

ROMA İMPARATORLUĞU'NDAN GÜNÜMÜZE FIDEICOMMISSUM FAMILIA FIDEICOMMISSUM FAMILIA FROM ROMAN EMPIRE TO PRESENT TIME

Berk Hasan ÖZDEM*

Özet: Latince *fides* (güven) ve *committere* (teslim etmek) sözcüklerinin bir araya gelmesi ile oluşan *Fideicommissum* sözcüğü “güvenli ellere bırakmak, teslim etmek” anlamına gelmektedir. *Fideicommissum Familia* ise bir kimsenin bir irade açıklamasıyla mal varlığında bulunan bir malı, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bulunmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir. Köklerini Roma Hukuku'nda *Fideicommissum Familia* kurumunun Orta Çağ ile devam eden serüveni, özellikle Fransız Devrimi'nin feodalizme üstün gelmesiyle, uygar hukuk sistemlerinin birçoğundan silinene kadar, arkasında çeşitli maddi ve manevi motivasyonlar barındırmıştır. Bu yazıda Augustus döneminde yasal formasyonuna kavuşan *Fideicommissum* kurumunun kökleri ele alınmış, ayrıca Roma İmparatorluğu döneminden günümüze dünyanın çeşitli bölgelerinde oynadığı roller ve Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlenişi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Fideicommissum Familia, Mirasçının İkamesi, Omnis Hereditas, Oneratus, Substitutio Fideicommissaria

Abstract: The word *Fideicommissum*, which is formed by the Latin words *fides* (confidence) and *committere* (commit), means “to leave in safe hands”. *Fideicommissum Familia* is the allocation of a property to a family according to the foreseen order of succession by means of a will that prohibits the disposal of the property. With its origins from Roman Law, the adventure of the institution of *Fideicommissum Familia* which goes alongside with the Medieval Epoque, until being swept from many jurisdictions with the victory of the French Revolution against feudalism had kept various material and spiritual motivations in itself. This paper emphasizes on the roots of the *Fideicommissum* which had its legal formation in the period of Augustus, the role it played from the Roman Empire period to present time at different regions of the world and its regulation in Turkish Civil Code.

Keywords: Fideicommissum Familia, Replacement of Successors, Omnis Hereditas, Oneratus, Substitutio Fideicommissaria

* Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2. Dönem Öğrencisi, berkhasanozdem@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0327-6489

Giriş

Ana muhalefet partisi TBMM grubu 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun; 26. maddesinin birinci fıkrasının iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. İptali istenilen 26. maddenin birinci fıkrasında, "Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadî işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler" denilmektedir. Ana muhalefet partisinin maddenin iptaline yönelik gerekçesinde:

" ... mühlhak vakıflar, aile fertlerine nesilden nesile gelir dağıtılması amacıyla yönelik olarak kurulmuşlardır ki, batı hukukunda "aile fideikomisi" olarak adlandırılan Orta Çağ kökenli bu sistem, miras hukuku anlayışıyla uyumayan yapısı sebebiyle çağdaş hukuk düzenlerince benimsenmemiş ve yasaklanmıştır. Aslında bu sistemin, bu vakıfların kurulduğu dönemdeki hukuk düzeni ile de bağdaşmadığı bilinmektedir ... "¹

ifadeleri kullanılmıştır. Görüldüğü gibi gerekçe, temel olarak "aile fideikomisi" kavramına dayanmakta ve aynı zamanda kavramın tarihsel kökeni ile modern hukuktaki yerine atıflarda bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yazımızda *Fideicommissum* kavramının tanımı, kökeni, tarihsel süreçteki gelişimi ve günümüz hukuku ve ülkemizdeki yeri üzerinde duracağız.

Tanım

Fideicommissum sözcüğü kökenini Latince'den almaktadır. Latince *fides* (güven) ve *committere* (teslim etmek) sözcüklerinin bir araya gelmesi ile oluşmuştur. Dolayısıyla "güvenli ellere bırakmak, teslim etmek" anlamına gelmektedir. *Fideicommissum Familia* ise bir kimse- nin bir irade açıklamasıyla mal varlığında bulunan bir malı, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bulunmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir. Örneğin, bir babanın sahip olduğu çiftliği daima ailenin en büyük oğluna kalacak ve üzerinde tasarruf edilemeyecek şekilde bir intikal düzenlemesi yapması bir *Fideicommissum Familia*'nın kurulması demektir.² Bu yolla bir intikal

¹ E. 2008/22 K. 2010/82

² Mustafa Dural/Turan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 388

çizgişi çizilerek ve malların devredilmezliği kesinleştirilerek, mirasçılar malların özgür tasarrufundan yoksun bırakılır ve böylece eski dominus (vasiyetname sahibi) ve yeni dominus (varis) arasındaki teorik ihtilaf, ilk iradeye duyulan saygı ve ailenin çıkarı adına eskisi lehine sonuçlandırılır.³

Tarihçe

Fideicommissum Familia kurumunun tarihçesine baktığımızda kökenlerinin Roma Hukuku'na dayandığını görürüz. Roma Hukuku'nda iki tip muayyen mal vasiyeti gelişmiştir, bunlar *Legatum ve Fideicommissum*'dur. Bunlardan sonradan ihdas edilmiş olan *Fideicommissum*, Justinianus hukukunda legatuma muadil bir hale getirilmiştir.⁴ Miras bırakan tarafından mirasçıya (*heres*) bir mükellefiyet yüklenmesi demek olan legatum, "legare" sözcüğünden gelir ve ilk olarak XII Levha Kanunu (M.Ö.451-449) ile ortaya çıktığı kabul edilmektedir.⁵ XII Levha Kanunu'nda, kişinin vasiyetnamesinde yer alacak muayyen mal vasiyetleri, yani legatum, düzenlemek suretiyle, herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği kabul edilmiştir (5,3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*). Böylece, Cumhuriyet devrinin sonlarında ve İmparatorluk devrinde Romalılar, vasiyetname yoluyla tasarrufta bulunma serbestisinin, bir diğer ifadeyle, kişinin henüz hayattayken, ölüme bağlı tasarrufuyla kendisine mirasçı olacak kişi veya kişileri tayin etme serbestisinin, XII Levha Kanunu ile teminat altına alındığını düşünmekteydiler.⁶

Diğer taraftan *Fideicommissum*'lar, İlk İmparatorluk (*Principatus*) Devri'nin başlarında ortaya çıkmış ve kısa zamanda geniş tatbikat sahası bulmuş bir muayyen mal vasiyeti çeşidiydi.⁷ Ancak Roma Hukuku'nda *Fideicommissum*'lar bir akit çeşidi olarak karşımıza çıkmazdı. Esasında bunlar, vasiyetname sahibi tarafından terekeden fay-

³ M.C. Zorzoli, Della famiglia e del suo patrimonio: riflessioni sull'uso del fedecommesso in Lombardia tra Cinque e Seicento, Archivio Storico Lombardo, CXV, 1989, p. 97.

⁴ Ziya Umur, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982. s.518

⁵ Nadi Günel, "Roma miras hukuku'na genel bir bakış ve vasiyet yolu ile miras", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 1995, C. 44, S. 1, s. 438

⁶ Detlef Liebs, *Römisches Recht*, Bonn 2004, s. 239; Detlef Liebs, *Römisches Recht*, Bonn 2004, s. 137-138.

⁷ Ziya Umur, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982. s.518.

dalanan bir kimseye yöneltilen ve faydalanan kişinin, genellikle imkanı olmayan bir üçüncü kişiye mirasla ilgili bir hizmet sunmasına dair bir ricadan ibaretti.⁸ Bu rica, mameleke girebilen herhangi bir eşya (*res in patrimonium*) ile ilgili olabilir ve Augustus döneminde yasal formasyonuna kavuşana kadar yalnızca yararlanan kişinin vicdanına yöneltilirdi.⁹ *Fideicommissum*'lar bu döneme kadar hukuki bir müeyyideye sahip olmadıkları için vasiyetçi yalnızca faydalanan şahsın hüsnüniyet ve şerefine güvenirdi. Zaman içerisinde *Fideicommissum*'ların daha yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanıldığını ancak gerekli dürüstlük kaidelerine riayet edilmediğini gören Augustus, bu nevi vasiyetlerin yerine getirilmelerini temin etmek için sistem dışı yargılama (*cognitio extra ordinem*)¹⁰ usulüne tabi bir *Fideicommissum* davası (*Persecutio Fideicommissaria*) tanımış, böylece *Fideicommissum*'lar da akit benzerleri arasına giren bir borç kaynağı haline gelmişlerdi.¹¹ Muayyen mal vasiyeti yoluyla, miras bırakan tarafından kendisine bir mal bırakılan kişiye "*Legatarius*", "*Honoratus*" ya da "*Fideicommissarius*" adı verildi. Muayyen mal vasiyetinde bulunan kişiye "*Legator*", muayyen mal vasiyetini yerine getirmekle yükümlü olan mirasçıya da "*Oneratus*" adı verilmekteydi.¹² Legatumlardan çeşitli sebeplerle yararlanamayan kimselere (örneğin yabancılara) mallar bu şekilde bırakılabilmekteydi. Mirasçının elde ettiği miktarı aşmamak şartıyla *Fideicommissum*'un miktarını belirlemekte özgür olan vasiyetçi, legatunun şekilciliğinin tersine, sözlü ve yazılı hiçbir şekle tabi değildi.¹³ Ancak şekil konu-

⁸ Romualdo Trifoni, *Il fedecompresso. Storia dell'Istituto in Italia*, Naples 1914. s. 1-14.

⁹ Luigi Gambino, "Il substrato socio-culturale del fedecompresso familiare", *La nuova critica*, 27-28, 1971, p. 143-176.)

¹⁰ Roma Hukukunda delillerin takdiri, birbirinden farklı ancak belirli bir süre bir arada uygulama alanı bulan Özel Yargılama Sistemi (*Ordo Iudiciorum Privatorum*) ve Sistem Dışı Yargılama Usulu (*Cognitio Extra Ordinem*) isimli iki ayrı yargılama usulüne göre farklılık arz etmektedir. Bkz. Bahar Öcal Apaydın, "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C. 60, S. 3, s. 43

¹¹ Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982. s.518

¹² Nadi Günel, "Roma miras hukuku'na genel bir bakış ve vasiyet yolu ile miras", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 437.

¹³ "Verba autem [utilia] fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse uidentur peto, rogo, volo, fidei committo; quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint. Fideicommissum ilişkisi kurmak için uygun olan ve genellikle söylenen sözler yalvarırım, isterim, dilerim ve güvenirimdir. Bu (kelimeler) teker teker de yeterli olacaktır, ama kombine de edilebilirler." *Ins* 2.23.2.

sunda sahip olunan özgürlüğe rağmen *Fideicommissum* genel olarak vasiyetnameye ilave edilen ayrı bir yazılı belge olan *codicillum*¹⁴ ile yapılırdı. Zamanla, bir taraftan legatuma ilişkin şekilcilik ortadan kalktığı; diğer taraftan legatuma ilişkin sınırlamalar *Fideicommissum*'u da kapsayacak şekilde genişletildiği için, Justinianus hukukunda legatum ve *Fideicommissum* arasında fark kalmamıştı. Bu dönemde vasiyetname içinde belirtilen muayyen mal vasiyetlerine legatum; ayrı bir yazılı belge olan *codicillum*'larda belirtilen muayyen mal vasiyetlerine ise *Fideicommissum* denilmekteydi.¹⁵

Fideicommissum terekenin yalnız muayyen bir hissesini değil tamamını da kapsayabilirdi. Vasiyetçi, mirasçının ölümünden sonra terekenin tamamının başka kimselere intikalini *Fideicommissum* ile vasiyet edebilirdi.¹⁶ Gaius *Institutiones*'inde (2.277) bu çeşit bir *Fideicommissum*'dan bahsetmektedir:

“Cum Titius heres meus mortuus sit, volo hereditate tem meam ad P. Maevium pertinere (Mirasçım Titius öldükten sonra, mirasımın P. Maevius'a intikal etmesini istiyorum)”

Vasiyetçinin bu iradesini yerine getirmek için mirasçı bizzat yaptığı vasiyetnamede ya o kimseyi kendisine mirasçı gösterir ya da mirasçısına terekesini o kimseye terk etmesini bir *Fideicommissum*'la bildirirdi. Bunlar yapılmadığı takdirde *onertatus*'un mirasçıları *Fideicommissum*'un emrini yerine getirmek mecburiyetinde olurlardı. Bu şekilde ortaya gerçek anlamda bir mirasçının ikamesi durumu ortaya çıkmıştır. Günümüzde Medeni Kanun'un 521. maddesinde ve devamında da karşımıza çıkan “fevkalade ikame” kurumu kökenini

¹⁴ Codicillum'lar genel olarak mektup şeklinde, vasiyetname sahibinin *Fideicommissum*'un yürütülmesini istediği yazılı belgelerdi. Augustus döneminden itibaren codicillumlara yasal olarak geçerlilik tanınmıştı. (bkz. Ins 2.25pr.) Justinianus döneminden önce bu işlem için tanığa gerek aranmazken Justinianus dönemiyle birlikte beş tanık şartı getirilmişti. Beş tanıklı Justinianus codicillum Orta Çağ'da Batı Avrupa hukukları tarafından da kullanılacaktır.

¹⁵ Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 471; Richard Honig, Çev. Talip Şemsettin, *Roma Hukuku*, İstanbul 1938, s. 423; Ziya Umur, “Roma Miras hukukunun Ana Hatları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 177; Salvatore Di Marzo, Çev. Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul 1959, s. 594.

¹⁶ Ziya Umur, “Roma Miras hukukunun Ana Hatları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 177.

Roma Hukuku'nda *Substitutio Fideicommissaria*¹⁷ olarak adlandırılan bu durumdan almıştır. M.S II. yy.'da Roma'da tatbik edilebilmekte olan bu tür ikameyi takiben Justinianus'un 159. Novella ile son şeklini verdiği *Fideicommissum Familia* adlı kurum doğmuştur.¹⁸ Bu emirname hükmüne göre vasiyetçi, vasiyetini bıraktığı kişiye terekeyi muhafaza etmesini ve ölümü durumunda muayyen bir kişiye değil, belirli vasfa sahip bir kimseye (ekseriyetle ailenin büyük evladına) vasiyet etmesini emrederdi. Justinianus Döneminde, bu işlemin hükmünün dördüncü kuşaktan sonra sona ereceği kabul edilmişti (Nov 108.1).¹⁹

Roma'da M.Ö 169'da kabul edilen *Lex Vocania*, kadınlara karşı bir kanun olarak ortaya çıkmış ve lüks tüketime karşı kabul edilmiş yasalardan biri olarak, Roma'da kadınların lüks düşkünlüğünü ortadan kaldırmaya çalışmıştır. *Fideicommissum*'ların *Lex Vocania*'dan kaçmayı sağlayan hileler olarak kullanıldıkları da bilinmektedir. Örneğin *Fideicommissum Hereditatis* bunun için öngörülmüş bir *Fideicommissum* türüydü. Gerçi son cumhuriyet döneminden itibaren, sadece *Fideicommissum* değil, diğer tüm uygulamalar, yasanın unutulduğunu düşündürmektedir.²⁰

¹⁷ Burda temel tehlike bir malın aktif ve pasiflerinin arasındaki bağın bozulabilecek olmasıydı. Eğer mirası alan büyük bir meblada aktifi geçirmek zorundayken borçların pasifi onda kalıyorsa Romalıların aktif ve pasifleri birbirine bağlama prensibi zedeleniyordu. Mirasçılık durumu, yükümlülük altındaki mirasçıda kalıyor ve bu kimse tereke borçlarından dolayı da sorumlu oluyordu. Bu sebeple fideicommissumların Augustus döneminde resmi kabulünden hemen sonra senatusconsultum trebellianum ile mirasçı ile alacaklı arasındaki ilişkiler düzenlenmiştir. Laurent Waelkens, *Amne adverso: Roman Legal Heritage in European Culture*, s. 272. Bu senatusconsultum, Fideicommissarius'u Praetor hukukuna göre külli halef yapıyor, buna karşılık ius civile'ye göre mirasçılık gene mirasçı olanda kalıyordu. Fideicommissarius'a tereke aktifine dayanan dâvaların actiones utiles olarak tanınması ve onu, tereke Fideicommissarius'a verildikten sonra, aynı şekilde tereke borçlarından dolayı sorumlu tutması için praetor'a talimat veriliyordu. Mirasçı tereke alacaklına karşı bir exceptio restitutae hereditatis elde ediyor ve tereke aktifine dayanan dâvalar kendisine tanınmıyordu. Paul Koschaker/Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir 1993. s. 421,422.

¹⁸ Ziya Umur, "Roma Miras hukukunun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 182.

¹⁹ Salvatore Di Marzo, Çev. Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul 1959, s. 591; Ziya Umur, "Roma Miras hukukunun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 178.

²⁰ Diler Tamer, "Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1999, C.57, S.1-2, s.236

Orta Çağ döneminde ise dönemin füzyonu *Fideicommissum* kurumunu tekrar göreve çağırıyordu. Yer yer çeşitlilik gösterebilmekle birlikte bu füzyon; feodal ideolojinin baskınlığı, komünitelerin kolektif mallarını devredilmez kılan teamüller ve Roma Hukuku'nun yeniden kabulünün sonucuydu.²¹ Önce İtalya ve İspanya'da ortaya çıkan *Fideicommissum*, giderek Alplerin kuzeyine yayılmıştı. *Fideicommissum*'ların kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte bu dönemde bir soylunun muhteşem bir kalenin sahibi olmasına rağmen, zorluklarla dolu bir hayat yaşıyor olması sık karşılaşılabilecek bir durum haline gelmişti: çünkü *Fideicommissum* soyluyu taşınmazı elinde tutmakla zorunlu tutuyor, genellikle zor alınan bir hukuki izin olmadan onu satıp paraya dönüştürmesini yasaklıyordu. Aynı zamanda bu durum, bedelini ödeme düşüncesi olmadan borçlanmaya yönelik olumsuz bir teşvik doğurmuştu, çünkü *Fideicommissum* aynı zamanda söz konusu malların cebri satışını çok zor ya da imkânsız kılıyordu. Böylece bu durum burjuva alacaklılar zararına mükemmel bir hile vasıtası olmakla sonuçlanmıştı.²² Aynı zamanda *Fideicommissum* altındaki malların kayıt altında olmaması da hukuki güvenliği azaltan başka bir sebepti. Hangi malların devredilemez kategorisine girdiğinin her zaman bilinmiyor olması onların elden çıkarılmasını veya dağılmasını kolaylaştırıyordu. Ancak birkaç nesil sonra bile hak sahipleri bu durumu aydınlatıp hak talebinde bulunabiliyordu.

Öte yandan tek amaç somut dünyanın somut çıkarları değildi. Roma ve Orta Çağ'ın *Fideicommissum Familia* anlayışının, arkasında birçok manevi motivasyonu da barındırıyor olması oldukça muhtemeldir. Örneğin, *Omnis Hereditas* yasası (Digesta. 50,17,138) "*Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur (Her miras posteori olsa bile; (ardılın) ölüm anıyla başlar.)*" ifadesiyle, mirasçının ölünün yerine geçtiği durum ile mirasçılığın bir kişiden diğerine geçmesi arasında bir denklik kurmuştur.²³ Ailelerin "*içlerinde doğan-*

²¹ Jena-François Chauvard/Anna Bellavitis/Lanaro Paola, "De l'usage du fidéicommiss à l'âge moderne. État des lieux", *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines [En ligne]*, 124-2 | 2012, URL : <http://mefrim.revues.org/650> ; DOI : 10.4000/mefrim.650, yayım tarihi 15 Mayıs 2013, son erişim tarihi 5 Ekim 2017.

²² Marco Rizzuti, "Cultural Heritage Inheritance", *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, s. 9.

²³ Thomas Yan, "L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la

ların halefîyeti ile ayakta kalan vücut ve üniversiteler"²⁴ olduğunu yazan, XVI. yy.'ın Minerva Teamülleri yorumcusu Guy Coquille de aynı fikri anlatmaktadır. Bu düşünceye göre mirasçılar malları iktisap etmezler, onlar bir yeri işgal ederler. Bu sistemde sirkülasyonda olan cisimler değil; bir mal için birbirlerinin yerlerini dolduran kişilerdir. Hakların transferi değil; yalnızca sabit bir mirastaki pozisyonların işgalleri söz konusudur.²⁵

Orta Çağ'ın son dönem hukukçuları, mülkü yalnızca ailenin ortak varlığını sürdürebilmek için bir araç olarak görmez; onları aileye özümserlerdi. Bu aileye atanmış bir rol idi: Bu malların kategorisi ailenin kimliğini belirlerdi. Aileye özümsemiş, nesilden nesile aktarılacak üzere piyasalardan kaldırılmış bu mallar, paha biçilmez olarak kabul edilir, belki de yarı kutsal görülürdü.²⁶

Erken modern dönemde, Fideicommissum kurumu aynı (in rem) hakların gelişmesiyle etkisini büyük ölçüde kaybetmeye başladı. Feodalizmin özelleştirildiği zamanlarda özel mülkiyet, merkezi bir kavram olmuştu. Feodal hukuk absolutizmin bir yadigarı olarak kötü bir üne sahipti. Bir başkasının mallarında sonsuz haklara sahip olmak, feodal hukuka ait bir formdu ve bu sebeple büyük eleştirilerin odağı haline geliyordu.²⁷

Fideicommissum'un Birleşik Krallık'ta karşılığı sayılabilecek "*strict settlement*"lar 1650'lerden başlayarak İngiliz hukukçuları tarafından geliştirilmişti ve XVIII yy. İrlandası'nın refah seviyesi yüksek aileleri tarafından sıklıkla kullanılıyordu. *Strict settlement*'lar ikili bir role

communauté disparue", Passeron Jean-Claude, Revel Jacques, dir. *Penser par cas*, Paris : Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2005, s. 64.

²⁴ Guy Coquille/V. F. de Ronquier, Les oeuvres de maistre Guy Coquille, sieur de Romenay: contenant plusieurs traitez touchant les libertez de l'église gallicane, l'histoire de France & le droit françois: entre lesquels plusieurs n'ont point encore été imprimez, & les autres ont été exactement corrigez, Vol 1, s. 113: "corps et université [qui] s'entretien[ai]ent par subrogation de personnes qui naissent en icelles"

²⁵ Jena-François Chauvard/Anna Bellavitis/Lanaro Paola, "De l'usage du fidéicommiss à l'âge moderne. État des lieux", *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [En ligne], 124-2 | 2012, URL: <http://mefrim.revues.org/650> ; DOI : 10.4000/mefrim.650, yayım tarihi 15 Mayıs 2013, son erişim tarihi 5 Ekim 2017.

²⁶ Ibid.

²⁷ Laurent Waelkens, *Amne adverso: Roman Legal Heritage in European Culture*, s. 272

sahipti. Bu rollerden ilki aile konutunu sonraki jenerasyonlara geçirmek iken, ikincisi ise kadın ve çocuklar için düzenlemeler öngörmekti. İrlanda'nın varlıklı, arazi sahibi sınıfı içinde kadınların aile malları üzerinde mülkiyeti veya payı, bu yönde hükümler koyan "strict settlement"lar ile belirlenirdi. Bu tedbirler tarihçiler arasında büyük bir tartışmaya yol açmıştır. Bu konuda Lawrence Stone, *strict settlement*'larla garanti altına alınan bu hükümlerin, kadınların mallar üzerindeki haklarının öneminin bir göstergesi olduğu görüşüyle, Lloyd Bonfield da kurumun ailenin kız ve nispeten genç oğlanları açısından bir avantaj sağladığı düşüncesindedir. Diğer taraftan aksi görüşteki Eileen Spring, "*The strict settlement: it's role in the family history*" adlı yazısına şu şekilde başlamaktadır:

"Yazdığım birkaç makalede *strict settlement*'in primogenitif bir gelişme olduğunu tartıştım ve Habakkuk ile Stone tarafından ortaya atılan teorileri eleştirdim. Anlatmak istediğim mesele şuydu ki; hem Habakkuk hem de Stone *strict settlement*'ların gayrimenkulleri koruma amacıyla dizayn edildiğinin farkında olmalarına karşın, pratikte bu açıdan yaklaşmıyorlardı. Onlar buna daha genç olan olan çocukların paylarını arttıran bir şeymiş gibi yaklaşıyorlar. Güncel olarak benim çalışmam bu gazetede tereddütsüz bir şekilde *strict settlement*'in primogenitif olmadığını, "refahı konsantre etmektense onu yaydığını" söyleyen Bonfield tarafından eleştirilmiş bulunmaktadır. Bu yazının amacı bu tezi değerlendirmektir."²⁸

Eileen Spring tam tersine kız ve nispeten daha küçük erkek çocuklarının aile mülkünden bekleyebileceği payın sınırlı kaldığından bahsetmektedir. Ona göre *strict settlement*'lar ile bu çocukların mallar üzerindeki paylarına yönelik *a priori* bir kısıtlama söz konusu olduğu için babanın da bu miktarı arttırmaya yönelik bir eğilimi olmayacaktır.

XVI ve XVII. yy.'dan başlayarak *Fideicommissum*'a **yöneltilen eleştiriler**, XVIII. yy.'da iyice sertleşerek sonunda esaslı bir tartışmaya yol açmıştır. Bu tartışmayı geniş çaplı yasama hareketleri takip etmiştir.²⁹ Fransız Devrimini yapanlar üstün özel mülkiyet hakkını eskiden kal-

²⁸ Eileen Spring, "The strict settlement: its role in family history.", *The Economic History Review*, C. 41: s. 454-460. doi:10.1111/j.1468-0289.1988.tb00475.x.

²⁹ Chiara Galligani, Il tramonto del fedecommissso nel Granducato di Toscana Una prima ricognizione dell'istituto nella legislazione sette - ottocentesca", *Historia et Ius*, 6/2014.

ma baskılardan kurtarmak, alacaklıların haklarını kuvvetlendirmek ve büyük ailelerin gücünü yok etmek amacıyla 14/11/1792 tarihli kanun ve Code Civil art. 896 ile *Fideicommissum* sistemini tamamen yasaklamıştı. Nitekim dönemin öne çıkan hukukçulardan birinin de söylediği gibi, yeni miras hukuku kuralı olan “eşit paylaşım”, giyotinden daha etkili bir iş çıkarmıştı.³⁰

Şüphesiz ki, *Fideicommissum* kurumunun öncelikli amacı kültürel mirası korumak değil; yüzyıllar boyunca büyük feodal ailelerin politik ve ekonomik gücünü muhafaza etmektir. Bununla birlikte, özellikle İtalya açısından, bu gücün hatırı sayılır bir kısmı antika toplayıcılığı ve sanat eseri himayeciliğinden gelen prestije derinden bağlıydı ve böylece *Fideicommissum*'un yayılmasının önemli bir tali etkisi, etkili ve uzun süreli bir kültürel mirasın korunma mekanizmasının ortaya çıkması olmuştur.³¹ İtalya'nın ünlü Medici ailesinin son mensubu Anna Maria Luisa de Medici'ye hanedanının mirası kaldığında, yaşlı ve yalnız dul, bu büyük mirası bir vasiyetname ile devretmeyi haizdi. Böylece kendisine *Patto di Famiglia* denen yeni büyük dük ile pazarlığa başladı. 31 Ekim 1737'de imzaladıkları özel hukuk sözleşmesi ile Anna Marie bu şahsı varisi olarak belirleyecek, karşılığında ise bu şahıs ve haleflerinin iktisap edecekleri sanat koleksiyonlarını Floransa dışına çıkarmaları sonsuza kadar yasak olacaktı. O sıralar Avusturyalılar bu yasağın varlığını çok dert etmemişlerdi, onlar asıl olarak Medici'lerin gayrimenkullerinin, paralarının, gümüşlerinin peşindelerdi. Nitekim Tuscany'yi ele geçiren birliğin generali Wachtendonk'un “*l'intrinsique du pays nous est assûré, et quelques bijoux ou meubles de plus ou de moins n'est pas notre grand affair* (Ülkenin özü bizimdir, birkaç mücevher veya bina daha elde etmek, bizim büyük olayımız bu değildir)”³² sözü de bunu kanıtlar niteliktedir. Böylece Anna Maria, Floransa sanat koleksiyonlarını diğer İtalyan sanat koleksiyonlarının kaderinden kurtarmayı başarmıştı.

XIX. yy.'da *Fideicommissum* tesisi İspanya ve Almanya'nın Saksonya Krallığı gibi bazı bölgelerinde hala yaygın bir pratikti. Hatta

³⁰ Marco Rizzuti, “Cultural Heritage Inheritance”, *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, p.10; Bkz Francesco Galgano, *Il rovescio del diritto*, Milan, 1991, p. 10.

³¹ Marco Rizzuti, “Cultural Heritage Inheritance”, *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, s. 9

³² Ibid s. 15, orda dipnot 21.

interbellum boyunca Transilvanyada da oldukça etkindi: büyük mısır tarlalarının tek kişinin elinde kalmasını sağlıyordu. Benzer şekilde Almanya ve Avusturya'da da Nazi rejimi tarafından yok edileceği XX. yy.'ın ilk yarısına kadar diremişti. İsviçre'de *Fideicommissum*, kent veya kırsalda aristokratik ailelerin, gelecekte prestijli fakat pek kârlı olmayan (örneğin, konseyler gibi) kamu dairelerine kabul edebilecek üyelerine bir gelir garantisi sağlama amacıyla kullanılıyordu. *Fideicommissum*'lara gayrimenkul dahil etmek, diğer yatırım türlerine göre enflasyona karşı daha iyi koruma sağlıyordu. Hatta bir aile evi söz konusu ise, değeri yalnızca maddi değildi, aynı zamanda belli bir rütbe ve asil bir yaşam biçiminin tezahürü sayılıyordu.³³ İsviçre'de özel hukukun kantonların sorumluluğunda olduğu XIX. yy.'da bazı kantonlar *Fideicommissum* kurumunu yasaklarken; diğerleri tolere ediyor, bazıları ise genel anlamda serbest olmasına rağmen çeşitli sınırlamalar öngörüyordu. Liberaller ve radikallerin gözünde *Fideicommissum* kurumu feodalitenin istenmeyen bir hayat mücadelesiydi.³⁴

Günümüz Hukukunda Fideicommissum ve Ülkemizdeki Mevcut Durumu

XX. yy.'da İsviçre'de Federal Code Civil'i hazırlamakla görevlendirilen komisyonun üyeleri, Eugen Huber'in teklif ettiği gibi oylarını *Fideicommissum* devam etmemesinden yana kullandılar. Böylece art. 335 alinea 2 kabul edildi. İsviçre kanun koyucusu yeni *Fideicommissum*'lar kurmayı yasaklarken, art. 335 al. 2'nin öncesinden süregelenleri serbest bırakmıştı. 1986'da İsviçre'de 36 *Fideicommissum*'un varlığı tespit edilmiştir: Lucerne (13), Bâle-Ville (6), Zoug (4), Zurich (3), Uri (2), Soleure (2), Thurgovie (2), Schwytz (1), Nidwald (1), Glaris (1) et Saint-Gall (1).³⁵

Yakın tarihte İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki ünlü içtihadına değinmekte fayda var. Federal Mahkeme 17 Kasım 2009 tarihli kararında (4A_339/2009) İsviçre kamu düzenini ilgilendirmediği

³³ René Pahud de Mortanges, "Fideicommiss", in Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 10.04.2006, url: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8976.php>.

³⁴ Ibid

³⁵ Ibid

gerekçesiyle art. 335 al. 2'nin, Lihtenştayn hukukuna göre kurulmuş Lihtenştaynly bir kuruluşun konuyla ilgili etkilerinin İsviçre'de tanınmasına engel olmadığına karar kıldı. Federal mahkemeye göre 335/2 hükmü LDIP (İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Federal Kanunu) art. 18 anlamında bir "acil uygulama hükmü" oluşturmuyordu. Mahkemeye göre İsviçre hukuk düzeninin Code Civil'in yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan *Fideicommissum*'lara tolerans göstermesi, *Fideicommissum* kurumunun İsviçre'deki örf adetler ve geçerli hukuk anlayışı ile tahammül edilemeyecek ölçüde çatışmamakta olduğunu gösteriyordu. Ayrıca bu normun temelinde yatan işsizliğin çoğalmasını engelleme gibi sebepler bugün artık tarihe karışmıştı ve artık İsviçre'nin üstün çıkarıyla alakası kalmamıştı. Böylece İsviçre Federal Mahkemesi, doktrinin çoğunluğunun çizgisinde kalarak o güne kadar tartışmaya açık olan 335-2'nin yabancı kuruluşlara veya *Fideicommissum Familia* gibi amaçlarla yapılan yabancı *Trust*'lara yönelik uygulanması konusuna nokta koydu.³⁶ Normun uluslararası alana açılan bir kapısının olmadığını göstererek, yabancı *Trust*'ların İsviçre'de tanınmasıyla iç hukuku ile *Fideicommissum Familia* yasağı arasındaki anlaşmazlığı çözdü.³⁷

İtalya'da ise *Fideicommissum* yasağı ile ilgili son 20 yılda bir hareketlenme göze çarpmaktadır. 1996'da İtalyan Senatör Franco Zef Relli, *Fideicommissum*'lar konusunda yumuşama öngören bir yasa projesini sunmaya çalışmış ancak proje Parlamento'dan geçmemiştir. Aynı şekilde 2006 yılında da bu konuda yapılan bir diğer deneme de yine başarılı olamamıştır. Bununla birlikte 10 yıl sonra 2016'da İtalyan Parlamento'su, yeni bir düzenlemeyi onaylayarak *Fideicommissum*'la alakalı istisnai hükümlerin çerçevesini ağır engelli bireyler lehine vasiyetnamelere ilişkin genişletmiştir.³⁸ 22 Haziran 2016 tarihli 112 sayılı kanunun 6. maddesi ile ölümlerinden sonra ebeveynler, (tanımı 5 nu-

³⁶ Tam olarak aynı olmasalar da Anglo-Sakson hukukunda *Trust*'lar, Roma hukukunun *Fideicommissum*'u ile oldukça benzer sonuçlar için kullanılan bir sistemlerdir.

³⁷ Aude Peyrot, *Fondations et trusts: Arrêt du TF: l'art. 335 al. 2 CC (interdiction de constituer des fidéicommiss de famille) ne relève pas de l'ordre public international suisse*, publié le: 18 Déc 2009 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/657/>

³⁸ n. 112 del 2016 (2016'nın 112 no'lu yasası)

maralı yasanın 3. maddesinin 3. paragrafında verilen) “ağır” engelli çocuklarının refahlarını temin edecek bazı yollar öngörülmüştür. Aynı zamanda *Dopo Di Noi* (Bizden sonra, After us) olarak da adlandırılan ve *Fideicommissum*’u andıran bu düzenlemenin İtalyan Yasakoyucu’nun ileride, başka alanlarda da *Fideicommissum*’lar konusunda yumuşamaya gidebileceğinin bir belirtisi olduğu öne sürülebilir.

Ülkemizde ise dünya geneli ile uyumlu şekilde Medeni Kanun 372. madde II. fıkrası ile aile vakfı yoluyla miras hukukunun intikal kurallarını bertaraf edecek şekilde *Fideicommissum Familia* yasaklanmıştır. Madde 372’ye göre “Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır. Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz”. Benzer bir yasaklama MK 521/II’de de karşımıza çıkmaktadır. MK 521’ye göre “(1) Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla önmirasçı atadığı kişiyi mirası artmirasçıya devretmekle yükümlü **kılabilir.** (2) Aynı yükümlülük artmirasçıya yüklenemez.” MK 521 vd. düzenlenmiş olan fevkalade ikame, mirasbırakanın mansup mirasçıya veya musalehe, kendilerinin ölümünden sonra veya muayyen bir müddetin sonunda, mirası veya vasiyet olunan muayyen malı üçüncü şahsa nakletme yükümlülüğünü yükleyen bir işlem olarak hükme bağlanmıştır.³⁹ Artmirasçıların birden fazla sayıda belirlenmesi mümkündür. Bu halde artmirasçılar mirası müşterek olarak iktisap etmektedirler. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta MK 521/II gereği, artmirasçı atama işleminin tek derece ile sınırlı tutulmuş olduğudur. Yani ölenin malvarlığını önmirasçıdan iktisap eden artmirasçıya (veya artmirasçılara) bu malvarlığını tekrar başka bir artmirasçıya devretme yükümlülüğü yüklenememektedir. Böylece 521/II hükmü, miras hukuku kurallarından yararlanarak *Fideicommissum Familia*’nın kurulmasını yasaklamak amacıyla art mirasçı ya da vasiyet alacaklısı atanmasına getirilen bir kısıtlamadır.⁴⁰

³⁹ Erkan Küçükgüngör, “Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1996, C. 45, S: 1-4, s. 522.

⁴⁰ Mustafa Dural/Turan Ögüz/Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku*, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 388.

Sonuç

Fideicommissum nesillerin gelecek kaygısıyla ortaya çıkmış bir sistem olmakla birlikte, aynı zamanda soyun içinde devamlı olarak karşıt fikirlerin ve anlaşmazlıkların da kaynağı olmaktan geri kalmamıştır. Suçlamalar temel olarak *Fideicommissum* altındaki malların devredilemezlik durumunu hedef almış ve bunun sebebi mirasın ekonomik konjonktüre ve aile biçimlenişine uygun şekilde adapte edilememesi olmuştur. *Fideicommissumlar*'ın Roma Hukuku ile başlayan ve Orta Çağ ile devam eden serüveni, özellikle Fransız Devrimi'nin feodalizme üstün gelmesiyle, uygar hukuk sistemlerinin birçoğunda sona ermiştir. Ülkemizde de Medeni Kanun'un 372. ve onunla uyumlu 521. maddeleri ile *Fideicommissum Familia* yasaklanmıştır. *Fideicommissum* yasağının halen güncelliğini koruyan bir hüküm mü yoksa yasakoyucu tarafından ilgası mümkün veya uygulamada farklı yorumlara yol açabilecek, güncelliğini kaybetmiş, anakronistik bir hüküm mü olduğu sorusu tartışılabilir. Ayrıca devrim ve feodalizm arasındaki savaşın sona erdiği düşünüldüğünde yasaklamaların en temel motivasyonu olan feodalizmin kalıntılarından kurtulmanın, günümüz uygar memleketlerinde eskisi kadar ehemmiyet arz etmediği de bir gerçektir. Bu sebeple sadece kültürel mirasın korunması konusunda *Fideicommissum* yasağına bir istisna tanınmanın, ciddi dezavantajlar yaratmayacak bir müdahale olduğu fikri öne sürülebilir.⁴¹ Ayrıca İtalya'da 22 Haziran 2016 tarihli *Dopo Di Noi*, gibi hakkaniyet çerçevesinden çıkmadan sosyolojik olguya göre yapılacak düzenlemelerin de olumlu sonuçlar doğurabilmesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte *Fideicommissum*'a yönelik mevcut üniform bakışın da sakıncaları olduğu yadsınmaz. Bu kurumu tecrübe etmiş veya etmekte olan her ülkede ve hatta bu ülkelerin farklı bölgelerinde bile konuyla ilgili mevzuat, onu oluşturan şartlar, gelenek ve görenekler, pratiğe döküldüğünde uygulanma şekli, sıklığı ve uygulamaların altında yatan temel amaçlar gibi birçok konuda birbirinden ayrılmaktadır. Bu sebeple bölgesel içeriğe ağırlık verilerek yapılacak çalışmaların daha verimli olması da kaçınılmazdır.

⁴¹ Marco Rizzuti, "Cultural Heritage Inheritance", *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, s. 21, orda dipnot 15.

Kaynakça

- Berger Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Bizzocchi Roberto, *Genealogie incredibili. Scritti di storia nell'Europa moderna*, Bologna, 1995.
- Chauvard Jena-François/Bellavitis Anna/Lanaro Paola, "De l'usage du fidéicommiss à l'âge moderne. État des lieux", *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [En ligne], 124-2 | 2012, URL: <http://mefrim.revues.org/650>; DOI: 10.4000/mefrim.650, son erişim tarihi 5 Haziran 2017.
- Di Marzo Salvatore, Çev. Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul 1959.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku*, C. III, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- Galgano Francesco, *Il rovescio del diritto*, Milan, 1991.
- Gambino Luigi, "Il substrato socio-culturale del fedecommisso familiare", *La nuova critica*, 27-28, 1971, s. 143-176.
- Guy Coquille/V. F. de Ronquier, *Les oeuvres de maistre Guy Coquille, sieur de Romanay: contenant plusieurs traitez touchant les libertez de l'église gallicane, l'histoire de France & le droit françois : entre lesquels plusieurs n'ont point encore été imprimez, & les autres ont été exactement corrigez*.
- Günal Nadi, "Roma miras hukuku'na genel bir bakış ve vasiyet yolu ile miras", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 425-424.
- Honig Richard, Çev. Talip Şemsettin, *Roma Hukuku*, İstanbul 1938.
- Trifone Romualdo, *Il fedecommisso. Storia dell'Istituto in Italia*, Naples, 1914.
- Koschaker Paul/Ayiter Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir, 1993.
- Küçükgüngör Erkan, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1996, C. 45, S: 1-4, s. 505-531.
- Lee Robert Warden, *The Elements of Roman Law With A Translation of The Institutes of Justinian*, London 1956.
- Liebs Detlef, *Römisches Recht*, Bonn 2004.
- Öcal Apaydın Bahar, "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C. 60, S. 3, s. 523-570.
- Pahud de Mortanges René, "Fideicommiss", *Dictionnaire historique de la Suisse (DHS)*, version du 10.04.2006, URL: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F8976.php>, son erişim tarihi 5 Haziran 2017.
- Peyrot Aude, *Fondations et trusts: Arrêt du TF : l'art. 335 al. 2 CC (interdiction de constituer des fidéicommiss de famille) ne relève pas de l'ordre public international suisse*, le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/657/>, 18 Déc 2009.
- Rizzuti Marco, "Cultural Heritage Inheritance", *Journal of Regional Development Studies*, vol 20, 2017-03, s. 7-18.

- Spring Eileen, "The strict settlement: its role in family history." *The Economic History Review*, (1988), 41: 454-460. DOI: 10.1111/j.1468-0289.1988.tb00475.x
- Tamer Diler, "Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LVII, 1999, S.1-2, s. 225-240.
- Thomas Yan, "L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue", Passeron Jean-Claude, REVEL Jacques, dir. *Penser par cas*, Paris: Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2005. – p. 45-73.
- Umur Ziya, *Roma Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Umur Ziya, "Roma Miras hukukunun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1966, C.31, S. 1-4, s. 159-195.
- Visceglia Merlotti Andrea, *Il bisogno di eternità. I comportamenti aristocratici a Napoli in età moderna*, Naples, 1988.
- Wauters Bart/De Benito Marco, *The History of Law in Europe: An Introduction*. Edward Elgar Publishing, UK, 2017.
- Zorzoli M. C., "Della famiglia e del suo patrimonio: riflessioni sull'uso del fedecommesso in Lombardia tra Cinque e Seicento", *Archivio Storico Lombardo*, 1989, CXV, s. 91 – 148.