedir. Böylelikle, TMK md.521/2, Miras Hukuku kurallarından yararlanılarak, artmirasçı ya da vasiyet alacaklısı atanmasına kısıtlama getirilmekte ve TMK md. 372/2'deki “aile fideikomisi” kurma yasağı desteklenmektedir.¹³⁴

Kaynakça

Kitaplar

- Akgündüz Ahmed, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınevi, İstanbul 1996.
- Akıntürk Turgut /Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Yayınevi, Ocak 2019.
- Aksoy Dursun Sanem, Eşya Kavramı, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2012.
- Arsebük Esat, Medeni Hukuk I. Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Ankara 1938.
- Ayiter Nuşin /Kılıçoğlu Ahmet, Miras Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1989.
- Belgesay Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi II, Aile Hukuku, Şaka Matbaası, İstanbul 1952.
- Berki Şakir, Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Nur Basımevi, Ankara 1949.
- Brugi Biagio, Della prima forma che ebbero le Pie Fondazioni cristiane nel Diritto Romano, Atti dello Istitutio veneto, C.7, Seri 7, (1895-1896).
- Declareuil Joseph, “Quelques notes sur certains types de fidéicommiss”, Extrait des Mélanges Gérardin, Paris 1907, s.135-155.
- Di Marzo Salvatore, Roma Hukuku, (çev. Ziya Umur), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

¹³³ Dural/Öğüz/Gümüş, s.402, dn.104.

¹³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 388.

- Dupont Florence, *Daily Life in Ancient Rome*, Blackwell Publishing, Oxford 1992.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt: 3, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.*
- Erdoğan Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri, (Borçlar), Der Yayınları, İstanbul 2019.*
- Erdoğan Belgin, *Roma Eşya Hukuku, (Eşya Hukuku), Der Yayınları, İstanbul 2018.*
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.*
- Gönensay Samim, *Medeni Hukuk, C.II. Kısım II., Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940*
- Gradenwitz Otto, *Interpolationen in den Pandekten: Kritische Studien, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1887.*
- Grosso Giuseppe, *I Legati Nel Diritto Romano, Giappichelli, Torino 1962.*
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.*
- Honig Richard, *Roma Hukuku, (çev. Şemseddin Talip), Matbaai Ebüzziya, İstanbul 1938.*
- Honsell Heinrich, *Römisches Recht, Springer-Lehrbuch, Berlin 1997.*
- Impallomeni Giambattista, *L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi: la in rem missio, Giuffrè, Milano 1967.*
- Johnston David, "Trust and Trust-like Devices" , (Trust-like Devices), *Itinerae Fiduciaae, Trust end Treuhand in Historical Perspective, (Ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Dunker&Humbolt, Berlin 1998, s.45-57.*
- Johnston David, *The Roman Law of Trusts, (Roman Law), Clarendon Press, Oxford 1988.*
- Karadeniz Çelebicân Özcan, *Roma Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.*
- Karakoç İrem, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi, (Vakıf), Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.*
- Kaser Max, *Das Römische Privatrecht, Bd. 1, C.H. Beck Verlag, München 1971.*
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.*
- Koschaker Paul/Ayiter Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir 1993.*
- Köprülü Fuad, *İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, Akçağ Yayınları, Ankara 2005.*
- Küçük Eşref, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.*
- Küçükgüngör Erkan, *Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum), Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.*
- Lewis William, *Das Recht des Familienfideicommisses, Berlin 1868.*
- Mındız Emine, *Roma Hukukunda Ölümüne Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa), Der Yayınları, İstanbul 2018.*

- Monier Raymond, Manuel élémentaire de droit romain, Tome I, Montchrestien 1947.
- Oğuzoğlu Hüseyin Cahit, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, (Medeni Hukuk), Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.
- Oğuzoğlu Hüseyin Cahit, Roma Hukuku, (Roma Hukuku), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1952.
- Richter Andreas, "German and American Law of Charity in Early 19th Century", Itinerae Fiducia, Trust end Treuhand in Historical Perspective, (Ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Dunker&Humbolt, Berlin 1998, s. 427-469.
- Sala Johannis, Institutiones Romano-Hispanae ad Usum Tironum Hispanorum Ordinatae, Tomus II, Matriti ex Typographia Regia, 1830.
- Schulz Fritz, Classical Roman Law, Oxford University Press, 1951.
- Schwarz Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, Birinci Cilt, Tarihi Kısım ve Umumi Doktrinler, (çev. Türkan Basman), Kenan Matbaası, İstanbul 1943.
- Serge Dauchy/Georges Martyn/Anthony Musson/Heikki Pihlajamäki/Alain Wijffels, The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing, Springer International Publishing, Switzerland 2016.
- Tahiroğlu Bülent /Erdoğan Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2019.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1971.
- Torrent Armando, Fideicommissum Familiae Relictum, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo 1975.
- Türkoğlu Halide Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Umur Ziya, Iustinianus Institutiones, (Institutiones), İstanbul 1968.
- Umur Ziya, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Hımayesi, (Roma Hukuku), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Umur Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, (Ders Notları), Beta Yayınevi, İstanbul 2010.
- Umur Ziya, Roma Hukuku Lügatı, (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.
- Üçok Coşkun, Türk Hukuk Tarihi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1957.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku C.II, Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965.

Makaleler

- Akipek Şebnem/Altaş Hüseyin, "Vakıflarda Evladiye Davaları", *AÜHFD*, C.47, S.1, Y.1998, s.145-151.
- Berki Şakir, "Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları", (Miras Hukuku), *AÜHFD*, C.31, S.1, 1974, s.309-321.

- Çınar Ömer, “Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD Özel Sayısı*, C.22, S.3, 2016, s.828-855.
- Günal Nadi, “Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, *AÜHFD*, C.44, S.1, 1995, s. 425-442.
- Gürsoy Kemal Tahir, “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler”, *AÜHFD*, C. 10, S. 1-4, 1953, s. 458-541.
- Huber Erich, “Karşılaştırmalı Hukuk İsviçre Hukukunda Trust ve Treuhand”, (çev. Eylem Apaydın), *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, S.6, Temmuz 2012, s.1-3.
- İşeri Ahmet, “Vakıflar (Medeni Kanun’dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev’ileri ve Hukuki Mahiyetleri)”, *AÜHFD*, C.21, S.1, 1964, s.199-280.
- Johnston David, “Prohibitions and Perpetuities: Family Settlements in Roman Law”, (Family Settlements), *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Zeitschriftenband* (1985), s. 220-291.
- Karakoç İrem, “Roma Hukuku Kökenli Fideicommissum ile Cermen Hukuku Kökenli Salic Salmannus Osmanlı Vakıf Müessesesinin Kökeni Olabilir mi?”, (Vakıf Müessesesinin Kökeni), *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, C.1, On İki Levha Yayinevi, İstanbul 2016, s.423-486.
- Karaman Başak, “Roma Hukukunda Persona Kavramı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.127-128, (Mart-Nisan), 2015, s.81-114.
- Köprülü Bülent, “Tarihte Vakıflar”, *AÜHFD*, C. 8, S. 3, 1974, s. 479-518.
- Küçükgüngör Erkan, “Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti”, *AÜHFD*, C. 45, S. 1, s. 504-531.
- Özdem Berk Hasan, “Roma İmparatorluğu’ndan Günümüze Fideicommissum Familia”, *TBB Dergisi*, S.135, 2018, s. 319-334.
- Pedük Türkben, “Servet Yönetimi Hizmetleri (Trust/Fiduciary Services)”, *Maliye Finans Yazıları*, S.83, Nisan 2009, s. 131-139.
- Rickett C.E.F., “Charitable Giving in English and Roman Law: A Comparison of Method”, *Cambridge Law Journal*, Vol.38, No.1, (April 1979), s.118-147.
- Umur Ziya, “Roma Miras hukukunun Ana Hatları”, (Miras Hukuku), *İÜHFM*, C.31, S. 1-4, 1966, s. 159-195.

Diğer Kaynaklar

- TBMM 23.Dönem, 2.Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 98, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss98.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.12.2019).
- Türk Medeni Kanunu, <http://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-372>, (Erişim Tarihi:15.12.2019).

