İÇİNDEKİLER

SAYFA

İÇİNDEKİLER I
KAYNAKÇA V
YARDIMCI KAYNAKLAR XVI
KISALTMALAR XVII
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKU'NDA TARİHSEL GELİŞİM İÇİNDE AİLE, *PATRIA POTESTAS* VE VESAYET KAVRAMLARI

I – ROMA HUKUKU'NDA AİLE KAVRAMI VE PATRIA POTESTAS .....

A. ROMA AİLESİ .....
B. *PATRIA POTESTAS* (BABA EGEMENLİĞİ) .....

1. AİLE EVLATLARI ÜZERİNDEKİ *PATRIA POTESTAS* .....
2. KADINLAR ÜZERİNDEKİ *PATRIA POTESTAS* .....

II- ROMA HUKUKU'NDA VESAYETİN TANIMI, TARİHÇESİ VE GELİŞİMİ .....

A. GENEL OLARAK .....
B. VESAYET (*TUTELA*) KELİMESİNİN TERMİNOLOJİK KÖKENİ VE VESAYETİN TANIMI .....
C. VESAYETİN GELİŞİMİ .....

İKİNCİ BÖLÜM

VESAYETİN ÇEŞİTLERİ VE VASİ TAYİNİ

I- VESAYETİN ÇEŞİTLERİ .....

A. VESAYETİN ÜZERİNDE KURULDUĞU KİŞİLERE GÖRE .....

1. *TUTELA IMPUBERUM* (KÜÇÜKLER ÜZERİNDEKİ VESAYET) .....
2. *TUTELA MULIERUM* (KADINLAR ÜZERİNDEKİ VESAYET) .....

a. Genel Olarak .....
b. Kadınlar Üzerindeki Vesayete Getirilen Sınırlamalar .....

B. VESAYETİN KAYNAĞINA (VASİNİN ATANMA ŞEKLİNE) GÖRE .....

1. *TUTELA TESTAMENTARIA* (VASİYETNAME YOLUYLA) .....
2.*TUTELA LEGITIMA* (KANUNİ VESAYET) .....

a. *Legitima Agnatorum Tutela* .....
b. *Legitima Patronorum Tutela* .....
c.Legitima Parentum Tutela .....

3.*TUTELA A MAGISTRATU DATIVA* (*MAGİSTRA*'NIN ATAMASI İLE) ....

a. *Abdicatio Tutelae* .....
b. *Potioris Nominatio* .....

II- VASİNİN ATANMASI .....

A.GENEL OLARAK .....
B. BİRDEN FAZLA VASİNİN ATANMASI (*PLURIBUS TUTORIBUS*) .....
C. VASİLİKTEN FERAGAT .....

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VESAYETİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I- VASİNİN HAK VE YETKİLERİ .....

A.*ADMINISTRATIO* (YÖNETİM) .....

B. *SATISDATIO* (TEMİNAT) .....

C. *AUCTORITATIS INTERPOSITIO* .....

II- VASİNİN SORUMLULUĞU VE VESAYET İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN KORUNMASI .....

A.VASİNİN SORUMLULUĞU .....

1.KLASİK HUKUK DÖNEMİ'NDE VASİNİN SORUMLULUĞU .....

a.*Dolus* Sorumluluğu .....

***b.Culpa* Sorumluluğu ve *Dolus'*la İlişkisi** .....

2. *IUSTINIANUS* DÖNEMİ'NDE VASİNİN SORUMLULUĞU .....

B. VESAYET DOLAYISIYLA AÇILABİLECEK DAVALAR .....

1. *ACTIO TUTELAE* .....

2. *ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS* .....

3. *ACTIO TUTELAE CONTRARIA* .....

4. *ACTIO TUTELAE UTILIS* .....

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VESAYET İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

I- GENEL OLARAK .....
II- VESAYET İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN NEDENLER .....

A.VESAYET ALTINDAKİ KÜÇÜĞÜN 14 YAŞINI DOLDURMASI .....
B.VESAYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARINDAN BİRİNİN ÖLMESİ .....
C.VASİNİN *CAPITIS DEMINUTIO* HALİNE DÜŞMESİ .....
D.VASİNİN BELLİ BİR DÖNEM İÇİN SEÇİLMESİ HALİNDE SÜRESİNİN DOLMASI .....
E.VASİNİN ÖDEVLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİ .....

SONUÇ .....
SUMMARY .....

GİRİŞ

İlk çağlardan beri varolan, ancak zamana ve mekana göre değişiklikler gösteren en eski birleşik yapının aile olduğunu söylemek sanırım yanlış olmaz. Her toplum aile kavramına verdiği değerle gelişmiş ve ilerleme kaydetmiştir. İlk dönemlerde kabul edilen baba egemenliğine dayalı, geniş aile, refahın artması, sorumlulukların fazlalaşması nedeniyle, zamanla yerini daha küçük, sorumlulukların tüm aile fertleri arasında paylaşıldığı çekirdek diye de tabir edebileceğimiz aile yapısına bırakmıştır. Roma Hukuku'ndan günümüze, aileyle ilgili pek çok kavramda değişiklikler olmuştur ve olmaya da devam etmektedir. Ancak, bugün kabul edilen hukuk kurallarının bir çoğunun temellerinin Roma Hukuku'na dayandığı yadsınamaz bir gerçektir. Roma ailesini ele aldığımızda, ilk olarak babaerkil ve çok geniş bir aile karşımıza çıkar. Aile içinde bulunan fertlerin, aile babası kadar geniş yetkilerinin olmadığı, mameleklerinin bulunmadığı ve aile babasının aile fertleri üzerinde mutlak bir yetkiye sahip olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Aile içinde yaşayan kişilerin bu şekilde kısıtlanmalarının sonucunda bazı kavramlar doğmuştur. Vesayet kurumu da bunlardan biridir.

Roma'da erkek çocukların on dört yaşında buluğa erdikleri kabul edilmekteydi. Bu nedenle, on dört yaşından küçük çocuklar ile kadınlara, hukuki işlem yapabilmeleri için bir vasi atanmaktaydı. On dört yaşından büyük olan çocukların genelde hukuki işlem yapabildikleri kabul edildiğinden, kendilerine yirmi beş yaşına gelene kadar bir kayyım tayin ediliyordu. Bu yaştan sonra ise, hukuki işlem yapabilmeleri açısından gerekli olan yaş kriterini sağlamış oluyorlardı. Kadınlar açısından ise durum biraz daha farklıydı. Roma'da kadınların ömür boyu, hukuki işlem ehliyetine sahip olmadıkları kabul edilmekteydi. Ancak kadınlar, vasileri

aracılığıyla hukuki işlemlerde taraf olabiliyorlardı. Üç çocuk doğuran kadınlara ise istisnaen, vasi atanmayabiliyordu.

Ailenin, toplum hayatındaki önemi, hukuk düzeni içinde ayrı bir konu başlığı altında incelenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bugün yürürlükte bulunan medeni kanunlara baktığımızda, aile ile ilgili düzenlemelerin aile hukuku başlığı altında ayrı bir bölüm içinde düzenlendiği görülmektedir. TMK....

Günümüzde yaşadığımız toplum içinde devamlı karşımıza çıkan iki kavram; velayet ve vesayet. Velayet kavramının temeli aile hukukuna dayanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I- ROMA HUKUKU'NDA AİLE KAVRAMI VE *PATRIA POTESTAS*

A. ROMA AİLESİ

Aileye, toplumun geleceğini yakından ilgilendirmesi nedeniyle, çok önem verilmektedir. Tüm hukuk sistemleri aile ile yakından ilgilenmekte, onun korunması ve sağlıklı olması için gerekli düzenlemeleri yapmaktadır. Aile, sadece hukukun önem vererek düzenlediği bir kurum olmakla kalmamakta, diğer bilim dallarının da önemli konularını oluşturmaktadır[1].

Aile kavramının içerik ve kapsamı yere ve zamana göre değişkenlik göstermektedir. "Aile" teriminin anlamı da buna bağlı olarak değişmektedir. Bu nedenle ailenin her yerde ve her zaman geçerli olan bir tanımını vermek mümkün olmamaktadır. Aile terimi en kapsamlı olarak bir soydan gelenleri, bir sülaleyi belirtmek için kullanılmaktadır. Bu kadar geniş kapsamlı olmamakla birlikte, ataerkil bir yapı içinde yaşayan büyükanne, büyükbaba, çocuklar,

[1] Çağdaş Hukukumuzda aile, toplumun geleceğini yakından ilgilendirmesi nedeniyle, önemli bir yere sahiptir. Hukukun dalları içinde aileyi, en kapsamlı biçimde ele alarak düzenleyen Medeni Hukuk içinde yer alan Aile Hukuku'dur. Aileyi oluşturan bireyler arasındaki ilişkiler, Aile Hukuku'nun konusu içine girmektedir. Aile Hukuku'nun, ailenin çok çeşitli sorun ve ilişkilerini düzenlemede gösterdiği özen, onun aileye verdiği önemin bir göstergesidir. Aile Hukuku, TMK.'nun İkinci Kitabı içinde, 118. – 494. maddeler arasında düzenlenmiştir. Aile Hukuku kitabında klasik ve genellikle kabul edilen bir ayrım şekline yer verilmiştir. Buna göre, önce evlilik, karı koca ilişkileri, sonra geniş aile topluluğu ilişkileri ve nihayet devletin kontrolü, özellikle mahcur ve küçükler yönünden ilgili hükümler sırasıyla ele alınmıştır. Medeni Kanunumuzun yanında 1982 Anayasası'nda da aileye verilen önem vurgulanmıştır. Anayasa md. 41'e göre, "Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."

gelinler, torunlar, hizmetçiler, işçi, aşçı gibi kişilerin tümünün oluşturduğu birliğe de aile denildiği görülmektedir. Medeni Kanunumuz aile kavramını tek ve değişmez bir anlamda ele almamıştır. Kanun içinde aile teriminin değişik anlamlarda kullanıldığı görülmektedir[2].

Roma Hukuku'nda aile kavramı Çağdaş Hukuklarda kabul edilen aile kavramından oldukça farklıydı. Çağdaş hukukta "aile" denildiğinde ilk akla gelen anne baba ve çocuktan oluşan "çekirdek aile"dir. Roma Hukuku'nda ise, aile kavramı daha geniş açıdan ele alınmaktaydı. Aile babasının hakimiyeti altında bulunan ve hukuken ona bağlı olan kişilerin oluşturduğu gruba aile (***familia***) denmekteydi. Roma'da iki tür aile bulunmaktaydı. Bunlardan ilki dar anlamda aileyi ifade etmekteydi. Bu aileye "***familia proprio iure***" denmekteydi[3]. Bu aile, aile babası ve onun egemenliği altındaki kişilerden oluşmaktaydı. "***Familia communi iure***" denen geniş anlamda aileyi ifade eden aile ise, ortak asıl sağ olsaydı onun egemenliği altına girecek olan kişilerden oluşurdu[4]. Roma'da ise,

[2] ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 3. B., Ankara 1992, s. 646; Türk Medeni Kanunu içinde aile terimi başlıca üç anlamda kullanılmıştır.Yalnızca karı kocanın oluşturduğu birlik, dar anlamda aileyi karşılamaktadır. Dar anlamdaki aileye "evlilik birliği" de denmektedir. Geniş anlamda ailede, karı kocaya ek olarak çocuklar da aileye dahildir. Medeni Kanunumuzun en geniş anlamda ele aldığı aile kavramı içine, ana, baba ve çocuklar dışında, kan bağıyla bağlı olan hısımlar, kayın hısımları, bir sözleşme ilişkisi nedeniyle bir arada yaşayan işçi hizmetli ve yardımcıları girmektedir.

[3] PUGLIESE, Giovanni: Istituzioni di diritto romano, Seconda Ed., Torino 19 , s. 233; KASER, Max: "La Famiglia Romana Archaica", Conferenze Romanistiche, Milano 1960, s. 41; BETTI, Emilio: Istituzioni di diritto romano, V. I, Padova 1942, s. 48; VOLTERRA, Eduardo: "L'acquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias", Bullettino dell'Istituto di diritto romano, Terza serie Vol. 18, Milano 1976, s. 196.

[4] SERRAO, Feliciano: Diritto privato economia e societa nella storia di Roma, Prima parte, Napoli 1984, s. 181; ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, Ankara 1997, s. 158; ARANGIO-RUIZ,Vincenzo: Istituzioni di diritto romano, 4. Ed., Napoli 1937, s. 429.

fiziki yönden çok geniş bir aile yapısı söz konusuydu[5]. Kardeşler, yeğenler, torunlar, evlat edinilenler gibi kişiler de ailenin içinde yer almaktaydı[6]. ***Ulpianus*** D. 50. 16. 195. 2'de hukuki açıdan Roma ailesinin tanımını vermiştir.

D. 50. 16. 195. 2, ***Ulpianus*** (***Edictum***, lib. 46):

> "***Communi iure familiam dicimus omnim adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.***"
>
> "Aile, aileye mensup olan baba egemenliğine dayananik hısımların, kendi ailelerinin olmasına rağmen, tek bir aile babasına hukuken bağlı olmaları nedeniyle bir araya getirdikleri topluluktur."

Aile, birleşik ve bölünmeyen bir yapıya (***in domo dominium habere***) sahipti. Bu anlamda aile için, latince olarak "***domus***", aile babasının elindeki otorite ve güç için, "***potestas***", aile babasının eli altında bulundurma, tek elde toplama anlamında ise, "***manus***" terimi kullanılmaktaydı[7].

Aile kavramı, dar ve geniş olarak sınıflandırılmasının yanında, ***ius civile*** veya ***ius gentium***'a göre farklı özellikler göstermekteydi. ***Ius civile*** ailesi, ***pater familias*** ve onun egemenliği altında olan ya da ortak ***pater familias*** yaşasaydı, onun egemenliği altında kalacak olan kimselerden meydana gelen aileydi. Ancak aynı baba egemenliği altında olan kişiler arasındaki hısımlık (baba egemenliğine dayanan - ***agnatio***) ***ius civile***'ce tanınmakta ve geçerli

[5] WESTRUP, C.W.: Introduction to Early Roman Law, Oxford Copenhagen 1949, s. 143; BONFANTE, Pietro: Corso di diritto romamo, Diritto di famiglia, Milano 1963, s. 7.

[6] FAYER, Carla: La Familia Romana Parte Prima, Roma 1994, s. 2.

[7] RAWSON, Beryl: The Family in Ancient Rome, London 1986, s. 126; SALLER, Richard: Familia, Domus and the Roman Conception of the Family, Phonex Vol. 38, Canada 1984, s. 336; WESTRUP, s. 149.

sayılmaktaydı. Yani, aynı baba egemenliği altında yaşayan kişiler birbirlerinin baba egemenliğine dayanan hısmı sayılmaktaydı. Bu nedenle ilk zamanlarda sadece ***ius civile*** ailesi içinde yer alan bu kişiler miras ve vesayet haklarına sahipti. Birbirlerinin baba egemenliğine dayanan hısmı olan kişiler aslında baba tarafından aynı zamanda birbirlerinin cognat (kan bağı) hısmı da olmaktaydı. ***Digesta***'da yer alan ***Paulus***'a ait metinde bu konu ile ilgili bir açıklama bulunmaktadır:

D. 38. 10. 10. 2., ***Paulus*** (***Lib. Singulari de gradibus et adfinibus et nominibus eorum***):

> " ***Cognati sunt et quos adgnatos lex duodecim tabularum apellat, sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia ...***"[8]
>
> " XII Levha Kanunları'nda söz edilen baba egemenliğine dayanan hısımları aynı zamanda birbirlerinin kan bağı hısmıdır. Ancak bunlar, baba aracılığıyla aynı ailedeki kan hısımlarıdır..."

Klasik sonrası hukuk dönemi'nde kan bağı hısımlığına (***cognatio***)[9] önem verilmişti. ***Iustinianus*** dönemi'nde baba egemenliğine dayanan hısımlık sistemi yerini, ***ius gentium***'un tanıdığı ***cognatio***'ya bırakmıştı. ***Ius gentium***'a göre, ailenin temelinin kan hısımlığına dayanması nedeniyle, bu bağ, hukuki bir işlemle kurulamaz ve sona erdirilemezdi[10].

Her ailenin başında bir aile babası (***pater familias***) bulunmaktaydı. Tüm yetkiler aile babasında toplanmıştı. ***Ulpianus***'a göre, aile babası " ***Pater***

---

[8] D. 38. 10. 10. 2.'de yer alan metnin benzeri ***Gaius***'un ***Institutiones***'inde 1. 156.'da da bulunmaktadır.

[9] SERRAO, s. 183.

[10] EMİROĞLU, Haluk: Roma Hukuku'nda Kadının Hukuki Durumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2000, s. 25.

familias est qui in domo dominium habet." "Aile babası, aile içinde egemenliğe sahip olandır" olarak tanımlanmaktaydı[11]. Bu cümle içinde geçen "***dominium***" kelimesi, mülkiyet anlamında bir sahipliği değil, aile babasının ev (***domus***) içindeki hakimiyetini ifade etmekteydi. Aile babası aile içinde, gerçek anlamda bir baba olarak görülmemekteydi. O, ailenin başı (***capofamilias***) sıfatını taşıyan bir idareci konumundaydı[12]. Aile babasının onayından geçmeden hiçbir karar alınamıyordu.

Aile babası, babadan oğula geçen hukuki geleneklerin yorumcusu olarak görülmekteydi. Aile babası, kendi üstündeki aile babalarından daha önceden gördüğü gelenekleri, kendi egemenliği altındaki aile evlatlarına da öğretiyor ve bu hukuki gelenekleri kendi anlayışı doğrultusunda uyguluyordu. Ancak aile babasının hukuk yaratma yetkisi yoktu[13]. Her aile babasının içinde bulunduğu ailenin kendini bağlayan patriarkal hukuku bulunmaktaydı. Bu aileler zamanla birleşerek, şehir oluşturmuşlardı. Her bir ailenin kendi örf adetini getirmesiyle bir ortak hukuk (*common law*) oluşturulmuştu.

B. *PATRIA POTESTAS*

Patria potestas, gerek içerik gerekse aile babasına tanınan yetkiler nedeniyle Roma Hukuku kökenli bir kavramdı[14]. ***Patria potestas***, bir aile babasının kendi ölümüne kadar geçen süre içerisinde kendi çocukları ve himayesi altındakiler üzerinde sahip olduğu güç ve yetkiydi[15].

---

[11] BONFANTE, s. 11; SALLER, s. 338.

[12] VOCI, Pasquale: Istituzioni di diritto romano, Quinta Ed., Milano 1996, s. 82; PAVASE, Ateneo: Corso di diritto romano – Della famiglia, Pavia 1908, s. 6; PUGLIESE, s. 234.

[13] WESTRUP, s. 144.

[14] BUCKLAND, W.W.: A Textbook of Roman Law, 3. Edition, London 1963, s. 103; LOBRANO, Giovanni: Pater et filius eadem persona – Per lo studio della patria potestas I, Milano 1984, s. 109.

[15] CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi: Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800, Seconda Ed., Roma 1994, s. 77; BURDESE, Alberto: Gli istituti del diritto privato romano,

Aristo, "aile babası" yerine, "aile yöneticisi" (***princeps familiae***) terimini kullanmaktaydı. ***Patria potestas*** için kullanılan en eski latince ifade "***manus***"du[16]. Zaman içinde, aile babasının, aileye dahil olan kişiler üzerindeki yetkileri ve bunların isimleri değiştirildi. ***Pater familias***'ın ***alieni iuris***'ler üzerindeki yetkisine "***potestas***", kadınlar üzerindeki hakimiyetine "***manus***" ve köleler üzerindeki sahip olduğu güce "***dominium***" denmekteydi[17]. Köleler de efendilerinin, yani aile babasının ***potestas***'ı altında yer almaktaydı.

D. 1. 6. 1.1., ***Gaius*** (***Institutiones***, lib. 1):

"***Igitur in potestate sunt servi dominorum ...*** "

"Köleler, efendilerinin hakimiyeti (***potestas***) altındadır ...."

Pater familias, aile içinde "baba" değil, esas olarak "lider" konumunda görülmekteydi[18]. Bir kişi ***sui iuris*** olmadıkça kendi çocuklarının üzerinde dahi bir yetkiye sahip değildi. Bir aile babası egemenliği altında olmayan her erkek, yaşı ne olursa olsun, aile babası statüsündeydi[19]. ***Patria potestas***, aile babasına, hem aile fertlerinin şahısları üzerinde ve hem de ailenin malvarlığı üzerinde

---

Torino 1962, s. 143; LEAPINGWELL, George: A manual of Roman Civil Law, Cambridge 1959, s.51; GÜTERBOCK, Carl: Bracton and His Relation to The Roman Law, Colorado 1979, s. 82; FAYER, s. 127; KASER, s. 42; ARANGIO-RUIZ, s. 465; VOLTERRA, s. 205; WESTRUP, s. 144, İlk zamanlarda aile, otonom bir yapıya sahipti. Platon, "hukuklar" adlı üçüncü kitabında, ***Aristo***'nun "Siyaset" adlı eserinde olduğu gibi, ilkel topluluktan siyasi gelişimi ile Yunan ailesinin kurulmasını anlatır. Odesa'da da her aile babasının kendini bağlayıcı kurallarının bulunduğundan bahsedilir.

[16] WESTRUP, s. 154.

[17] OĞUZOĞLU, s. 81.

[18] DAVIDSON-STRACHAN, James Leigh: Problems of the Roman Criminal Law, V. I, Amsterdam 1969, s. 29; LOBRANO, s. 110; FAYER, s. 18; BETTI, s. 55.

[19] RAWSON, s. 130; BUCKLAND, s. 101

egemenlik yetkisi vermekteydi. İmparatorluğun ilk yıllarında aile babası aynı zamanda kendi ailesinin, bir konseyle birlikte yargıçlığını da yapıyordu. ***Ulpianus***'a göre bu durum eski geleneklerden ortaya çıkmıştı[20].

Babasının, büyük babasının veya daha büyük babasının egemenliği altında olan kişiye ***filius familias***, genel olarak ailenin bir üyesi olan kişiye ise ***alieni iuris*** denmekteydi. Roma Hukuku'nda, ***Ius Civile***'nin tanıdığı ailede, doğuma dayalı kan hısımlığı kabul edilmemişti. ***Ius Civile***'ye göre aile, aynı baba egemenliğine (***patria potestas***) dayanan kişilerden oluşurdu. Bu kişiler arasında aynı baba egemenliği altında olmaları nedeniyle oluşan hısımlığa ise, "***agnatio***" hısımlığı denmekteydi. ***Agnatio*** hısımlığı babanın sulbüne dayanmaktaydı[21], kadın aracılığı ile bu hısımlık doğmazdı[22].

Aile babasının egemenliği altında bulunan veya bu egemenlik altına giren kişiler, aile evlatları (***filius familias***) ve evlilik nedeniyle aileye giren evli kadınlardı. ***Ius Civile***'ye uygun yapılan evliliklerden doğan çocuklar, "***ipso iure***" başka bir işleme gerek olmadan aile babasının egemenliği altına girerlerdi[23]. Bunun yanında, bir aile babası "evlat edinme" yoluyla aileye yabancı bir kişiyi aile evladı statüsüne sokabiliyordu[24].

---

[20] D. 1. 6. 8. pr., ***Ulpianus*** (***Sabinus***, lib. 26): "..... ***nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere*** ...."

D. 1. 6. 8. pr., ***Ulpianus*** (***Sabinus***, lib. 26): "..... aile üzerindeki hakimiyet hakkı geleneklere dayanır,...."

[21] Yunanlılar, babanın soyundan gelenleri ifade etmek için "***puro seme***" terimini kullanmaktaydılar. Bkz. ARANGIO-RUIZ, s. 431.

[22] BONFANTE, s. 7; ARANGIO-RUIZ, s. 428.

[23] VOLTERRA, s. 204; ÇELEBİCAN, s. 161.

[24] UMUR, lugat, s. 18; AYİTER, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1960, s. 51; BORKOWSKI, s. 118; LEE, s. 70; WATSON, Law of Persons, s. 82; ROBY, s. 60; SERRAO, s. 200; OĞUZOĞLU, s. 109; Evlat edinme de iki şekilde olabiliyordu. 1) ***Adoptio***: Bir baba egemenliği altında bulunan kişinin başka bir baba egemenliği altına girmesi durumuydu. 2) ***Adrogatio***: Aile babası statüsünde olan bir kişinin başka bir aile babasının

Evli kadın, eğer kocasının veya kocası da egemenlik altında ise, onun aile babasının egemenliği altına girmezse, kocasının ailesi dışında kalıyordu. Aile babası (***pater familias***) statüsünde olan kocasının egemenliği altına giren evli kadın, kocasının bir çeşit kızı statüsünde görülüyordu[25].

Gaius, Ins. 1. 115 b:

> "...***Nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci***."
>
> "...Her ne sebeple olursa olsun kadın, kocasının egemenliği altına (***manus***) girmesiyle, onun kızı statüsüyle, kız evladın sahip olduğu hakları elde eder."

Kocası, aile evladı statüsünde (***filius familias***) olan evli kadın ise, kocasının aile babasının egemenliği altına girince, kocasının bir çeşit kız kardeşi statüsü kazanıyordu. Her iki durumda da evli kadın üzerinde kurulan bu egemenliğe "***manus***" denmekteydi[26]. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi'nde genelde ***manus***'lu evlilikler yapılmaktaydı. Cumhuriyet Dönemi'nde ise, bu tür evlilikler daha gelişmiş ve önem kazanmıştı[27]. Ancak, kadını ***manus*** altına sokmayan

---

egemenliğine girmesiydi. ***Iustinianus*** zamanında, kişinin kendi soyundan bir kişi tarafından evlat edinilmesi ile, tamamen aileye yabancı bir kişi tarafından evlat edinilmesi durumları birbirinden farklı hukuki sonuçlar doğurmaktaydı. Aileye yabancı bir kişi tarafından evlat edinilen kişinin eski ailesinden tamamen kopmayacağı, eski aile babasının egemenliği altında kalacağı esası kondu.

[25] EVANS, John: War, Women and Children in Ancient Rome, London and NewYork 1991, s. 9.

[26] LEE, s. 77; ÇELEBİCAN, s.165; VILLERS, R.: Roma Hukuku'nda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukuki Durumu, (Çev.: TAHİROĞLU, B.), İÜHFM, C. 39, 1974, s. 429; BURDICK, s. 220; UMUR, lugat, s. 50; LEE, s. 77; MARRONE, s. 333; KASER, s. 49; ROBY, Henry John: Roman Private Law, V.:I, Cambridge 1902, s. 68.

[27] BORKOWSKI, s. 124.

serbest evlilikler de yapılabilirdi. Bu şekilde yapılan evliliklerde kadın, kocasının egemenlik alanı dışında kalıyordu[28].

Gaius'un ***Institutiones***'inde de belirtildiği gibi, sadece kadınlar evlenme yoluyla, kocanın aile babasının egemenliği altına girebilmekteydi. Erkeklerin ***manus*** altına girmesi mümkün değildi.

Gaius, Ins. 1. 109:

> "***Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt***."
>
> "Geleneksel olarak, kadın ve erkek her ikisi de baba egemenliği altında bulunur, ancak sadece kadınlar evlenme ile ***manus*** altına girerler."

Aileye kimin girip, kimin çıkarılacağı veya kız evlatların evliliği gibi, aileyi ilgilendiren her konuda son kararı aile babası veriyordu. Aile babası, aile dışındaki çevre ile ilişkilerde, aile adına hareket edebilir, geçerli anlaşmaları yapabilir veya duruşmalara katılabilirdi. Yaptığı anlaşmalardan ve kendi hatası nedeniyle ortaya çıkan zararlardan (***noxa caput sequitur***)[29] aile adına kendisi sorumluydu. Sadece aile babası, aile içinde ***sui iuris*** statüdeydi[30].

Patria potestas, ***pater familias***'ın aile fertleri ve malvarlığı üzerindeki egemenliğini, gücünü göstermekteydi[31]. İlk dönemlerden itibaren Roma Hukuku'nun en bilinen (tipik) kurumlarından biri olarak kabul edilmekteydi.

---

[28] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda "Kadınlar Üzerindeki ***Patria Potestas***"

[29] WESTRUP, s. 152.

[30] PUGLIESE, s. 237; WESTRUP, s. 151; ARANGIO-RUIZ, s. 475.

[31] VOLTERRA, s. 206.

Roma İmparatorluğu dönemlerinde ***patria potestas*** örf-adet hukuku temeline dayanmaktaydı[32].

İmparatorluğun ilk yıllarında aile babası aynı zamanda kendi ailesinin, bir konseyle birlikte yargıçlığını da yapıyordu. ***Ulpianus***'a göre bu durum eski geleneklerden ortaya çıkmıştı[33]. Bir kişi ***sui iuris*** olmadıkça kendi çocuklarının üzerinde dahi bir yetkiye sahip değildi. Bir aile babası egemenliği altında olmayan her erkek, yaşı ne olursa olsun, aile babası statüsündeydi[34]. ***Patria potestas***, aile babasına, hem aile fertlerinin şahısları üzerinde ve hem de ailenin malvarlığı üzerinde egemenlik yetkisi vermekteydi[35].

Roma'nın ilk dönemlerinde, ***pater familias***, sahip olduğu mutlak egemenliğini aile fertleri üzerinde dilediği biçimde kullanabiliyordu. Ailenin yargıcı ve dini lideri sıfatıyla, aile içinde suç işleyen aile ferdini yargılayabilir, cezalandırmak için dövebilir, hapsedebilir ve hatta öldürebilirdi[36]. ***Patria potestas***'ın hukuksal görünümü bu şekilde olmakla beraber, örf-adet açısından bazı sınırlamalar getirilmişti. Devlet örgütü içinde, geleneği korumakla ve denetlemekle görevli "***censor***" olarak adlandırılan organlar oluşturulmuştu. Aile evlatlarının öldürülmesi, onlara eziyet edilmesi, satma hakkının kötüye kullanılması gibi durumlarda ***pater familias***, ***censor*** tarafından koğuşturulur ve

---

[32] D. 1. 6. 8. pr., ***Ulpianus*** (***Sabinus***, lib. 26): ***"..... nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere....***"

D. 1. 6. 8. pr., ***Ulpianus*** (***Sabinus***, lib. 26): "..... aile üzerindeki hakimiyet hakkı geleneklere dayanır,...."

[33] D. 1. 6. 8., ***Ulpianus*** (***Sabinus***, lib. 26)

[34] LOBRANO, s. 109; PUGLIESE, s. 237; BUCKLAND, s. 101.

[35] AYİTER, s. 53; BONFANTE, s. 128; RAWSON, s. 127; LONGO, Giannetto: "Patria Potesta", Novissimo Digesto Italiano, V. 12, İtalya 1957, s. 575, ÇELEBİCAN, s. 170.

[36] AYİTER, s. 54.

uyarılırdı. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına değin ***censor***'ların varlıkları ve etkinlikleri devam etti[37].

Principatus Dönemi'nde ise, ***Agustus***'la başlayan yasalaştırma faaliyetleri ile geleneklerle yapılan sınırlamalar hukuk alanına aktarıldı. İmparator ***Valentinus*** tarafından aile babasının "***ius vitae et necis***", yani "yaşatma ve öldürme hakkı" ortadan kaldırıldı. İlk olarak ***Constantinus***, daha sonraları ise, ***Honarius*** ve ***Theodosius*** zamanlarında, aile evladını terkeden ***pater familias***'ın bu evlat üzerindeki ***patria potestas***'ının sona ereceği düzenlendi[38].

Aile babasının ölümü ile, doğal olarak aile üzerindeki yetkisi sona ermekteydi. Eski aile babasının tüm yetkileri yeni aile babasına geçmekteydi. Örneğin, büyük babanın ölmesi halinde, torunlar kendi babalarının hakimiyeti altına girmekteydi. Ancak kendi babalarının da ölmüş olması durumunda, ***sui iuris*** statüsüne girerlerdi[39]. Aile babasının özgürlüğünü veya vatandaşlığını kaybettiği ya da aile babasının ***alieni iuris*** duruma düştüğü durumlarda da aile üzerindeki baba hakimiyeti sona ermekteydi[40]. ***Iustinianus*** zamanında, ***patria potestas***'ın, bu egemenliğe sahip olan aile babalarınca kötüye kullanıldığı bazı durumlarda, ceza olarak kaldırıldığı görülmekteydi[41].

1. Aile Evlatları Üzerindeki *Patria Potestas*

Aile babasının kendi ailesi içinde bulunan aile evlatları üzerinde sahip olduğu egemenliğe ***patria potestas*** denmekteydi. Aile evlatları doğumla veya

---

[37] CASTELLO, Carlo: Studi sul diritto familiare e gentilizio romano, Edizione anastatica, Roma 1972, s. 85; UMUR, lugat, s. 36; AYİTER, s. 56.

[38] SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Hukuku'nda Aile Babasının Egemenliği Altında Bulunanların Fiillerinden Sorumluluğu ile Türk Hukuku'nda Ev Reisinin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1993, s. 39.

[39] Iust. Ins. 1. 12. pr.; ***Gaius***, Ins. 1. 125-127.

[40] LEE, s. 75.

[41] ÇELEBİCAN, s. 166.

evlat edinme yolu ile baba egemenliği altına giriyorlardı. ***Ius civile***'ye göre geçerli bir evlilik birliği içinde doğan çocuklar ***ipso iure*** yani başkaca bir işleme gerek olmadan, evliliğin ***manus***'la (***cum manu***) veya ***manus yapılmayan*** (***sine manu***) yapılmasına bakılmadan aile babasının hakimiyeti altına girmekteydiler[42].

Iust. Ins. 1. 9. pr.; ***Gaius*** Ins. 1. 55:

> "***In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus***."[43]
>
> "Meşru bir evlenme (***iustae nupiae***)'den doğan çocuklarımız hakimiyetimiz (***potestas***) altındadır."

Bunun yanı sıra, yasal bir evlilik birliği içinde, evlenmeden sonra 180 gün veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğmuş olmaları ve babanın Roma vatandaşı olması gerekiyordu[44]. Ailenin kadın fertlerinin çocukları aileye dahil olmazlardı. Bu çocuklar, babalarının veya onların tabi oldukları aile babalarının egemenliği altına girerlerdi. ***Iustinianus***'un ***Institutiones***'inde 1. 9. 3.'te yer alan konuya ilişkin metin aynı şekilde D. 1. 6. 4.'te de bulunmaktadır.

Iust. Ins. 1. 9. 3.; D. 1. 6. 4., ***Ulpianus*** (***Institutes***, lib.1):

> "***Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est: item qui ex filio tuo et uxore eius nascitur, id est nepos tuus et neptis, aeque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.***

---

[42] MARRONE, Matteo: Istituzioni di diritto romano, Italia 1989, s. 317; BURDESE, s. 144.

[43] Iust. Ins. 1. 9. pr.; ***Gaius*** Ins. 1. 55.

[44] VOLTERRA, s. 243; ROBY, s. 57; KOSCHACKER, Paul – AYİTER, Kudret: Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, 329; Bu belirlenen süreler arasında doğan çocukların evlilik birliği içinde doğdukları karine olarak kabul edilmekteydi. "***Pater est quem nuptiae demonstrant***" " Baba, evliliğin baba olarak tanıdığı kimsedir."

Qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris eius."

"Senden ve karından doğan kimse senin hakimiyetin altındadır: oğlundan ve onun karısından doğan kız veya erkek torunun da senin hakimiyetin altındadır. Buna karşılık evlenmiş kızından doğan kimse senin değil, kendi babasının hakimiyeti altındadır."

Evlenmenin ***ius civile***'ye göre geçerli olmadığı durumlarda, çocuğun baba ile herhangi bir hukuki bağı söz konusu olamazdı. Evlilik dışı doğmuş sayılan bu çocuk, annesinin tabi olduğu aile babasının egemenliği altına girerdi[45].

İlk dönemlerde, köleninkiyle eş pozisyona sahip olan ***filius familias***'ın aile içindeki yeri, Cumhuriyet Dönemi'nin başlarında, köleninkinden biraz daha iyiydi[46]. 0 - 7 yaş arasındaki grubu oluşturan aile evlatlarına ***infantes*** denmekteydi ve bunlar fiil ehliyetinden tamamen yoksundular. 7-14 yaş arasında bulunan ***impubes***'ler ise, sınırlı ehliyetli idiler. Bunlar kendilerini alacaklı hale getiren işlemlerde aktin tarafı olabiliyor, bağış kabul ediyor ancak bağış yapamıyorlardı. Borçlandırıcı işlemleri yaparken vasilerinin iznine (***auctoritas***) gerek duyuyordu. Fiil ehliyetine sahip olabilmek için 25 yaşın doldurulması gerekliydi. 14 – 25 yaş arasındaki küçüğün (***puberes minores***) vasisi ile ilişkisi kesilerek, kendisine bir kayyım atanırdı[47].

Ailenin mallarına ilişkin tüm hukuki işlemleri yapma hakkı aile babasına aitti. Aile evlatları aile babasının izni olmadan hukuki işlem yapabiliyorlardı. Ancak, bu işlemlerden doğan tüm haklar aile babasına geçerdi. Yüklenilen borçlar ise, aile babası bakımından hiçbir sonuç doğurmazdı. Klasik Hukuk

[45] ROBY, s. 58; ÇELEBİCAN, s. 162.

[46] MARRONE, s. 325; PUGLIESE, s. 234.

[47] ARANGIO-RUIZ, s. 493; UMUR, Roma Hukuku Ders Notları, s. 203.

Dönemi'nden itibaren, aile evlatlarına "***peculium***" adı altında verilen sermaye oranında aile evladı borç altına girebiliyor ve kendisine dava açılabiliyordu[48].

Filius familias'ın ***res mancipi*** mal olarak görülmesi nedeniyle, onun kaçırılması durumunda aile babası, oğlunu geri almak amacıyla hırsızlık[49] veya ***vindicatio***[50] davası açabiliyordu. Aile babasının ***filius familias*** üzerinde en genel olarak üç yetkisi vardı[51].

a) Aile babası yukarıda da belirtildiği gibi, aile evladını öldürebilirdi, ancak aile içi mahkemede (***consilium propinquorum***) suçlu olduğuna dair bu yönde karar çıkması gerekliydi. Aile babasının çocuklar üstünde "***Ius vitae et necis***" (yaşam ve ölüm hakkı) vardı[52]. Bu hak 12 Levha Kanunu'nda da şu sözlerle yer almaktadır; "***Endo liberis justis ius vitae et necis***" "Aile babasının aile evlatları üzerinde hukuken öldürme ve yaşatma hakkı vardır". Daha sonraki devirlerde bu hakkın sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır[53].

---

[48] RAWSON, s. 127; BETTI, s. 58; ÇELEBİCAN, s. 171.

[49] D. 47. 2. 14. 13, ***Ulpianus*** (***Sabinum***,lib. 29) : "***Si filius familias subreptus sit, patrem habere furti actionem palam est***."

D. 47. 2. 14. 13, ***Ulpianus*** (***Sabinum***,lib. 29) : "Eğer bir aile evladı çalınırsa, aile babası çalan kişiye hırsızlık davası açabilir."

[50] D. 6. 1. 2 , ***Ulpianus*** (***Edictum***, lib. 16)

[51] AYİTER, s. 54.

[52] COLOGNESI CAPOGROSSI, Luigi: "Patria Potesta", Enciclopedia Del Diritto, V. 17, İtalya 1990, s. 242; LEE, R. W.: The Elements of Roman Law, 4. Ed., London 1956, s. 61; SCHWARZ, Andreas: Roma Hukuku Dersleri (Çeviren: Türkan RADO), 1. Cilt, 2. Baskı, İstanbul 1945, s. 98; BURDESE,s. 151; MARRONE, s. 323; LEAPINGWELL, s. 53.

[53] CASTELLO, s. 101; THOMAS, Yan: "Vitae Necisque Potestas", Du Chatiment Dans La Cite, Supplices Corporels et Peine de Mort Dans le Monde Antique, Rome 1982, s. 499; KOSCHAKER-AYİTER, s. 326.

b) Aile babasının aile evladını üç kere satma hakkı bulunmaktaydı (***ius vendendi***- satış hakkı). Aile babası, aile evladını 12 Levha Kanunu'ndan önce, sınırsız sayıda satılabiliyor veya bir Latin kolonisine yollayabiliyordu: "***Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto***." " Aile babası, aile evladını üç kere satarsa, aile evladı özgür hale gelir." Aile evladı üç satıştan sonra tamamen azat edilerek aile hakimiyetinden çıkarılmış oluyordu[54]. Bu durum için, torun veya kız evladın tek bir kez satılması yeterliydi. Hakimiyetten çıkarılan kişi ailesine tamamen yabancı kalırdı. Bu işlem yalnız kendisi için geçerliydi, kendi çocuklarına geçmezdi. Ayrıca, aile babası yeni doğan çocuklarını terk etme hakkına (***ius exponendi***) sahipti[55].

c) Aile evladının kazandığı her şey aile babasının olurdu. Bu durum, ***Unitas Personae***'nin zorunlu bir sonucudur. Aile evladı ***peculium***[56] dışında herhangi bir mala malik olamıyordu[57].

Bunların yanında, aile babası, aile evladının evliliğini veto edebilir veya boşanmasını önleyebilirdi. Aile evladının bir suç işlemesi durumunda gerekli parayı karşı tarafa vermek yerine, aile evladını karşı tarafa teslim edebilirdi. Kendi isteğiyle, egemenliği altındaki aile evlatlarına vasi tayin edebilirdi[58].

Iustinianus'un ***Institutiones***'inde aile babasının, aile evlatları üzerindeki egemenlik hakkı şu şekilde ifade edilmekteydi:

---

[54] PUGLIESE, s. 240; COLOGNESI CAPOGROSSI, Patria Potesta, s. 244; BURDESE, s. 148; KASER,s. 57.

[55] SERRAO, s. 204; AYİTER, s. 55.

[56] UMUR, lugat, s. 154, ***peculium***, kölelerle aile evlatlarına, aile menfaatine iş yapabilme imkanı vermek ihtiyacının doğuran bir kurumdu. Önceleri malikin rızası altında, köle veya aile evladının kendi kendine elde ettiği bir kazançtı. Daha sonraları malik, aile evladı veya köleye, kendi mamelekinden ayırdığı bir ***peculium*** vererek onu işletmesine imkan sağlamaya başladı.

[57] LEE, s. 61; LEAPINGWELL, s. 116

[58] UMUR, sözlük, s. 216; AYİTER, s. 74; HUVELIN, s. 350; LEE, s. 88.

Iust. Ins. 1. 9. 2:

> "***Ius autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus***."
>
> "Çocuklar üzerinde sahip olduğumuz egemenlik hukuku, Roma yurttaşlarına özgüdür; gerçekte insanların hiçbirisi, bizim çocuklarımız üzerinde sahip olduğumuz gibi bir egemenliğe sahip değildir." [59]

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında, bazı ***magistra***'lar, aile babalarının egemenlik haklarını kötüye kullanmalarını önlemek için tedbirler almaya, suçlu görülen aile evlatlarına verilecek cezaları kısıtlamaya başladılar. Örneğin, imparator ***Traianus*** (M.S. 98–117) oğluna kötü davranan aile babasını, oğlunu egemenliğinden çıkarması için zorlamıştı. Aynı imparator oğlunu öldüren bir başka aile babasını sürgün cezasına çarptırmıştı[60]. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise, baba egemenliğinin eski kapsamını yitirdiği görülmektedir. M.S. 365 yılında, İmparator ***Valentinianus*** tarafından, ***pater familias***'ın aile evlatları üzerindeki bu sınırsız egemenlik hakları ortadan kaldırıldı[61].

Evlat edinilen çocuklar da diğer evlatlarla aynı statüde görülmekteydi. Evlat edinme ile baba egemenliği altına giren çocukla, aile babasının kendi çocukları arasında bir fark bulunmamaktaydı. Klasik Dönem'de, evlat edinenle edinilen arasında yaş farkı bulunup bulunmaması konusunda bir tartışma vardı. Bu durum ***Iustinianus*** Dönemi'nde aradaki yaş farkının en az on sekiz olması şeklinde karara bağlandı[62].

---

[59] IUSTINIANUS: Institutiones (Çev.: Ziya UMUR), İstanbul 1968, s. 33.

[60] ÇELEBİCAN, s. 169.

[61] AYİTER, s. 56.

[62] Iust. Ins. 1. 11. 4.

Evlat edinme iki şekilde olabilmekteydi. Aile babası ya sadece bir kişiyi tek başına evlat edinir ve onu o ana kadar ***pater familias***'ı olan kimseden hukuken ayırırdı veya bir ***pater familias*** başka bir ***pater familias***'ı evlat edinir ve bu şekilde o kişiyle birlikte bütün ***filius familias***'lar da hep beraber yeni ***pater familias***'ın egemenliği altına girerlerdi[63]. Evlat edinilenin önceden ***filius familias*** olması halinde kendi ailesi ile olan bağı tamamen sona erer ve oradaki haklarını kaybederdi. Yeni ailesinin ismini, ünvanını ve miras hakkını kazanırdı. ***Iustinianus*** zamanında ise kabul edilen "***adoptio minus plena***"[64] ile evlat edinenin öz babasıyla miras ilişkisini devam ettireceği kabul edilmişti[65].

Aile evladı, aile babasının ölümü, aile babasının vatandaşlığını ya da özgürlüğünü kaybetmesi (***capitis deminutio***)[66] veya ***emancipatio***[67] ile ***sui iuris*** duruma gelebilmekteydi. ***Iustinianus*** Dönemi'nde, aile babası çocuklarını kötü yollara sevk ediyorsa, ceza olarak çocuklar üzerindeki hakimiyet hakkı sona ererdi.

Gaius, Ins. 1. 127:

" ***Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt***."[68]

---

[63] AYİTER, s. 49.

[64] UMUR, lugat, s. 18, ***adoptio minus plena***, eyalet adetlerinin tesiri altında, imparatorluk hukukunun kabul ettiği ve önceki aileden ayırmayan, yeni ailenin bir cüz'ü haline getirmeyen, fakat evlat edilene sadece mirasçı olma hakkını sağlayan evlat edinme şekline ***postglassator***'lar tarafından verilen isimdi

[65] UMUR, Roma Hukuku, s. 171; BONFANTE, s. 37; KOSCHAKER-AYİTER, s. 331.

[66] VOCI, s. 87; BURDESE, s. 156.

[67] Baba egemenliğinde bulunan bir ***alieni iuris***'i hakimiyetten çıkararak ***sui iuris*** haline getirmek için yapılan işleme ***emancipatio*** denmekteydi. Bkz. UMUR, lugat, s. 64; FAYER, s. 126; BURDESE, s. 157; KOSCHAKER-AYİTER, s. 334.

[68] ***Gaius***, Ins. 1. 127.

" Aile babasının egemenliği altında bulunan kişiler aile babasının ölümü ile bağımsız (***sui iuris***) duruma gelmekteydiler.

Gaius, Ins. 1. 128:

"... ***ciuitatem Romanam amittat, sequitur, ut quia eo modo exnumero ciuium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate eius esse***..."[69]

" Roma vatandaşlığını kaybeden aile babası, vatandaşlıktan çıkarılması ile birlikte, aynen öldüğünde olduğu gibi, hakimiyeti altında olan kişiler üzerindeki gücünü (***patria potestas***) kaybeder."

2. Kadınlar üzerindeki *Patria Potestas*

Ius Civile ailesi, aynı baba egemenliği altında olma hukuki esasına dayanmaktaydı. Kadınlar da, aile evlatlarının olduğu gibi, baba egemenliği altında bulunuyorlardı. Kadının, evlenme ile, kocasının ailesi içine girebilmesi için üzerinde ***patria potestas***'ın kurulması gerekmekteydi. Aksi takdirde kendi aile babasının egemenliği altında kalmaya devam ederdi. Ancak, kadının evlenmesi, kocasının veya kocasının aile babasının egemenliği altına girmesi için yeterli olmamaktaydı. Kadının egemenlik altına girebilmesi, ***conventio in manum***[70] olarak adlandırılan işlemlerden birinin yapılmış olmasına bağlıydı. Bu işlemlerden sonra kadın üzerinde kurulan egemenlik ***manus*** olarak isimlendirilirdi. ***Manus*** kurumu 12 Levha Kanunları'na dayanmaktaydı.

---

[69] ***Gaius***, Ins. 1. 128.

[70] UMUR, lugat, s. 50; LEE, s. 77; MARRONE, s. 333; KASER, s. 49; VOLTERRA, s. 227; LONGO, s. 575; ***Conventio in manum***, kadının, ***coemptio***, ***confarreatio*** veya ***usus*** işlemlerinden biri ile kocasının veya kocasının bağlı bulunduğu aile babasının hakimiyeti altına girmesi anlamına gelmekteydi. ***Confarreatio***, on şahit önünde gerçekleşen dini bir törendi. ***Coemptio***, kadının ***pater familias*** tarafından evleneceği kişiye satılmasını içermekteydi.

Kadın, her zaman otomatik olarak ***manus*** altına girmezdi. Bunun da şekil şartları bulunmaktaydı. Kadının üç şekilde ***manus*** altına girmesi mümkündü. Yapılan bir törenle aynı ekmeği bölüşerek (***farreo***), ***coemptio*** denilen farazi bir satışla koca, karısını, belli sözleri söylemek suretiyle satın alarak ve evlenen kadın bir yıl boyunca sürekli olarak kocasının evinde kalarak (***usu***) ***manus*** altına girebilirdi[71].

Gaius, Ins. 1. 110:

> "***Olim itaque tribus modis in manum conveniebat: usu, farreo, coemptione***."
>
> "Kadını ***manus*** altına sokan üç yol bulunmaktaydı: kullanma (***usu***), aynı ekmeği paylaşma (***farreo***), farazi satış (***coemptio***)."

Manus ve evlilik birbirinden ayrılabilirdi. Evlilik olmadan da ***manus*** altına girmek mümkündü. ***Gaius***'a göre, ***coemptio***[72] işlemi evlilik veya güven (***fiduciae causa***) amacıyla yapılabilirdi.

Gaius, 1. 114:

> "***Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae...***"

---

[71] PUGLIESE, s. 247; SERRAO, s. 185; EMİROĞLU, s. 36; OĞUZOĞLU, s. 88; RUGGINI, Lellia Cracco: Juridical Status and Historical Role of Women in Roman Patriarchal Society, KLIO 71, 1989, Berlin, s. 607; EVANS, s. 10.

[72] ***Coemptio***, kadının ***pater familias*** tarafından evleneceği kişiye satılmasını içermekteydi.

"Kadın, ***coemptio*** işlemini kocasıyla veya üçüncü bir kişiyle yapabilir. ***Coemptio*** işlemi içinde yapılan satış evlilik amacıyla veya güven için yapılabilir."

Güven amacıyla ***coemptio*** işlemini yapmak kadına, vasisini değiştirme imkanı vermekteydi. Kadın, kocası dışında bir erkekle bu işlemi yaparak bir nevi onun kızı statüsüne giriyordu. Kadını ***manus***'u altına alan bu kişiye ***coemptionator*** denmekteydi[73]. Bu kişi kadını, kadının istediği bir başka kişiye verir ve daha sonra ***manus***'undan çıkarırdı. Böylece bu kişi, kadının inançlı vasisi (***tutor fiduciarius***) haline gelirdi[74]. ***Coemptio*** işlemi ***Iustinianus*** Dönemi'nde ortadan kaldırılmıştı[75].

Kadın, bu şekil şartlarının yanında, başka yollarla da kocasının ***manus***'u altına girebilirdi. Bir yıl boyunca aralıksız olarak kadının kocasıyla birlikte bulunması halinde, kadın, aynen taşınır malların kazanılması gibi, kocasının ***manus***'u altına girerdi[76].

Manus işleminin yapıldığı evliliklerden (***cum manu***) farklı olarak, ***manus*** işlemi yapılmadan gerçekleşen evliliklerde (***sine manu***) kadın, kocasının veya kocasının aile babasının egemenliği altına girmiyordu[77]. Evli kadın, üzerinde ***manus*** kurulmasıyla, kendi ailesiyle olan baba egemenliğine dayanan akrabalığı sona erer ve tüm hukuki sonuçlarıyla kocasının ailesine dahil olurdu. Evli kadının üzerinde ***manus*** kurulmaması halinde, ***ius civile***'ye göre, ailesinin

---

[73] LEE, s. 78.

[74] ***Tutor fiduciarius***, kendisine güvenen bir kadına, onunla evlenmediği halde ***coemptio*** ile ***manus***'u altına aldıktan sonra, hakimiyetini veren ve bu suretle kadının vasisi olan kişidir. Bkz. UMUR, lugat, s. 217.

[75] AYİTER, s. 19.

[76] Kadının, bir yıl içinde üç geceyi ev dışında geçirmesi halinde, kadın ***manus*** altına girmekten kurtulmaktaydı. "***Usurpatio trinoctii***" olarak isimlendirilen bu durum serbest evliliğin de başlangıcı olmuştu. Bununla ilgili olarak bkz. UMUR, lugat, s. 219; LEE, s. 78; EVANS, s. 10.

[77] RAWSON, s. 128; EVANS, 10.

dışında kalmakta ve kocası ve bu evlilikten doğan çocuklarıyla arasındaki ilişkiler hukuken dikkate alınmamaktaydı[78].

Manus'lu evlilikte koca, karısının tüm mallarının maliki olurdu. Kadının hukuki işlem ehliyetinin olmaması nedeniyle, kural olarak tek başına kendisini borç altına sokan işlemleri yapamazdı[79]. Ancak, XII Levha Kanunları'na göre, kadın, kendi adına mal sahibi olabilirdi. Aile babasının ölümü ile diğer erkek kardeşleri ile birlikte mirasçı olabilir ve kendi hakkına düşen miras payını alabilirdi[80]. ***Sine manu*** evliliklerde ise, kadının kocasının egemenliği altına girmemesi nedeniyle, kadın, kocasının malvarlığından hiçbir şey talep edemezdi[81]. ***Manus*** yapılmayan evliliklerde karı kocanın malvarlıkları ayrıydı. Kadın başka bir aile babasının egemenliğinde ise, ayrı bir malvarlığı da bulunmuyor demekti. Ancak, kadın, ***sui iuris*** ise, mallarını bizzat vasi vasıtasıyla kendisi idare ederdi[82].

Kocasının ***manus***'u altındaki bir kadının, kız çocuğuna eş bir hukuki durumu söz konusuydu. Evlenerek kocasının veya kocasının babasının ***manus***'u altına giren kadın için ***Cicero, materfamilias*** terimini kullanmıştı[83]. Aile babası egemenliği altında, ***alieni iuris*** olan evli kadın, "***manus***"un kuruluşundan sonra, kendi aile babasının egemenliğinden çıkar ve kocasının veya kocasının aile babasının egemenliği altına girerdi[84].

---

[78] LEE, s. 77; ÇELEBİCAN, s.165; BURDICK, s. 220; MARRONE, s. 333; KASER, s. 49; ROBY, s. 68.

[79] TMK.'nda kural olarak kadın erkek arasında eşitlik ilkesi benimsenmiştir. TMK. md. 8 uyarınca, tüm insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.

[80] STRACHAN-DAVIDSON, s. 34.

[81] EVANS, s. 10; OĞUZOĞLU, s. 89.

[82] AYİTER, s. 17; EVANS, s. 17.

[83] ZANNINI, Pierluigi: Studi Sulla Tutela Mulierum, Torino 1976, s. 52; ROBY, s. 68; üzerinde ***manus*** kurulan evli kadın, ***pater familias***'ın karısı ise, saygı gereği ***mater familias*** olarak isimlendirilirdi.

[84] BORKOWSKI, s. 125; OĞUZOĞLU, s. 88; EVANS, s. 9.

Klasik Hukuk Dönemi'nden sonra, baba egemenliğine dayanan hısımlıktan ziyade, kan hısımlığı kabul edilmişti. Böylece, çocuklarla baba arasında hiçbir şarta gerek olmadan hısımlık ilişkisinin doğması nedeniyle, evliliklerin de ***manus*** işlemi ile yapılması önemini kaybetmişti. Bunun sonucu olarak, ilk dönemlerde evliliklerin hemen hemen tümünde, ***manus*** işlemi yapılırken, daha sonraki dönemlerde ***manus*** işlemi yapılmaksızın gerçekleştirilen evliliklerin sayısının giderek arttığı ve Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarına doğru, ***manus*** yapılmayan (***sine manu***) evliliğin kural haline geldiği görülmektedir[85].

Principatus Dönemi'nde, egemenlik altında bulunan kadına, boşanma özgürlüğünün tanınmasıyla ***patria potestas*** zayıflatıldı. ***Pater familias***, Roma'nın her döneminde, mutlak bir şekilde boşanma yetkisine sahipti. Cumhuriyet Dönemi'nde ise, ***manus*** kurulmayan evliliklerde, kadına boşanma hakkı verildi. ***Manus*** kurulan evliliklerde ise kadın, bu haktan yoksun bırakılmıştı[86]. M.S. 3. yüzyıldan başlayarak evli kadınlar üzerinde ***manus*** kurulması da tamamen ortadan kalktı. Evli kadınlar artık aile evladı değil, ev kadını olarak özel işlem görmeye başladılar[87].

---

[85] KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: Roma Hukuku'nda İntifa Hakkı, Ankara 1998, s. 22; LEAPINGWELL, s. 113; OĞUZOĞLU, s. 107; ÇELEBİCAN, s. 165; LAWSON, F. H.: The Roman Law Reader, New York 1969, s. 49.

[86] SÖĞÜTLÜ, s. 39.

[87] ÇELEBİCAN, s. 170.

II - ROMA HUKUKU'NDA VESAYETİN TANIMI, TARİHÇESİ VE GELİŞİMİ

A. GENEL OLARAK

Vesayet, vesayet altındaki kişinin[88] belli şartları taşımaması nedeniyle iradesinin tamamlanması ve hukuki işlemleri geçerli bir şekilde yapabilmesi için konmuş koruyucu bir kurumdu. Roma Hukuk Sistemi'ne göre, her Roma vatandaşı hak ve fiil ehliyetine sahip değildi. Bu ehliyetlere sahip olabilmek için belli şartların bir arada bulunması gerekmekteydi. Roma Hukuku'na göre, Roma vatandaşı ve özgür olan, baba egemenliği altında bulunmayan ***sui iuris*** kişinin hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilmekteydi[89]. Hak ehliyeti açısından, herhangi bir cinsiyet ayrımcılığına gidilmemişti. Bunun yanında, yirmi beş yaşını dolduran, akıl hastalığı ve müsrifliği olmayan erkekler ancak medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahipti[90]. Bu bağlamda kadınların hiçbir koşulda fiil ehliyetine sahip olamayacakları kabul edilmekteydi.

---

[88] Türk Hukuk Lügatı, 4. Baskı, Ankara 1998, s. 359, vesayet altında bulunan kişi için kaasır terimi kullanılmaktadır.

[89] Çağdaş hukukumuzda hak ehliyeti, hak ve yükümlülük sahibi olabilmek, hak ve yükümlülüklerin süjesi olmak iktidarıdır. Hak ehliyeti konusu, Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 8. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu maddede, "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre, bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." ifadesi yer almaktadır. Bundan da açıkça anlaşılacağı gibi, hak ehliyeti, çağdaş hukukumuzda, yaş, fikri ve bedeni gelişme, hukuki işlemlere katılabilip katılamama gibi hususlar gözönünde tutulmaksızın, her şahsa tanınan bir ehliyettir; ZEVKLİLER, s. 189; ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku, 2. Basım, Ankara 1989, s. 35.

[90] Fiil ehliyeti, bir kişinin kendi fiil ve hareketleriyle, isteği doğrultusunda hak iktisap etmesi, bu hakları değiştirmesi veya ortadan kaldırması ve borç altına girebilmesidir. TMK.'nun 9.

Baba egemenliği altında bulunmayan özgür bir Roma vatandaşının hak ehliyetinin olduğu kabul edilmekteydi[91]. Fiil ehliyetine ilişkin olarak, yirmi beş yaşını doldurmayan küçükler için ise, ikili bir ayrım uygun görülmüştü. 0-14 yaş arasındaki küçükler hukuki işlemlerde kendilerine atanacak vasileri tarafından temsil edilmekteydi[92]. On dört yaşını dolduran küçük buluğa ermiş sayılmaktaydı. Bu nedenle, bu kişiler üzerindeki vesayet hakkı sona ererek, kendilerine bir kayyım atanmaktaydı[93]. Böylece, yirmi beş yaşına gelene kadar

---

maddesine göre, " Fiil ehliyetine sahip olan kişi, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir." Ancak TMK. hak ehliyetinde olduğu gibi, herkesin fiil ehliyetine sahip olduğunu kabul etmemektedir. Bir kişinin fiil ehliyetine sahip olabilmesi için, reşit olması (18 yaşını tamamlaması), temyiz kudretine sahip olması ve kısıtlı olmaması gerekir. Temyiz kudretine sahip olma, bir kişinin fiil ve hareketlerinin saiklerini ve sonuçlarını doğru olarak kavramasını ve buna uygun hareket etmesini kapsar. Kısıtlılık ise, bir kimsenin kanunda öngörülen belli sebeplerden birine dayanarak, mahkeme kararı ile fiil ehliyetinden mahrum edilmesidir. TMK. md. 14'e göre, "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur." Buradan da anlaşılacağı gibi, Roma Hukuku'nda kabul edilen fiil ehliyetinin şartları ile çağdaş hukukumuzda öngörülen şartlar birbirleriyle farklılıklar göstermektedir; ZEVKLİLER, s. 197; ÖZTAN, s. 47.

[91] HUVELIN, Paul: Cours Elementaire de Droit Romain, Paris 1927, s. 346; TALAMANCA, Mario: Istituzioni di diritto romano, Milano, 1990, s. 77; AYİTER, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1960, s. 69; VOLTERRA, s. 114; OĞUZOĞLU, s. 55 vd.; ÇELEBİCAN, s. 127; BETTI, s. 65.

[92] AYİTER, s. 72; Buluğ çağına ermiş olmak Romalılarda eski zamanlardan beri sabit yaş sınırlarına bağlanmıştı. Bu yaş erkeklerde 14, kadınlarda 12 idi. 14 yaşına gelen erkek çocuk, yapılan bir törenle ***Toga virilis*** denen bir elbiseyi giyer, törenle ***Forum*** meydanına götürülür ve orada ismi "vatandaşlar listesi" ne kaydedilirdi. Bu tören her sene belli bir günde, 17 Mart'ta yapılırdı.

[93] BORKOWSKI, Andrew: Textbook on Roman Law, 2. Ed., United Kingdom, 2001, s. 148; Nuovo Dizionario di Giuridico Romano, s. 146; VOLTERRA, s. 128; UMUR, Roma Hukuku Ders Notları, AYİTER, s. 88; BONFANTE, s. 661; HUVELIN, s. 38; LEE, s. 89, 25 yaşından küçük olanlar, kural olarak haklara ve hukuki işlem yapma ehliyetine sahip olsa dahi, kendisine mal varlığını idare etmek üzere ***cura minorum*** denen bir kayyım atanmaktaydı. ***Cura***'nın ilk

yapacakları bazı hukuki işlemlerde kayyımın rızasının bulunması gerekmekteydi. Kayyımlar da ***magistra***'lar tarafından atanmaktaydı.

Iust. Ins. 1. 23. pr.:

> "***Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; qui licet puberes sint, adhuc tamen huius aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint***."
>
> " Buluğa varmış erkek ve kadınlara, yirmi beş yaşını tamamlayana kadar kayyım verilir; bu kişiler her ne kadar baliğ iseler de, henüz işlerini gereği gibi yapamayacak bir yaştadırlar."

On dört yaşına kadar olan küçüklere vasi atanmasının dışında, bir ***manus*** evliliği sebebiyle veya evlenmediğinden dolayı, ***pater familias***'ın ***patria potestas***'ı altında olmayan her kadının da Roma'da bir vasisi bulunmaktaydı. Bu kişiler vasilerinin rızaları doğrultusunda hukuki işlemleri yapabilmekteydiler Bu genel açıklamalardan sonra, Roma Hukuku'nda vesayet (***tutela***), ***sui iuris*** olup henüz ergenlik çağına gelmemiş küçüklerin ve her yaştaki kadınların

---

şekli, reşit kimselerden akıl hastası olanlar için uygulanmaktaydı. Daha sonraları ise, 14 yaşını dolduran, ancak 25 yaşına gelmemiş bulunan, hukuki işlemleri yapabileceği düşünülen kişiler için de uygulanmaya başlandı. Kayyımlık, bu kişinin zayıflığından ve tecrübesizliğinden yararlanılarak aldatılmaması için koruyucu kurum olarak konmuştu. ***Cura minoris*** daima ***magistra*** tarafından, esas olarak mameleki idare etmesi için değil, yalnız bazı hukuki işlemlerin geçerliliğine izin vermesi için atanırdı. Ancak kısıtlı olan kişi, isteği doğrultusunda kendisine mamelekin idaresini de bırakabilirdi. Klasik Sonrası Dönem'de ise, kayyımlık tamamen vesayete benzer hükümler içermeye başladı ve aralarındaki farklar kayboldu. Bunun sonucu olarak, vasi 14 yaşına kadar küçüğün işlerini takip ederken, 14 – 25 yaşındakiler için aynı görevi kayyım üstlenmeye devam etti.

mameleklerini korumak için, eksik olan fiil ehliyetlerini tamamlamak üzere kurulan korumaya yönelik bir kurum olarak tanımlanabilir[94].

Çağdaş hukukumuzda velayet ve vesayet olarak kabul edilen iki ayrı kurum bulunmaktadır. Velayet, küçüklerin ve bazı durumlarda da kısıtlı çocukların gerek şahıslarına, gerek mallarına özen gösterme onları temsil etme konusunda kanunun, ana babaya yüklediği görevler ile bu ödevlerin iyi bir şekilde yapılmasını sağlamak üzere tanıdığı hakların tümüdür[95]. Çocuklar, istisnai haller dışında, reşit oluncaya kadar ana ve babalarının velayeti altındadır. Bu nedenle, çocukların şahsının ve mallarının korunması "velayet" kurumu ile sağlanmaktadır. Ancak velayet hakkının bulunmaması veya bu hakkın veliden alınmış olması durumlarında, vesayet kurumu devreye girmektedir.

Bir yandan velayet altında bulunmayan küçükleri, diğer yandan çeşitli sebepler nedeniyle kendi kendilerini yönetmekten aciz reşit kişileri, gerek şahısları gerek malları bakımından korumaya ve onları temsil etmeye yönelik kuruma "vesayet" denmektedir[96]. Roma Hukuku'nda ***tutela*** kavramı, günümüz çağdaş hukukunda kullanılan hem velayet[97] ve hem de vesayet kurumlarına karşılık gelmekteydi. Ancak günümüz hukukuna kıyasla Roma Hukuku'nun kabul ettiği "vesayet" kurumuna ilişkin düzenlemelerin daha dar olduğu söylenebilir. Roma Hukuku'nda belli yaş aralığındaki çocukların yanında kadınlar

---

[94] Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 530; ROBY, s. 92; UMUR, lugat, s. 216.

[95] AKINTÜRK, Turgut: Aile Hukuku, Ankara 1996, s. 342.

[96] Türk Hukuk Lügatı, s. 359'na göre, "vesayet, küçüklerin ve kısıtlıların himayesi maksadıyla, özel hukukta tanzim edilmiş olmasına rağmen, bir nevi kamu hizmeti mahiyetinde bir müessesedir. Bu himaye vazifesi ya vesayet uzuvları vasıtasıyla, yani devletin müessir müdahalesiyle veya bu müdahaleye mahal kalmadan aile vesayeti şeklinde yapılır. Medeni hukukumuzun müşavirlik müessesesi de geniş manada vesayet mefhumunun içerisine girer."

[97] Türk Hukuk Lügatı, s. 358, "velayet, küçük veya hacredilen çocuklarının şahısları ve malları üzerinde, kanuni bakım ve terbiye vazifelerini kolaylaştırmak maksadıyla, kanunun ana ve babaya tanıdığı hak ve salahiyetlerdir."

üzerinde de vesayet söz konusu olmaktaydı. Çağdaş Hukukumuzda cinsiyete dayalı bir ayrımcılık, kısıtlama yapılmamıştır. Bu yönüyle Çağdaş Hukukumuzla, Roma Hukuku'nda kabul edilen vesayet kavramları arasında farklar bulunduğu görülmektedir.

B. VESAYET (*TUTELA*) KELİMESİNİN TERMİNOLOJİK KÖKENİ VE VESAYETİN TANIMI

Tarihsel gelişim içinde, ***tutela*** teriminin, terminolojik açıdan ***tueor*** veya ***tueri*** kelimelerinin kökeninden geldiği düşünülmektedir. ***Tueor***, görmek, bakmak, gözetlemek, savunmak gibi anlamının yanı sıra, desteklemek, gözcülük etmek, korumak anlamında da kullanılmaktaydı[98]. ***Tueri*** ise, himaye etmek anlamına gelmekteydi[99]. "***Tutela***" terimi, ***tueor*** ve ***tueri*** kelimelerinden türetilerek, koruma, savunma, gözleme anlamlarında kullanılmaktaydı. Daha sonraları ise, ***tutela*** terimi, vesayet kavramını tanımlamak için kullanıldı[100]. ***Tutor***, vesayet işini görmekle görevlendirilen kişiye, yani, vasiye verilen isimdi[101].

---

[98] LEWIS, Charlton T.: A Latin Dictionary, Oxford 1980, s. 1907; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 530.

[99] KOSCHAKER-AYİTER, s. 337.

[100] Enciclopedia Del Diritto XLV, Italy 1992, s. 305; Türk Hukuk Lügatı, s. 359, vesayet terimi için almancada "*vormundschaft*", ingilizcede "*tutalage, tutorship, guardianship*", fransızcada "*tutelle*", italyancada ise "*tutela*" terimleri kullanılmaktadır. Velayet terimi ise, almanca "*elterliche Gewalt*", ingilizce "*parentel power*", fransızcada "*puissance paternelle*", italyancada ise vesayetle aynı anlamda kullanılan "*tutela*" terimlerine karşılık gelmektedir.

[101] Veli terimi için, almancada "*inhaber der elterliche Gewalt*, *Gewaltinhaber*", ingilizcede "*parental guardian*", fransızcada "*detenteur de la puissance paternelle*", italyancada ise "*tutore*" terimleri kullanılmaktadır. Veli, velayet hakkına sahip olanlardan her birine denir. Bunlar, baba ile ana veya bunlardan biridir. Bkz. Türk Hukuk Lügatı, s. 358. TMK. md. 335 uyarınca, ana ve baba ergin olmayan çocuklarının velileridir. Velayetleri çerçevesinde, üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.

Iustinianus'un ***Institutiones***'inde bulunan ***Servius***'a[102] ait olan metne göre vesayet şu şekilde tarif edilmekteydi.

Iust. Ins. 1. 13. pr.:

> "***Ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa***."
>
> "Yaşı gereği kendisini savunamayan bir ***sui iuris***'i korumak için ***ius civile*** tarafından, bir kişiye verilen veya verilmesine izin verilen bir hak ve hakimiyettir."

Vesayet, yukarıdaki metinde, "***ius ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa***" olarak tanımlanmıştı[103]. ***Servius***'un bu tarifine göre vesayet[104], yaşı

Vasi, velayet altında bulunmayan küçüklerin ve mahcurların menfaatlerini korumak üzere sulh mahkemesi tarafından tayin edilen kanuni mümessildir. TMK. md. 403'e göre, vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür. Vasi terimi için almancada "*vormund*", ingilizcede "*guardian*", fransızcada "*tuteur*", italyancada ise "*tutore*" terimleri kullanılmaktadır. Bkz. Türk Hukuk Lügatı, s. 354.

[102] LEE, s. 88, ***Servius***, M.Ö. 51'de ***consul*** olarak görev yapmıştı. Aynı zamanda, "***Edictum***"u ilk yorumlayarak bunu kitap haline getiren kişiydi.

[103] THOMAS, s. 43; LOBRANO, Giovanni: "Filius familias tutor in D. 1. 6. 9.", Sodalitas V: 6, Napoli, s. 3042.

[104] Çağdaş hukukumuzda, velayet, 18 yaşından küçüklerin ve bazı durumlarda ergin kısıtlı çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunması ile onların temsili konusunda ana babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tümünü ifade etmektedir. Vesayet ise, aciz, sakat, korunması gereken kişilerin ve bunların korunmasına yönelik koruma sağlayıcı bir resmi kurumdur. Medeni Kanunumuzda, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, ayyaşlık, suihal, sui idare, hapis cezası

gereği kendisini savunamayan bir ***sui iuris***'i himaye etmek için, ***ius civile*** tarafından, bir kişiye verilen veya verilmesine müsaade edilen bir hak veya hakimiyetti[105]. Bu tanımlama içinde, vesayetin, "***ius ac potestas in capite libero***", "hür bir kişi üzerindeki hak ve hakimiyet" olduğu belirtilmektedir[106]. Aynı metin şu şekilde devam etmektedir.

Iust. Ins. 1. 13. 2.

> " ***Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, ex qua re ipsa nomen ceperunt. Itaque apellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur***."
>
> "Vasiler bu kuvvet ve hakimiyeti haiz olanlardır, isimlerini de müessesenin kendinden alırlar. Bunlara ***tutores*** (vasiler) denmesinin sebebi, binalara

---

gibi kısıtlılık halleri ile kişinin kendi isteği ile kısıtlanması ve küçüklük vesayeti gerektiren durumlar olarak sayılmıştır.

Velayetin konusu ile vesayetin konusu kural olarak birbirinden farklıdır. Velayet kural olarak küçükler ve kısıtlılar hakkında geçerli olduğu halde, vesayet kural olarak kısıtlılar hakkında istisnaen de küçükler hakkında geçerlidir. Kısıtlama altına alınan kişiler ya tam ehliyetsiz (temyiz kudretinin bulunmadığı kişiler) veya sınırlı ehliyetsiz (temyiz kudreti olan, ancak yaş küçüklüğü veya hakkında kısıtlılık kararı olması nedeniyle fiil ehliyeti sınırlanan kişiler) durumundadırlar. Kısıtlanan kişilerin ehliyetleri eksik olduğu veya hiç olmadığı için bunların bir yasal temsilciye ihtiyaçları vardır. Bu amaçla kısıtlanan kişilere bir vasi atanır. Küçükler kural olarak, velayet altında bulunmaktadır. Bununla birlikte, velisi olmayan ya da velayet hakkı ana babasından kaldırılan küçüklere de vasi atanır. TMK. md. 404'ün 1. fıkrasında "Velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır." ifadesi bulunmaktadır. Bu madde ile, velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

[105] LEAGE, R.W.: Roman Private Law 2. Ed. By: ZIEGLER, C.H., London 1954, s. 108; BORKOWSKI, s. 139; THOMAS, Y., s. 43, UMUR, Institutiones, s. 47.

[106] KOSCHAKER-AYİTER, s. 336.

(***aedes***) göz kulak olanlara (***tuentur***) ***aeditiu*** dendiği gibi, bunların da bir çeşit ***tuitores*** yani müdafi olmalarındandır."

Iustinianus'un ***Instutiones***'indeki gibi, D. 26. 1. 1. pr.'da ***Paulus***'a ait olan bir metinde de, yukarıdaki metne benzer bir şekilde, ***Servius***'un ***tutela*** (vesayet) için yaptığı tanımlamaya yer verilmişti.

D. 26. 1. 1. pr., ***Paulus*** *(**Edictum,*** lib. 38):

"***Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure ciuili data ac permissa***"

"Vesayet, yaşı nedeniyle kendi çıkarlarını koruyamayacak kişi için, ***ius civile*** tarafından özgür kişiye verilen koruma gücü ve yetkisidir."

Digesta'da ve ***Iustinianus***'un ***Institutiones***'inde geçen her iki metinin de birbirleriyle aşağı yukarı aynı olmalarına karşın aralarında çok ufak bir farklılığın olduğu görülmektedir. ***Digesta***'da "***vis ac potestas***" "egemenlik gücü" terimi kullanılırken, ***Iustinianus***'un ***Institutiones***'inde "***ius ac potestas***" "egemenlik hakkı, yetkisi" buna karşılık olarak yer almaktadır. ***Vis ac potestas*** dendiğinde, anlam bakımından bir "zorlama" olduğu düşünülebilir. ***Ius ac potestas***'da ise bir yetkiden, ehliyetten (***potere***) söz edilmektedir[107]. Bu durumda, muhtemelen ikinci metnin ***interpolatio***[108] gördüğü düşünülmektedir.

[107] WATSON, Alan: The Law of Persons In The Later Roman Republic, Reprint of 1967, Aalen 1984, s. 107.

[108] ***Interpolatio***, ***Iustinianus***'un emriyle ***Corpus Iuris Civilis***'i derleyen hukukçuların, klasik hukukçulardan parçalar halinde aldıkları metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değişikliklere verilen tabirdi. Bunların yapılmasının sebebi, Klasik Roma Hukuku'nu zamanın gereklerine uydurmaktı. ***Digesta***'nın birçok bölümlerinin bu şekilde değiştirilmiş olduğu

Watson'a göre, "***vis ac potestas***" orijinaldir, yani ***interpolatio*** görmemiştir. ***Servius***'un tanımlamasında yer alan ***vis ac potestas*** teknik olamayan ve tek bir fikri gösteren bir söz olarak ele alınabilir[109]. *Arangio-Ruiz*, bu tanımın "***tutela legitima***"ya ***(tutela legitima mulierum***'u da içine alarak) ait olduğunu savunurken[110], *Rudorff*[111], *Huvelin*[112] ve *Monier*[113] ***tutela mulierum*** ve ***tutela impuberum***'un tüm çeşitlerini içine aldığını düşünmektedirler. Sonuç olarak, ***Servius***'un tanımı genel niteliktedir. ***Iustinianus***'un ***Institutiones***'indeki tanımlama ***Paulus***'tan alınmıştır[114] ve D. 26. 1. 1.'in aynısıdır. Bu nedenle, kaynaklardan da anlaşıldığı üzere, metnin ***interpolatio*** yoluyla değişikliğe uğramış olduğunun düşünülmesi uygun olacaktır.

Vesayet, bir başka tanıma göre, herhangi bir sebepten dolayı korunmaya muhtaç olan ve kendi işlerini idare edemeyen ***sui iuris*** şahıslarda, ***patria potestas***'ın yerini tutan bir kurumdu[115]. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, vasi, vesayet altındaki kişinin yararına hareket etmeliydi. Bir aile babası egemenliği altında olan kişilerin çıkarlarını nasıl koruyorsa, vasinin de aynen bu şekilde vesayet altında bulunan kişinin çıkarlarını koruyucu yönde davranışlarda bulunması gerekliydi.

C. VESAYETİN GELİŞİMİ

---

görülmektedir. Bkz. UMUR, lugat, s. 95; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 263; ÇELEBİCAN, s. 81.

[109] SANFILIPPO, s. 165; WATSON, Persons, s. 108.

[110] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: Istituzioni di Diritto Romano, 14. Ed., Napoli 1960, s. 495.

[111] RUDORFF, Friedrich A.A.: Das recht Der Vormundschaft, Berlin 1832, s. 29.

[112] HUVELIN, Paul: Cours E'le'mentaire de Droit Romain, Paris 1927, s. 345.

[113] MONIER, Raymond: Manuel E'le'mentaire de Droit Romain, Paris 1947, s. 315.

[114] WATSON, Persons, s. 102.

[115] KOSCHAKER-AYİTER, s. 336.

Her erkek Roma İmparatorluğu vatandaşı olan ve aile babasının hakimiyeti altında bulunmayan ***sui iuris***, gerekli yaşı doldurmuşsa ve kısıtlı değilse, aile babası sayılıyordu. Günün şartlarında geçerli olan hukukun tümü kendisine uygulanabiliyordu. ***Sui iuris***, usul tarafından kimsesi olmayan veya tabi bulunduğu usul tarafından hakimiyetten çıkarılmış kadın veya erkektir. Bu kişiler ***pater familias*** sıfatını almaktaydılar. Bunların yaşla bir ilgisi bulunmamaktaydı. Roma'da tam olgunluğa erişmemiş kişilere ve kadınlara vasi (***tutor***) atanıyordu. Klasik Dönem'in sonuna kadar kadınlar, ***sui iuris*** olabilecek yeterli olgunlukta görülmemekteydi. Daha sonraki dönemlerde ise kadınlar, ***sui iuris*** olabilmekte, ancak ***pater familias*** sıfatını alamamaktaydılar.

Roma'da özel hukuk alanında hak sahibi olabilmek için hürriyet, vatandaşlık ve aile durumlarına (***status libertatis***, ***status civitatis***, ***status familiae***) sahip olmak gerekliydi. Her üç statüye sahip olan kimseler (hak ehliyetine sahip) haklardan istifade edebiliyorlardı[116]. ***Tutela*** , ***sui iuris*** olup henüz buluğ çağına ulaşmamış (***impubes***) küçüklerin (***pupillis***) ve her yaştaki ***sui iuris*** kadınların mameleklerini korumak için, eksik olan fiil ehliyetlerini tamamlamak üzere tesis edilmiş bir koruma kurumuydu[117]. Küçükler üzerindeki vesayet bütün Roma Hukuku dönemleri boyunca devam ettiği halde, baliğ ***sui iuris*** kadınlar üzerindeki vesayet (***tutela mulierum***) son imparatorluk döneminde ortadan kalkmıştı. ***Tutela***, gerekli olgunluğa erişmemiş olmaları nedeniyle, kısıtlı sayılan erkeklere ve her yaştaki kadınlara atanıyordu.

Ergenlik yaşının altında olan her ***sui iuris***'in bir vasisi olmak zorundaydı[118]. ***Gaius*** zamanında, vasinin belli yaşta mı yoksa küçük belli fiziki

---

[116] UMUR, s. 84.

[117] UMUR, lugat, s. 216.

[118] TMK. md. 335'e göre, " Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz. Hakim, vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalır." Bu hükümden de anlaşılacağı gibi, kural olarak reşit olmayan her çocuğun bir velisi olmak zorundadır. Ancak yasal sebeplerin

olgunluğa erişene kadar mı atanması gerektiği tartışılmıştı. Daha sonraki devirlerde ise, ***tutela***'nın erkeklerde 14, kızlarda ise 12 yaşına kadar atanabileceği kabul edildi. Eski Hukuk Dönemi'nde ***tutela***, ***potestas***'ın devamı olarak görülmekteydi. ***Pater familias*** nasıl ***filius familias***'ın malvarlığının - eğer varsa - sahibi ise, ***tutor*** da küçük reşit olana kadar, küçüğün tüm mallarının sahibiydi[119]. Vasinin ***pater familias***'tan farkı, vasinin, vesayet altındaki kişiyi öldürememesi, başkasına satamaması ve evlat olarak verememesiydi.

Hakim görüşe göre, ergenlik çağını geçmemiş her ***sui iuris***'e bir vasi (***tutor***) atanması gerekliydi. İlk dönemlerde, vasi atanmasının nedeni, vesayet altındaki kişiyi korumaktan çok onun mamelekini güvence altına almaya yönelikti[120]. Vasiyetname ile herhangi bir atamanın yapılmadığı durumlarda, küçüğün ölmesi halinde mirası alacak olan kişi, yani küçüğün baba egemenliğine dayanan hısmı kendisine vasi olarak atanmaktaydı. İlk dönemlerde vasi, küçüğün çıkarlarından çok ailenin malvarlığını korumak için görevlendiriliyordu[121]. Vasi bir nevi gelecekte kendinin sahip olabileceği malvarlığının yönetimini üstleniyordu. Bu nedenle, küçüğün ölmesi ile mirası alacak olan en yakın baba egemenliğine dayanan hısım vasi olarak tayin edilmekteydi. ***Iustinianus***'un ***Institutiones***'inde de bu konuya şu şekilde değinilmişti:

Iust. Ins. 1. 15. pr., 1.:

"***Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores qui vocantur legitimi. 1. Sunt autem***

---

varlığı halinde hakim, velayeti ana ve babadan alabilir. Bu durumda dahi, TMK. md. 404/1'e göre, velayet altında olmayan küçüğe vasi atanması mecburiyeti bulunmaktadır. Yani küçük hiçbir koşulda yasal temsilcisi olmadan yalnız bırakılmamıştır.

[119] AYİTER, s. 74.

[120] BORKOWSKI, s. 139.

[121] SANFILIPPO, Cesare: Istituzioni di diritto romano, Quinta Ed. , Catania, 1964, s. 165.

adgnati per virilis sexus cognationem coniuncti, quasi patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patriuset patrui filius neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione iunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati. ... quia qui nascuntur patris, non matris familiam sequuntur."

"Vasiyetname ile kendilerine vasi tayin edilmemiş olan kişilerin, 12 Levha Kanunu'na göre, kanuni vasi (***tutor legitimus***) ismi altında, baba egemenliğine dayanan hısımları vasileridir. 1. Baba egemenliğine dayanan hısımlar, baba tarafından kan hısımı gibi, erkek soydan gelen kan hısımlarıdır; aynı babadan doğmuş erkek kardeş, bu kardeşin oğlu, torunu; aynı şekilde, amca, bu amcanın oğlu, torunu gibi. Kadın tarafından gelen hısımlar ise, baba egemenliğine dayanan hısım değil, tabi hukuk gereğince, kan hısımlarıdır. Çocuklar ananın değil babanın ailesini takip ederler." [122]

Yukarıdaki metinde de değinildiği gibi, ***sui iuris*** bir ***impubes***'e vasi (***tutor***), ayrı bir hukuki işlemle veya ***paterfamilias***'ın bu konuda yapacağı istemle atanabilirdi. İlk durumda 12 Levha Kanunu'na göre önce baba egemenliğine dayanan yakınları vasi olarak tayin edilebilirdi. Ancak baba egemenliğine dayanan yakınları yoksa, ***gentiles***[123] vasi tayin edilmesini isterlerdi. Bu şekilde vasi atanması, ***tutela legitimi*** olarak adlandırılmıştı[124]. ***Gaius***'a ait aşağıdaki metinde bu konu şu şekilde ele alınmıştı:

---

[122] IUSTINIANUS: Institutiones (Çeviren: Ziya UMUR), İstanbul 1968, s. 51; ***Gaius***, Ins. 1. 156., s. 51

[123] UMUR, lugat, s. 79; ***Gens***, ***civitas***'tan önce gelen küçük devlet birimlerine deniyordu. ***Gentiles*** ise, bir ***gens***'e dahil olan kimselere verilen isimdi.

[124] GUARINO, Antonio: Notazioni romanistiche, Napoli 1948, s. 13; WATSON, Alan: Rome of the 12 Tables, London 1975, s. 71; ***Tutor legitimus***'un, vasi olmayı reddedemeyeceği, ancak ifa zorunda olmadığı sonraki dönem kaynaklarından anlaşılmaktadır. Vesayeti ***in iure cessio*** ile devredebileceğine dair bir ibare bulunmamaktadır.

Gaius, 1. 155.:

> "***Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII (tabularum) agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi***."[125]
>
> "Belli bir istemle kendilerine vasi atanmayanlara, 12 Levha Kanunu'na göre, baba egemenliğine dayanan hısımları vasi (***tutor***) tayin edilir, buna ***legitimi*** denir."

Gaius'un yukarıda yer alan metninin, ***Iustinianus***'un ***Institutiones***'inde tekrarlandığı görülmektedir. Bu metinlerden de anlaşılacağı gibi, aile babası ölümünden önce bir vasiyetname yaparak, en yakın baba egemenliğine dayananik hısmını, ölümünden sonra ***sui iuris*** duruma gelecek aile evladı için vasi tayin edebilirdi (***tutela testamentaria***). XII Levha Kanunları'nda yer alan en eski vasiyet türü "***testamentum calatis comitiis***"ti[126]. Bir görüşe göre, ***pater familias***'ın kendi ailesi içindeki mirasçıları için düzenlediği bir vasiyetname şekliydi. Bir başka görüşe göre ise, aile babası, ölmesi halinde, mirasçılarını ve erkek ***sui heredes***'ler için, aile evladının (***filius familias***) durumunu belirlemek

---

[125] GAIUS: The Institutes of Gaius (By: F. De ZULUETA), Oxford 1958, s. 51.

[126] ***Gaius***, Ins. 2. 101:

> "***Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant. Procinctus est enim expenditus et armatus excercitus. Alterum itaque in pace et in otioé***
>
> "İki çeşit vasiyetname vardır. Kişiler ya "***comitia calata***" (iki yılda bir normal koşullarda düzenlenir) veya "***in procinctu***" şeklinde (savaş halinde olma durumunda) vasiyetname düzenlerler. ***Procinctus***, savaş için hazırlanma, silahlanma durumudur. Birinci şekil, barış halinde yapılırken, ikincisi savaş halinde yapılır."

amacıyla bu vasiyetname şeklini düzenlemekteydi[127]. Aile babasının dışarıdan bir mirasçı belirlemesi de mümkündü[128].

Böyle bir vasiyetnamenin yapılmadığı veya vasiyetnamenin yapılmasına rağmen, vasi tayininden bahsedilmediği ya da geçersiz bir vasiyetnamenin yapıldığı durumlarda, ***sui iuris*** olan küçüğün vasisiz kalması düşünülememekteydi. Bu yüzden, böyle durumlarda küçüğü vasisiz bırakmamak için, onu korumak amacıyla, XII Levha Kanunu'na göre, en yakın baba egemenliğine dayananik hısım vasi tayin edilirdi[129]. Ayrıca ***Gaius***, ***Institutiones***'inde anne babanın, ***potestas***'ını ellerinde tuttukları çocukları için kendi istekleriyle vasi (***tutor***) atayabileceklerine değinmişti.

Gaius, Ins. 1. 144:

> "***Permissum est itaque parentibus liberis quos in potestate sua habend testamento tutores dare...***"
>
> "Kendi egemenliği altında aile evlatları olan aile babasına, çocukları için isterse, vasi atayabilme yetkisi verilmiştir."

Tutela'nın kökeninin ***hereditas*** (miras)'tan geldiği söylenebilir. *Watson*'a göre bu konuda karşı görüş bulunmamaktadır[130]. Doktrince kabul gören Bonfante'nin görüşüne göre, eski dönemlerde mirasçı ve vasi aynı kişi olmak

---

[127] FAYER, Carla: La Famiglia Romana, Parte I, Roma 1994, s. 381; FRANCIOSI, G.: L'"heredas extraneus" e XII Tavole, Labeo 10, 1964, s. 352; GÜNAL, Nadi: Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1-4, Ankara 1995, s. 434.

[128] FAYER, s. 381

[129] SOLAZZI, XII tavole, s. 5.

[130] D. 50. 17. 73 pr. : "***Quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt***."

D. 50. 17. 73 pr. : "Araya bir kadın mirasçı girmedikçe, miras vesayeti takip eder."

zorundaydı. XII Levha Kanunları'nda "***Uti legassit super pecunia tutelae...***" şeklinde bir açıklama yer almaktaydı. Bu metinle belki ilk defa, vasi ile mirasçı birbirinden ayrılmaktadır. İlk defa ***tutela*** sözcüğü ***hereditas*** (miras)'tan ayrı olarak, bu parça içinde kullanılmıştır.

Solazzi de, *Bonfante*'nin görüşünü benimseyerek eski dönemlerde vasi ve mirasçının aynı kişi olduğuna inanmıştır. D. 26. 4. 6.'da ve ***Iustinianus Institutiones***'inde 1. 15. 2.'de bu konuda birer metin yer almaktadır.

D. 26.4. 6., ***Paulus*** (***Edictum***, lib. 38):

> "***Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. Intestatus autem uidetur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. İdem dicemus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela eius ad adgnatum reuertitur***."
>
> "Bir aile babası vasiyetname yapmadan ölürse, hakimiyeti altındaki çocuklarının vesayetini içerecek şekilde vasiyet yapmamışsa, vasiyetname yoluyla çocuklarına vasi atayamamış demektir. Aynı durum, bir vasinin vasiyetname yoluyla atandıktan sonra, küçük ***impubes*** durumundan kurtulamadan ölmesi hali için de geçerlidir. Bu durumda vesayet baba egemenliğine dayanan hısmına geçer."

Buradan bir kural çıkarılabilir, baba egemenliğine dayalı hısımlar, ***ab intestatio***[131] halinde vesayet için çağrılırlar. Çünkü nerede bir vasiyetname ve mirasçı bulunsa, orada mutlaka bir vasi de vardır[132].

---

[131] GÜNAL, Roma Miras Hukuku, s. 427; UMUR, lugat, s. 95, ***ab intestatio*** (***intestatus***), miras bırakan kişinin vasiyet yapmadığı veya yapılan vasiyetnamenin batıl olduğu durumlarda ortaya

Yukarıdaki metinlerden de anlaşılacağı gibi, ***tutela***'nın tarihsel gelişimi içinde, yapılan vasiyetname içinde vasinin vasiyetname yoluyla atanmasının (***tutela tetamentaria***) daha yaygın olduğu izlenimi doğmaktadır. Bu şekilde bir vasi atamasının yapılmadığı durumlarda ise, baba egemenliğine dayanan hısımın vasi olarak atanacağı (***tutela legitima***) XII Levha Kanunu'nda belirtilmiştir. ***Digesta***'da bu konuya ilişkin ***Paulus***'a ait bir metin bulunmaktadır.

D. 26. 4. 6. , ***Paulus*** (***Edictum*** lib. 38):

> "***Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. Intestatus autem uidetur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est***."
>
> "Aile babasının vasiyetname yapmadan ölmesi halinde, vesayet baba egemenliğine dayanan hısımlara geçer. Vasiyetname yapmasına rağmen, yaptığı vasiyetname ile çocuklarına vasi atamayan kişi de vasiyetname yapmamış sayılır."

Cumhuriyet Dönemi'nden sonra, vesayet konusu ile ilgili olarak dış şekli ile önemli bir değişiklik olmamıştı. Vasi atama şekillerinin uygulanması (***tutela legitima, tutela testamentaria*** ve ***tutela dativa***) aynen bu dönemde de devam etmişti. İçerik açısından ise, bazı değişiklikler olmuştu. Vesayet kurumu artık, vasinin menfaatinden çok vesayet altındaki kişinin menfaatine sonuç doğurmaktaydı. Bu durum birden bire olmamış kademeli bir geçiş yapılmıştı. Öncelikle, vasinin menfaati yanında vesayet altındaki kişinin çıkarları da

---

çıkardı. Böyle durumlarda, mirasçılara düşecek miras hisseleri kanun tarafından belirlenirdi. Bu şekilde ortaya çıkan mirasçılığa ***ab intestatio*** mirasçılık denmekteydi.

[132] FAYER, s. 380.

gözetildi. Daha sonra bu iki menfaat eşitlendi ve bir dönem sonra vesayet altındaki kişinin çıkarları ağırlıklı olarak korunmaya başlandı[133].

Vesayet ilk dönemlerde tamamen özel bir kurum olarak görülürken, daha sonraki dönemlerde bu özelliğini kaybetti. Cumhuriyet dönemi ile birlikte, vesayet kurumu bir kamu görevi "***munus publicum***" olarak görülmeye başlandı[134]. ***Munus***, terminolojik köken açısından "***munera***" teriminden gelmektedir. ***Munera***, o dönemlerde, bir devlet içinde yaşayan kişilerin yapmaya mecbur oldukları görev, hizmet anlamlarına gelmekteydi[135]. ***Munus*** terimi, kamusal hizmetlerin yanı sıra özel hizmetler için de kullanılmaktaydı. Resmi organların vesayete ilk müdahalesinin ***magistra***'nın vasi ataması (***tutela dativa***) ile gerçekleştiği düşünülebilir[136]. Böylece vasi, devlet tarafından atanarak, bir çeşit kamu görevlisi sıfatını almaktaydı.

D. 50. 4. 14., ***Callistratus*** (***Libro primo de cognitionibus***):

---

[133] ZEVKLİLER, s. 943, Türk hukukunda vesayet, sadece kısıtlının değil, toplumun çıkarlarını da korumaya yönelik bir kurumdur. Bizzat vesayet altına alınan kişinin korunması ve çıkarlarının kollanması amacı yanında, vesayet, çevreye tehlike yaratma ve başkalarının güvenliğini tehdit etme ögesini içeren bir kısıtlamaya da dayandığından, bu haliyle kısıtlının en yakın çevresi olan ailenin, daha sonra üçüncü kişilerin ve kamu çıkarlarının, ticari güvenliğin korunması amaçlarını da gözetir.

[134] MOREY, 252; BUCKLAND, 94; ZEVKLİLER, s. 943; çağdaş hukuk sistemimizde vesayet bir kamu görevidir. Vasiyi atayan, görevden alan , denetleyen güçler, resmi devlet makamlarıdır. Vesayetin bir kamu görevi niteliği taşıması nedeniyle vasi, kural olarak, vesayeti kabul etmek zorundadır. Vasi, bu kamu görevinin verdiği yetkilerle vesayet altındaki kişi üzerinde belirli bir egemenlik kurabilir, onu yönlendirebilir, isterse bazı yasaklar koyabilir. Kamu vesayetini yürütecek organlar, vesayet daireleri, vasi ve kayyımdır. Kural olarak vasiyi sulh mahkemesi atar, görevden alır ve denetler. Asliye mahkemesi de sulh mahkemesinin üstünde denetim görevi yapar ve bazı konularda şikayet için en son izin ve onay makamıdır.

[135] UMUR, lugat, s. 139.

[136] ARANGIO-RUIZ, s. 495; BORKOWSKI, s. 141.

"***Munus aut publicum aut privatum est. Publicum munus dicitur, quod in administranda re publica*** ..."

"***Munus***, kamusal veya özeldir. Toplumun idaresi ile ilgili konularda, bir kamu görevinin (***publicum munus***) bulunduğu düşünülür ..."

Devlet, vesayet altındaki kişinin malvarlığını korumak amacıyla vasiden bir teminat isteyebilmekteydi. Vesayet altındaki kişinin kasıtlı olarak vasi tarafından zarara uğratıldığının anlaşıldığı durumlarda, zarar bu teminat üzerinden karşılanmaktaydı. Zamanla, önemli devir işlemlerinde ***magistra***'ların rızalarının alınması yoluna da gidilmeye başlandı. Böylece vasinin yaptığı işlemler üzerine bir kontrol mekanizması konuldu. Vasi, görevini ne ölçüde yaptığı ile ilgili olarak sorumlu tutulabilmekteydi. Vasi üzerindeki bu kontrol devlet tarafından yapılmaktaydı. Bu kontroller neticesinde, kamu görevlileri gerekirse vasiyi azledebilme hakkına sahip oldular. ***Iustinianus*** Dönemi'nde, üst vesayet makamları oluşturuldu ve bunlar geniş şekilde düzenlendi, özel devlet daireleri şeklini aldı. Vasilerin de yetkileri daraltılarak, fiilen idare bu resmi vesayet makamlarına geçti[137].

Kadının statüsü açısından ise, bu dönemde kadının lehine önemli değişiklikler olmuştu. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren kadın, hak ve hürriyetler açısından erkeğe yakın bir konuma gelmişti. ***Manus***'lu evlilik uygulamadan hemen hemen tamamen kalkmıştı. Ancak kadın, vesayet altında olmaktan bu dönemde de kurtulamamıştı. Bu durum Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde dahi devam etmişti. M.S. 44-49 yıllarında İmparator ***Claudius***'un teklifi ile çıkarılan ***Lex Claudia*** ile kadınlar üzerindeki en yakın baba egemenliğine dayanan hısmın kanuni vesayeti sona erdi[138]. ***Augustus***, Romalıları evlenmeye ve çocuk yapmaya teşvik amacıyla, yaptığı bazı

[137] AYİTER, s. 85.

[138] AYİTER, s. 86; UMUR, lugat, s. 116.

kanunlarla, hür olarak doğmuş ve asgari üç çocuğu olan veya azat edilmiş olup da asgari dört çocuğu bulunan kadınları vesayetten kurtarıyordu[139].

[139] ***Gaius***, Ins. 1. 145; UMUR, Roma Hukuku, s. 150.

İKİNCİ BÖLÜM

VESAYETİN ÇEŞİTLERİ VE VASİ TAYİNİ

I- VESAYETİN ÇEŞİTLERİ

Vesayet, Roma Hukuku'nda dönemlere göre farklı özellikler göstermekteydi. Vesayetin üzerinde kurulduğu kişilerin durumları, cinsiyetleri, yaşları vesayetin çeşitlerini belirlemede esas teşkil etmekteydi. Vesayetin üzerinde kurulduğu kişilere ve vasinin atanması şekline göre ***tutela***'yı kendi içinde önce iki gruba ayırabiliriz. ***Tutela***, üzerinde kurulduğu kişilerin yaşlarına göre, 0 – 14 yaş arasındaki erkek çocuklar (***tutela impuberum***) veya kadınlar (***tutela mulierum***) üzerinde kurulabilmekteydi[146]. Bunun yanında, vasinin atanması şekline göre, ***tutela testamentaria*** (vasiyetname ile), ***tutela legitima*** (kanunen) ve ***tutela dativa*** (***magistra***'nın atamasıyla) olmak üzere üç farklı vesayet çeşidi daha kabul edilmişti[147].

---

[146] Çağdaş hukukumuza göre, henüz reşit olmayanlar (18 yaşından küçük olanlar) velayet altındadır. TMK. md. 11'de "Ergenlik 18 yaşın doldurulmasıyla başlar." ifadesi bulunmaktadır. Yani, 18 yaşını dolduran kişi velayet altında olmaktan kurtulur.

[147] Hukuk sistemimize göre, vesayetin kamu vesayeti (TMK. md. 397) ve aile vesayeti (özel vesayet, TMK. md. 398) olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Çağdaş hukuk sistemimizde vesayet bir kamu görevidir. Vasiyi atayan, görevden alan , denetleyen güçler, resmi devlet makamlarıdır. TMK. md. 396'ya göre, kamu vesayetini yürütecek organlar, vesayet daireleri, vasi ve kayyımdır. TMK. md. 398'de, "Vesayet altındaki kişinin menfaatinin haklı gösterdiği, özellikle bir işletmenin, bir ortaklığın veya benzeri işlerin sürdürülmesi gerektiği takdirde vesayet istisnai olarak bir aileye verilebilir." ibaresi yer almaktadır. Aile vesayetinde, aile meclisi sulh mahkemesinin yerine geçmiştir. Aile meclisi, vesayet altındaki kişinin vasi olmaya ehil, denetim makamınca dört yıl atanacak en az üç hısmından oluşur (TMK. md. 400). Ancak bu durum

Tutela legitima ve ***tutela testamentaria*** en eski vesayet çeşitleriydi. Zamanla, bunların ihtiyaçlara cevap vermemesi nedeniyle, ***tutela dativa*** denen ve günümüz hukukunda kabul edilen vesayet atama şekline benzeyen vesayet çeşidi kabul edildi. Böylece, kendisine vasiyetname ile veya kanunen vasi atanmamış küçüklere ve kadınlara ***magistra***'lar, hakim statüsüyle, vasi atayabiliyorlardı[148].

Yukarıda kısaca bahsedilen vesayet çeşitlerinin yanında, iki çeşit vasilik daha kabul edilmekteydi. Ancak bunlar ***tutor*** ismini taşımakla beraber aslında gerçek birer vasi değillerdi. Görevde bulunan vasiye yardım etmesi amacıyla, genellikle azatlı bir köle ***tutor*** adı altında, gerçek vasiye yardımcı sıfatıyla, atanmaktaydı[149]. Bunun yanında, mameleki daha iyi yönetebilecek bir üçüncü kişinin vasi tayin edilmesi halinde, aile büyüğünün gücenmemesi için, şeref sıfatı olarak vasilik verilebilmekteydi. Bu vasi için ***tutor honorarius*** terimi kullanılmaktaydı. ***Tutor honorarius***, mameleki yönetmekle görevli vasinin müşaviri olarak kabul edilmemekteydi. Bu kişinin mamelek yönetimiyle ilgili hiçbir görevi bulunmamaktaydı[150].

A - VESAYETİN ÜZERİNDE KURULDUĞU KİŞİLERE GÖRE

1 - Tutela Impuberum:

Roma'da ergenlik yaşına gelmemiş, erkek çocuklar için 14 yaş ve altı, kız çocuklar içinse, 12 yaş ve altında bulunan, ve ***sui iuris*** statüsünde olan her

---

vesayetin bir kamu görevi olması özelliğini ortadan kaldırmaz. Bu vesayette de bir vasi atanır ve aile meclisinin üzerinde denetim makamı olarak asliye mahkemesi bulunmaktadır.

[148] ROBY, s. 97; SOLAZZI, Silo: Tutele e curatele, Roma 1914, s. 30 ; LEE, 85; ***Gaius***, 1. 185; Iust. Inst. 1. 20. 4.

[149] BORKOWSKI, s. 140.

[150] AYİTER, s. 82.

çocuğa vasi atanması ilkesi hakimdi[151]. ***Tutela***, ilk olarak XII Levha Kanunları'nda yer alması nedeniyle ***iuris civilis***[152] olarak görülüyordu.

İlk dönemlerde uygulanan vesayet ilişkisi içinde, çocuğun çıkarlarından ziyade vasinin menfaati korunmaktaydı. Çocuğun ölmesi halinde, onun mirasını alacak olan kişi, yani küçüğün kanuni mirasçısı, ona vasi olarak atanmaktaydı.

Iust. Ins. 1. 17. pr.:

"... ***impubes: ubi emolumentum successionis ibi onus tutelae***"

"... miras menfaatinin bulunduğu yerde ekseriye vesayet yükünün de bulunması gerekir."

Gaius'un ***Institutiones*** adlı eserinde yer aldığı gibi, ***tutela impuberum***'un oluşumu üç aşamada incelenebilir[153]:

a) İlk olarak, vasiyetname yoluyla (***datio tutoris testamentaria***) vasinin seçilmesi mümkündü. ***Pater familias*** ölümünden sonraki dönem için, kendi hakimiyeti altındaki küçüğe vasi tayin edebilirdi[154].

b) ***Tutor testamentario***'nun olmaması durumunda, XII Levha Kanunu'na dayanarak "***tutore legitima***" denen kanuni bir vasi atanabilirdi[155].

---

[151] MARRONE, s. 346; HUVELIN, s. 355; ROBY; s. 102; LEE, s. 91;BETTI, s. 65; WATSON, XII Tables, s. 73; GUARINO, Antonio: Diritto Privato Romano, 11. Ed., Napoli 1997, s. 625; VOLTERRA, s. 116.

[152] ***Ius civilis***, ***Ius Civile*** Hukuku'na uygun olan anlamına gelmekteydi.

[153] ***Gaius***, 1. 188.

[154] SERRAO, s. 308; WATSON, XII Tables, s. 71.

[155] ARANGIO-RUIZ, s. 495; SERRAO, s. 306; BURDESE, s. 168; VOLTERRA, s. 116.

c) ***Tutor testamentaria*** ve ***tutore legitima***'nın bulunmaması durumlarında ***magistra*** kendisi bir vasi belirlerdi. Buna ***datio magistratus*** denirdi. Belirlenen bu vasiye ***magistra***, "***lex atilia tutore dando***"[156] kuralının uygulanmasına izin verirdi[157].

Küçüğe kimlerin ne şekilde vasi atanabileceği ***Digesta***'da bildirilmişti. Küçük kendisi vasisini belirleyemezdi. Kendisinden başka birisi tarafından ancak, vasisi tayin edilebilirdi.

D. 26.1.2., ***Pomponius*** (***Sabinus*** lib. 3):

"***Non est exigentum a pupillo, ut sibi tutorem petat aut ut ad tutorem suum proficiscatur***."

"Vesayet altına girecek küçük kendisine vasi atayamaz veya kendisine vasi arayamaz."

0-14 yaş arasındaki küçüklere vasi atanmaktaydı. Akıl hastalarına ise, kayyım (***cura***) atanırdı[158]. Ergenlik yaşına henüz gelmeyen küçük akıl hastası ise, ona vasinin mi yoksa kayyımın mı atanmasının doğru olacağı sorununa ***Digesta***'da açıklık getirilmişti. Buna göre, küçüğe vasinin atanabildiği durumlarda, akıl hastası olması nedeniyle kayyım atanmasına gerek yoktu. Akıl hastası olan küçük henüz ergenlik çağına ulaşmadığı için vasisi tüm işlerini görmekle yetkiliydi.

---

[156] ***Lex Atilia tutore dando***, ***lex Atilia*** Kanunları (kanuni veya vesayetle belirlenmiş bir vasinin olmaması durumlarında ***magistra***'nın vasi atayabileceğini beyan eden kanun) çerçevesinde vasi atanmasını öngörmekteydi. Bkz. Nuovo Dizionario di Giuridico Romano, s. 307.

[157] GUARINO, s. 626.

[158] ARANGIO-RUIZ, s. 495; BETTI, s. 65; BORKOWSKI, s. 148; Nuovo Dizionario di Giuridico Romano, s. 146; VOLTERRA, s. 128; UMUR, Roma Hukuku, s. 201; AYİTER, s. 88; BONFANTE, s. 661; HUVELIN, s. 38; LEE, s. 89; Iust. Ins. 1. 23.

D. 26.1.3 pr., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 37):

"***Qui habet tutelam pupillus uel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Muci fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aedas indigeat***."

"Vesayet altındaki küçük, akıl hastası olacak olursa, ***Quintus Mucius***'a göre ve ***Iulianus***'un da onayladığı kadarıyla biz de aynı kurala uyarak diyebiliriz ki, küçüğün vesayet atanmayı gerektirecek yaşlar arasında olması halinde, akıl hastası olduğu için kayyım atanmasına gerek yoktur."

Vasi atanacak küçüğün, atama işlemi yapılırken konuşması veya sessiz kalması bu işlemin geçerliliğini etkilemezdi. Küçük işlem yapıldığı sırada olumlu beyanda bulunabildiği gibi hiçbir yorum yapmayarak sessiz de kalabilirdi. Bu nedenle, küçüğün dilsiz olması da atamanın geçerliliğini etkileyen bir unsur olarak görülmezdi.

D. 26.1. 6 pr., 1., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 38):

"***Muta itemque mutae impuberibus tutorem dari posse uerum est: sed an auctoritas eis accomodari possit, dubitatur. Et si potest tacenti, et muto potest. Est autem uerius, ut Iulianus libro uicesimo primo digestorum scripsit, etiam tacentibus auctoritatem posse accomodare. 1. Sub condicione a praesidibus prouinciarum non posse dari tutorem placet et, si datus sit, nullius esse momenti dationem***."

"Kız veya erkek dilsiz küçüklere de vasi atandığı doğrudur, ancak bu yetkinin onlar için yaratıldığı şüphelidir. Sessiz kalan bir kişi için vasi tayini mümkünse, dilsiz olan kişi için de mümkün olmalıdır. ***Iulianus***'un 21. kitabının ***Digesta***'sında yazdığı gibi, sessiz kalan kişiler için de vasi

atamanın mümkün olduğu, doğrudur. 1. Bir bölgenin valisi tarafından vasi atanmasının mümkün olmaması, fakat atanması halinde bu atamanın geçerli olmaması doğru görülmektedir."

Kimlerin vasi atanabildiğine ilişkin olarak çeşitli uygulamalar bulunmaktaydı. Vesayetin bir kamu hizmeti olması nedeniyle, sadece aile babaları değil, aile evlatları da vasi olabilirdi. Bu kuralın yanı sıra, örneğin, köle, ***peregrinus***'lar[159], Latin'ler gibi kişilerin vasi tayin edilemeyecekleri kabul edilmekteydi. Ayrıca kadınlar da kural olarak, vasi olamamaktaydılar.

Iust. Inst. 1. 14. pr.:

"***Dari autem potest tutor non salum pater familias, sed etiam filius familias.***"

" Yalnız bir aile reisi değil, bir aile evladı da vasi tayin edilebilir."

D. 26. 1. 16 pr., ***Gaius*** (***Edictum Provinciale*** lib. 12):

"***Tutela plerumque virile officium est***."

"Vesayet, büyük çoğunlukla vasi olarak erkeklerin görevlendirildiği bir müesseseydi."

2 - *Tutela Mulierum*

a. Genel Olarak

[159] ***Peregrinus***, Roma ile siyasi ilişkisi olmayan başka bir topluma ait yabancılara verilen isimdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 155.

Vesayet, ***sui iuris*** olup henüz buluğ çağına ulaşmamış (***impubes***) küçüklerin (***pupillis***) ve her yaştaki ***sui iuris*** kadınların mameleklerini korumak için, eksik olan fiil ehliyetlerini tamamlamak üzere tesis edilmiş bir koruma kurumuydu[160]. Roma kadını hayatı boyunca kız çocuk muamelesi gördü ve bu görüşün dışına çıkamadı. Tüm diğer aile evlatlarının olduğu gibi, kadınlar da aile babasının "***potestas***"ı altında bulunmaktaydı.

Halicarnassus'un ***Dionysius***'una göre, efsanevi ***Romulus*** , aile babasının tüm çocuklarını koruması gerektiği, ancak ilk doğan kız çocuğunu büyütüp, beslemesi ve her zaman gözetmesi borcu altında bulunduğu yolunda bir kural koymuştu[161]. Aile babası, çocuklar hukuki ve fiziki olgunluğa eriştikten sonra dahi, bu gücünü muhafaza etti. Kadın, her zaman erkek cinsin vasiliği altında kaldı. Roma hukuk düzeni kadına, erkeklerle tamamen eşit mirasçılık hakkı tanıdığı halde[162], kadının hukuki işlem yapma ehliyetini kısıtlamıştı. Bu kısıtlamanın nedeni ise, dönemler boyunca tartışılmış ancak konuyla ilgili tam bir açıklama bulunamamıştır.

Roma kadınlarının içinde bulunduğu sosyal durumla ilgili ilk kaynaklar XII Levha Kanunları (M.Ö. 451-450) ile karşımıza çıkmaktadır. Bu kanuna göre, aile babasının veya kocalarının hakimiyeti altında bulunmayan ve bu nedenle ***sui iuris*** olan kadınlara, bazı hukuki işlemleri yapabilmeleri için ***ius civile*** gereğince bir vasi atanması gerekirdi. Bu vasiye ***tutor mulieris*** denmekteydi[163]. Yukarıda da değinildiği gibi kadınlara vasi atanması kuralı, Roma'nın kuruluş yıllarına kadar

---

[160] UMUR, lugat, s. 216.

[161] EVANS, John: War, Women and Children in Ancient Rome, London 1991, s. 7.

[162] ***Gaius***, Ins. 1. 192.: " ***... neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis prettiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat***."

Gaius, Ins. 1. 192.: " ... kadınlar , vasiyetname ile veya ellerine geçmeden mirasın satılması yoluyla, mirastan dışlanamazlar."

[163] UMUR, s. 216; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 532; ZANNINI, s. 13; HUVELIN, s. 352; VOLTERRA, s. 125; GUARINO, s. 639; WATSON, XII Tables, s. 75; ARANGIO-RUIZ, s. 501.

eskiye dayanmaktaydı. Kadınlara vasi atanmasının nedeni, aile mallarını koruyarak, bu malların aile dışına çıkışını önlemekti[164].

Kadınlar üzerinde vesayet, kanunen (***tutela legitima***) veya vasiyetname ile (***tutela testamentaria***) kurulabilmekteydi[165]. Bir aile babası öldüğünde, uzun süreden beri uygulanan bir gelenek olduğu için, XII Levha Kanunları'na göre, evlenmeyen kız çocuklarının vasiliği, aile babası vesayetiyle bir vasi bildirmemişse, otomatik olarak en yakın baba egemenliğine dayanan hısımına (***tutor legitimus***) geçiyordu. Ancak vasinin, vesayet altındaki kişi üzerindeki yetkisi aile babasının yetkisi (***potestas***) kadar geniş değildi[166].

Kanun veya vasiyet yoluyla vasisi belirlenemeyen kadının bizzat başvurusu ile, ***magistra*** tarafından da kendisine vasi atanabilirdi. Ayrıca, uygulamada kabul edilen usule göre, kadın üzerinde ***manus***'u bulunan kişi, vasiyetnamesinde, kadının kendisine vasi olarak istediği kişiyi vasi olarak atayabilirdi. Bu vasiye ***tutor optivus*** denmekteydi[167]. Kadının kocası da, karısına, "Karım ***Titia***'ya, vasisini seçme hakkını tanıyorum." sözleriyle vasisini belirleme hakkı verebilirdi[168]. Zamanla vasinin, kadın tarafından seçilmesi kuralı genişletildi. Kadın, genel olarak tüm işleri için bir vasi seçebileceği gibi her işlem için ayrı vasi de belirleyebilirdi[169]. Bunun yanında, kadın istediği zaman vasisini de değiştirebilirdi.

---

[164] BORKOWSKI, s. 146; LEE, s. 88; .

[165] SERRAO, s. 313; HUVELIN, s. 352; BURDESE, s. 165; WATSON, XII Tables, s. 75.

[166] CAPOGROSSI COLOGNESI, s. 77; BURDESE, s. 143; LEAPINGWELL, s.51; GÜTERBOCK, s. 82; FAYER, s. 127; KASER, s. 42; ARANGIO-RUIZ, s. 465; VOLTERRA, s. 205; WESTRUP, s. 144

[167] ***Gaius***, Ins. 1. 150-154; ROBY, s. 94; BUCKLAND, s. 101; VOLTERRA, s. 125; HARDY, Ernest George: Roman Laws and Charters, Reprint of The Edition Oxford 1911-1912, s. 72.

[168] ROBY, s. 94.

[169] UMUR, s. 150.

Kadının vasisinin, çocuğa atanan vasi ile kıyaslanması durumunda, kadına atanan vasinin çok sınırlı yetkilerinin olduğu görülmektedir. Genel olarak kendi işlerinin idaresinden kadın bizzat sorumluydu[170]. Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar kadınlar, günlük hayatla ilgili birçok hukuki işlemleri kendileri yapabilmekle beraber, özellikle ***ius civile***'nin önem verdiği şekil şartının gerekli olduğu işlemleri tek başlarına yapamamaktaydılar. XII Levha Kanunları'nda yazdığı gibi, olgunluk yaşına erişen kadın, vasisinin izni olmadan, toprak, köle gibi hiçbir mal (***res mancipi***) sahibi olamıyordu[171].

Sui iuris kadının vasisi, kadının mallarının idaresine karışmazdı. Bu nedenle, vasinin bir teminat vermesi gerekmezdi[172]. Ancak vasi, bazı hukuki işlemlerde, kadının yanında bulunarak, yapılan işleme ***auctoritas interpositio***'sunu[173] verirdi. Yetişkin kadının, bir küçükle (***impubes***) karşılaştırıldığında daha geniş hukuki yetkilerinin bulunması nedeniyle, kadının yaptığı hukuki işlemlerde vasinin iznine daha seyrek başvurulmaktaydı. Kadın kendi başına ***legis actio*** yoluyla dava açamaz, borç altına giremez, bir ***res mancipi*** malın mülkiyetini devredemez, şekle tabi işlemlerle köle azat edemezdi[174].

Kadınların vesayet altına daimi olarak alınmaları ilerleyen dönemlerde Roma İmparatorluğu içinde de hoş görülmemeye başlandı. Vasinin sadece göstermelik olarak bu görevi üstlendiği fikri egemen hale gelmişti[175]. ***Gaius*** da ***Institutiones*** adlı eserinde kadınlar üzerindeki vesayeti bu yönüyle ele almıştı.

---

[170] BORKOWSKI, s. 147.

[171] EVANS, s. 9.

[172] BORKOWSKI, s. 147.

[173] ARANGIO-RUIZ, s. 502; SANFILIPPO, s. 169; ***auctoritas interpositio***, vasinin yapılan işleme verdiği bir çeşit onaydı. Vasinin onayından sonra işlem geçerlik kazanmaktaydı. Ayrıntılar için bkz. 3. Bölüm, s. 101.

[174] UMUR, s. 149.

[175] EVANS, s. 17.

Gaius, Ins. 1. 190.:

"***Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animöi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis his speciosa videtur quam vera: Mulieres enim quae perfectae aetatis sunt ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur***."

"Kadınların ise, olgun yaşlarında vesayet altında bulundurulmamaları konusunda ikna edici makul bir sebep görülmemektedir. Genellikle ileri sürülen, düşüncelerindeki hafiflik yüzünden, hataya düşebildikleri için, kadınların bir vasinin ***auctoritas***'ı altında bulunmalarının doğru olduğu yolundaki fikir, gerçek görülmemektedir. İleri yaştaki evli kadınlar işlerini kendileri görmektedir ve bir çok hallerde vasi şeklen ***auctoritas***'ını kullanmaktadır. Hatta ***praetor*** genelde istemeyerek kadına bir vasi atamaktadır."

b. Kadınlar Üzerindeki Vesayete Getirilen Sınırlamalar

Kadınlar üzerindeki vesayetin ilk ve en eski şekli ***tutela legitima***'ydı. Buna göre, kadının en yakın baba egemenliğine dayanan hısmı kadına vasi olarak atanırdı. Eğer kadın evli ve ***manus*** altındaysa ve ***pater familias*** olan kocası ölmüşse, en yakın baba egemenliğine dayanan hısmı, oğlu olacağından, oğlu kendisine vasi olarak atanırdı. Baba egemenliğine dayanan hısmının bulunmaması durumunda, ***gens*** içinde kendisine en yakın kişi vasi olurdu. M.S. 44-49 yıllarında İmparator ***Claudius***'un teklifi ile çıkarılan ***Lex Claudia***[176] ile

[176] VOLTERRA, s. 125; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 308; ***Gaius***, Ins. 1. 157; ***Lex Claudio***, M.S. 41-49'da, imparator ***Claudius*** tarafından çıkarılan, buluğ çağına ulaşmış kadınlara baba egemenliğine dayanan hısımlarının kanuni vasi olarak verilmesini yasaklayan kanundu.

kadınlar üzerindeki en yakın baba egemenliğine dayanan hısmın kanuni vesayeti sona erdi[177].

Kadınlar mallarını bizzat kendileri idare edebilmekteydiler, ancak bazı önemli hukuki işlemleri, örneğin bir ***res mancipi*** malın devrinde, kendilerini borç altına sokan akitlerde, ***acceptilatio*** yoluyla borçtan ibrada, vasiyetname düzenlenmesinde, vasilerinin yardımına ihtiyaçları vardı[178]. M. S. 54-68 yılları arasında çıkarıldığı sanılan ve ***Senatus Consultum Velleianum***[179] adı verilen ***senatus consultum*** kararına göre, kadınlar, başkalarına kefil olamazlar, başkaları hesabına karz alamazlar, mallarını başkaları menfaatine rehin veremezlerdi[180]. Bu kanun gereğince, başkaları için borç altına girmiş veya kefil olan kadınlar borçlu sayılmıyorlardı[181].

Augustus, Romalıları evlenmeye ve çocuk yapmaya teşvik amacıyla, yaptığı bazı kanunlarla, hür olarak doğmuş ve asgari üç çocuğu olan veya azat edilmiş olup da en az dört çocuğu bulunan kadınları vesayetten kurtarıyordu[182]. ***Lex Iulia Maritandis Ordinibus***[183] olarak adlandırılan bu kanunlar, evli ve çocuklu kadınları korumakta ve bekarları ise, miras hukukundaki bazı haklardan mahrum etmekteydi. Kanunun bazı hükümlerinin daha sonraki dönemlerde ***Lex***

---

[177] AYİTER, s. 86; UMUR, lugat, s. 116; GUARINO, s. 640; ARANGIO-RUIZ, s. 502; BIONDI, s. 142.

[178] SCHWARZ, s. 269; ***Gaius***, Ins. 1. 144.

[179] ***Senatus Consultum Velleianum***, kadınların üçüncü şahıslar lehine hukuki işlem (***intercessio***) yapmalarını yasaklayan ***senatus*** kararıydı. Bkz. Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 481.

[180] UMUR, lugat, s. 195.

[181] SCHWARZ, s. 269.

[182] BORKOWSKI, s. 148; ***Gaius***, Ins. 1. 145; UMUR, Roma Hukuku, s. 150.

[183] ***Lex Iulia Maritandis Ordinibus***, ***Augustus*** zamanında konmuş ve bekarlıkla mücadele eden bir kanundu. Evli ve çocukluları himaye ederek, özellikle miras hukukunda bekarları bazı haklardan mahrum etmekteydi. Bu kanun, kız, erkek aile evlatlarının ve azatlıların evlenmesini teşvik etmekteydi. Bkz. Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 314; UMUR, lugat, s. 120.

Papia Poppaea ve ***Lex Iulia***[184] ile değişikliklere uğradığı düşünülmektedir. Her iki kanun da, miras konusunda, bekar, dul ve çocuğu bulunmayan kadınların bazı haklardan yararlanmalarını engellemekteydi[185]. M.S. 4. yüzyıldan itibaren kadınlar üzerindeki vesayet hemen hemen tamamen kaldırıldı. Bunun sonucu olarak kadın, kendi çocuk veya torunlarının vasisi dahi olabilmeye başladı[186].

B - VESAYETİN KAYNAĞINA (VASİNİN ATANMA ŞEKLİNE) GÖRE

1 - Tutela Testamentaria:

Tutela testamentaria, en genel tanımıyla, çocukları olan bir ***pater familias***'ın vasiyette bulunabileceği kabul edildikten sonra, (mirasçısı olacak) küçük çocuğuna vasiyetname yoluyla vasi tayin edebilmesiydi[187]. Klasik Hukuk Dönemi'nin en çok uygulama alanı bulan vasi atama şekliydi. Küçükler (***tutela impuberum***) için vasiyetname yoluyla vasi atanması, daha yaygın olarak kullanılmaktaydı[188]. XII Levha Kanunu'nda yer alan yetkiyle, bir aile babası, ölüme bağlı tasarrufla (vasiyetname), ***sui heredes impuberes***'e[189] vasi tayin edebilirdi. Dönemin hukukçuları bu durumu ***postumi***[190] için de genişleterek uygulamaktaydılar[191]. ***Iustinianus*** bu kişiler için ***sui heredes*** terimini

---

[184] ***Lex Papia Poppaea***'da aynen ***Lex Iulia Maritandis Ordinibus*** gibi ***Augustus*** zamanında konmuş ve bekarlıkla mücadele eden, evlenmeyi teşvik eden bir kanundu. Bkz. Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 318.

[185] UMUR, lugat, s. 120; DE ROBERTIS, Francesco Maria: Contributo alla Storia Delle Corporazioni a Roma: La paternità della "Lex Iulia de collegiis", Roma 1932, s. 5.

[186] UMUR, Roma Hukuku, s. 150; BUCKLAND, s. 151; BORKOWSKI, s. 141.

[187] UMUR, lugat, s. 216; AYİTER, s. 74; HUVELIN, s. 350; LEE, s. 88; ROBY, s. 93.

[188] BORKOWSKI, s. 139.

[189] ***Sui heredes impuberes***, aile babasının ölümü halinde, ona mirasçı olan ve ***sui iuris*** hale gelen 12 veya 14 yaşından küçük çocuklara denmekteydi.

[190] ***Postumi***, aile babası öldükten veya vasiyetnamesini düzenledikten sonra doğan çocuklar için kullanılan bir terimdi.

[191] ***Gaius***, Ins. 1. 146.

kullanmıştı. Vasiyet eden kişi ölmeden, ona mirasçı olarak doğan çocuklar kastedilmişti. ***Augustus*** zamanında, ***codicil***'lerle[192] ve bunların onaylanması koşuluna bağlı olarak vasi atanması mümkündü.

D. 26. 2. 3 pr., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib.35):

"***Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt***."

" Vasiyetnamelerde belirlenenleri ve hatta vasiyetname içinde teyit edilmeleri şartıyla, ***codicil***'ler içinde belirlenenleri de vasi kabul edebilmeliyiz."

Pater familias, vasiyetname ile istediği bir kişiyi vasi tayin edebilirdi. En yakın mirasçısını vasi tayin etmek isterse, vasiyetname yapmasına gerek yoktu. Vasiyetnamede bir vasi ataması söz konusu olmadığı için, aile babasının ölümü ile küçüğe kanuni vasi (***tutela legitima***) atanırdı. En yakın mirasçısını vasi yapmak istemediği durumlarda ***tutela testamentaria***'ya müracaat ederdi[193].

D. 26. 2. 1 pr., ***Gaius*** (***Edictum Provinciale*** lib. 12):

"***Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis siue feminini siue masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare***."

"XII Levha Kanunu'na göre, anne ve babanın (ebeveynler), kendi istekleriyle kız veya erkek çocuklarına, vasiyetname yoluyla vasi atayabilme yetkisi vardır."

[192] Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 101, ***codicil***, ölüme bağlı tasarrufları ihtiva eden ve vasiyetnameye ilave edilen tabletlere verilen isimdi.

[193] AYİTER, s. 74.

Kanuni vesayetin herzaman geçerli olmadığı durumlar da bulunmaktaydı. Örneğin, vasiyetname ile vesayetin belirlenmesinin beklendiği durumlarda, kanuni vesayet geçersiz sayılmaktaydı.

D. 26. 2. 11. pr., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 37):

"***Sciendum est enim, quamdiuu testamentaria tutela sperantur, legitimam cessare.*** "

"Bilinmelidir ki, vasiyetname ile vasinin atanacağının beklendiği hallerde, kanuni vesayet geçersizdir."

Klasik sonrası dönemde ve ***Iustiniaus*** zamanında, şekli kurallar bulunmamaktaydı. Vasinin "***personas certa***" (belirlenmiş kişi) olması ve kime atandığının belli olması gerekliydi.

D. 26. 2. 23. pr., 1, ***Africanus*** (***Quaestionum*** lib. 8):

"***Tutor ita recte non datur: 'illi aut illi filiis meis, utri eorum uolet, Titius tutor esto'; quid enim dicemus, si Titius constituere nolit, utri ex filiis tutor esse velit ? Ita autem recte tutor dabitur: 'Titius si uolet illi filio meo tutor esto'***."

"'***Titius***'u, oğullarımdan A'ya veya B'ye, hangisini seçerse, vasi tayin ediyorum', şeklindeki vasi ataması doğru değildi. ***Titius***'un bir seçim yapamaması halinde ne olacaktı? Bu nedenle, '***Titius***'u eğer isterse oğlum A'ya vasi tayin ediyorum', doğru bir atama kabul edilmelidir. "

Sui iuris olmayan kişiler de, vasiyetname yolu ile vasi tayin edilebilmekteydi. Sadece Roma vatandaşları bu şekilde vasi olabilmekteydi[194]. ***Testamenti factio***[195] ile "***latini iuniani***"ler[196] hariç herkes vasi tayin edilebilirdi.

D. 26. 2. 21, ***Paulus*** (***Brevium*** lib. 8):

"***Testamenti tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est.***"

"***Testamenti factio***'nun bulunduğu durumlarda, vasiyetname ile vasi tayin edilebilir. "

Bir kişi özgürlüğe kavuşturduğu kendi kölesini veya başkasının kölesini "***cum liber erit***" sözleriyle vasi tayin edebilirdi. Ancak bu tayin edilmeyen bir ***codicil***'e veya resmi olmayan bir belgeye dayanıyorsa ya da atamaya uygun sözler kullanılmamışsa, bu duruma "***tutela testamentaria imperfecta***" denmekteydi.

D. 26. 3. 1. 1., ***Modestinus*** (***Excusationum*** lib. 6):

" Vasinin, vasiyetname yoluyla, doğru kişi tarafından, doğru kişinin, doğru yolla ve doğru yerde atanması mümkündür. Bir aile babasının egemenliği altındaki evlatları veya torunları için vasiyetname yoluyla vasi ataması mümkündür. Ancak vasi olması düşünülen kişinin atanması hukuken

---

[194] ROBY, s. 94.

[195] ***Ius civile***'nin şart koştuğu usul ve şekillerin hepsini ihtiva eden geçerli vasiyetnameye verilen isimdi.

[196] ***Lex Aelia Sentia*** ve muhtemelen, M.S. 19 senesinde çıkarılan ***Lex Iulia Norbana*** ile hukuki durumları tesbit edilmiş olan ***praetor*** azatlılarına verilen isimdi. Bu kişiler ölüme tasarruflarda bulunamazlar ve bunları kabul edemezlerdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 107.

mümkün değilse, bir üst mercinin onayı ile vasiyetnameyi düzenleyenin isteği doğrultusunda, vasi tayin edilebilir. “ [197]

D. 50. 17. 73. 1’de bir ana kural getirilmişti. Buna göre, kişi kendi ölümü halinde, mirasçısı olacaklar için vasi tayin edebilirdi. Cumhuriyet Dönemi’nde uygulanan bunun dışında bir ana kuralın bulunmadığı düşünülmektedir[198].

D. 50. 17. 73. 1., ***Quintus Mucius Scaevola*** (***Definitionum*** lib. singulari):

“***Nemo potest tutoerm dare cuiquam nis ei, quem in suis heredibus cum moriturhabuit habiturusue esset, si vixisset***.”

“Hiçkimse kendi mirasçısı dışında bir kimseye, kendi ölümü halinde vasi tayin edemez.”

Quintus Mucius’un metninden de anlaşıldığı gibi, vesayet yoluyla vasi tayin edebilen tek kişi aile babasıydı. Aile babası sadece, kendi egemenliği altında bulunan ve ölümünden sonra da başkasının egemenliği altına girmeyen, mirasçısı olabilen (***sui heredes***) kişiler için vasi tayin edebilirdi[199]. İmparatorluk Dönemi’nde ise, ***Gaius***’un ***Institutiones***’inde vasi atanmasıyla ilgili bir düzenleme bulunmaktaydı. Aynı zamanda bu metne ***Digesta***’da da yer verilmişti.

Gaius , Ins. 146. 1.; D. 26. 2. 1. 1., ***Gaius*** (***Edictum Provinciale*** lib. 12):

“***Rectissime autem tutor sic dari potest: “Titium Liberis meis tutorem do (uel uxori meae) tutorem do.” Sed et si ita scriptum sit: “Liberis meis uel uxori meae Titius tutor esto, recte datus intellegitur***”

[197] Parça eski yunancadır.

[198] WATSON, Law of Persons, s. 115.

[199] WATSON, Law of Persons, s. 114.

"Vasi atamanın en doğru şekli: "***Licius Titius***'u çocuklarıma veya karıma vasi tayin ediyorum" şeklindedir, ancak "***Licius Titius***'un çocuklarıma veya karıma vasi olmasına izin verdim" şeklinde de vasi tayini mümkündür."

Bu şekilde yapılan vasi atanmasının ne zaman geçerlik kazanacağı hakkında elimizde bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak, vasiyetnamenin geçerlik kazandığı anda geçerli olacağına şüphe yoktur[200].

Büyükbaba torununa ancak, babasının ölmesi veya ***capitis deminutio*** halinde, kendi isteğiyle vasi tayin edebilirdi. Babanın hayatta olması ve büyükbabanın ölmesi halinde, çocuk babanın ***potestas***'ı altında bulunduğundan, yani ***alieni iuris*** durumunda olduğundan, vasiye gerek duyulmuyordu.

Vasi atanması sırasında, "***Balbus***'u vasi tayin ediyorum" veya "***Balbus***'un vasi olmasına izin verdim" gibi belli sözcükler kullanılmaktaydı[201]. Vasinin ölmeden önce belirtilmiş olduğu olağan durumlarda, vasiyette bulunan kişinin ölmesi halinde, vasi herhangi bir şekle gerek kalmadan atanıyordu. Ancak belli istisnai hallerde, örneğin atanma sırasında belli sözcükler kullanılmadıysa veya hukuken geçerli olarak vasi ataması yapılmamışsa, vasiyi ***magistra***'nın onaylaması gerekmekteydi[202].

Testamenti factio[203] şartlarını taşıyan bir vasiyetname yapan kişi, herkesi vasi tayin edebiliyordu. Yabancılar, kadınlar ve vesayet altındaki kişiler vasi olarak atanamıyordu, ancak dul kadının kendi çocuğuna vasi tayin edilebileceği

---

[200] WATSON, Law of Persons, s. 115.

[201] LEAGE, s. 109.

[202] BORKOWSKI, s. 139; ROBY, s. 94; LEAGE, s. 109.

[203] ***Testamenti factio***, vasiyet yapabilme veya ölüme bağlı bir mamelek tasarrufunda bulunabilme ehliyetiydi. Post-klasik devirde mirasçı olabilmek ehliyetine de ***testamenti factio*** denmekteydi. Bkz. UMUR, lugat, s. 208.

şeklinde bir istisna getirilmişti[204]. Vasiyette bulunan kişi kendi kölesine özgürlüğünü vererek aynı zamanda onu vasi tayin edebiliyordu. ***Iustinianus*** Dönemi'nde ise, kölenin vasi tayin edilmesi kölenin özgürlüğünü de getiriyordu. Ancak, vasiyette bulunan kişinin, kölesini "***cum liber erit***"[205] olarak tayin etmemesi gerekliydi. Efendi kölesini tamamen serbest bırakabilme yetkisine sahipken, kölesi için "ne zaman özgür olursa" şeklinde bir ifade kullanması, aslında kölesinin özgürlüğünü, o anda istemediğini düşündürmektedir[206].

Tutela testamentaria, bir hakkın devrinden ziyade, bir yükümlülüğün yüklenmesi karakteri taşıdığından reddedilebilirdi, ancak başkasına temlik edilemezdi. Bu vesayet türü, vasisinin ***capitis deminutio minima***'ya uğraması ile sona ermezdi. Çünkü bu vesayetin temeli baba egemenliğine dayanan ilişkiye dayanmamaktaydı. Aynen vasiyetnamenin bulunmadığı durumlarda kanuni mirasın uygulamaya konduğu gibi, ***tutela testamentaria*** sona erdiği veya reddedildiği zaman, yerini ***tutela legitima*** alırdı[207].

2 - Tutela legitima:

Tutela legitima'nın, ***tutela***'nın ilk şekillerinden biri olması nedeniyle, örf-adet hukukundan geldiği düşünülmektedir[208]. XII Levha Kanunu'nda yer alan tanımlamaya göre, vesayet yoluyla kendisine bir vasi atanmayan, yani ***testamentario tutor***'u bulunmayan küçüğe (***impubes***), genellikle kanuni (***tutela legitima***) veya kanun tarafından izin verilen bir vasi atanmaktaydı[209]. Kural

---

[204] LEAGE, s. 110; LEE, s. 89.

[205] "***Cum liber erit***", ne zaman özgür olursa, olarak Türkçe'ye çevrilebilir. Bu sözle köle özgür duruma gelemiyordu. Çünkü bu sözler özgürlüğünün verildiğine dair kesin bir anlam içermemekteydi.

[206] LEAGE, s. 110.

[207] AYİTER, s. 75.

[208] AYİTER, s. 73.

[209] WATSON: Law of Persons, s. 117; HUVELIN, s. 348; ROBY, s. 95; LEE, s. 83; D. 26. 4. 6., ***Paulus*** (***Edictum*** lib. 38).

olarak, vesayet altına girecek kişinin en yakın baba egemenliğine dayanan hısmı onun vasisi tayin edilirdi[210]. En yakın baba egemenliğine dayanan hısım, küçüğün menfaatinden ziyade ailenin ve aile mamelekinin menfaati düşünülerek atanan ve küçüğün ölmesi halinde ona mirasçı olacak kişiydi. Küçük anadan doğma hür ise, kanunen mirasçısı olan en yakın baba egemenliğine dayanan hısmı, azatlı (***libertinus***) ise, kanunen mirasçısı olan, onu azat eden kişi (***patronus***) kanun gereği vasiliğe atanırdı[211]. Buradan da anlaşıldığı gibi, mamelekin idaresi, küçüğün ölümü halinde, o mameleki miras yoluyla elde edecek olan kişiye verilirdi. Bu kişi malları, kendi menfaati olduğu için, hak ve hakimiyet ilkesi çerçevesinde yönetirdi[212].

Vesayet yoluyla küçüğe vasi atanmaması durumunda, vesayet baba tarafından bağlı olunan en yakın baba egemenliğine dayanan hısmına geçmekteydi. Bu vesayet şekli ***Iustinianus*** zamanına kadar devam etti. ***Gaius***'un ***Institutiones***'inde 1. 155 ve 156'da yer alan metne göre;

> "155. ***Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII (tabularum) agnati sunt tutores, qui uocantur legitimi.*** 156. ***Sunt autem agnati per uirilis sexus personas cognatione iuncti, quasi apatre cognati, ueluti frater eodem patre natus, fratris filius neposue ex eo, item patruus et patrui / filius et nepos ex eo. At hi qui per feminini sexus personas cognatione coniuguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. Itaque inter auunculum et sororis filium non baba egemenliğine dayanan est, sed cognatio. Item amitae, materterea filius non est mihi agnatus, sed agnatus, sed cognatus, et inuicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam sequuntur***."

[210] FINAZZI, s. 33; AYİTER, s. 77; ROBY, s. 95.

[211] BORKOWSKI, s. 140.

[212] UMUR, Roma Hukuku, s. 142.

"155. Vasiyetname yoluyla kendilerine vasi atanmayan küçüklerin XII Levha Kanunları'na göre, baba egemenliğine dayanan hısımları vasileridir, bunlara ***legitimi*** (kanuni vasi) denir. 156. Baba egemenliğine dayanan hısımlar, baba tarafından bağlı olunan hısımlardır, örneğin, aynı babadan olan erkek kardeş, erkek evlat ve onun oğlu, veya aynı şekilde amca onun erkek evladı ve ondan olan torunu gibi. Dayı ile yeğen arasında bir baba egemenliğine dayanan hısımlığı bulunmamaktadır."

En yakın ve aynı derecedeki tüm baba egemenliğine dayanan hısımları aynı anda vasi olarak atanabilirlerdi. Bunlar müştereken vasi olurlardı[213]. Vasi olan bu baba egemenliğine dayanan hısımlarının kendilerinin ***puberes*** (olgunluk yaşını geçmiş) olması gerekirdi[214]. En yakın baba egemenliğine dayanan hısmın bulunmaması durumunda, ***gens*** mensuplarının vasi olarak atanacağı yönünde bir kural bulunmaktaydı. Ancak bu kural Cumhuriyet Dönemi'nde uygulamadan kaldırılmıştı. Baba egemenliğine dayanan hısmın bulunmadığı durumlarda ***magistra*** tarafından vasi atanması (***tutela dativa***) yoluna gidilmekteydi[215].

Tutela legitima'nın ilk olarak XII Levha Kanunları'nda yer aldığı ve vesayetin ilk ortaya çıkış şekli olduğu düşünülmektedir. ***Tutela legitima***'nın söz

---

[213] D. 26. 4. 9. , ***Gaius*** (***Provinciale*** lib. 12).

[214] WATSON, Law of Persons, s. 118; Bu konuda Cumhuriyet Dönemi'yle ilgili doğrudan kaynak olmamakla beraber, İmparatorluk Dönemi'yle ilgili olarak ***Gaius***'un ***Institutiones***'inde 1. 157.'de bir metin bulunmaktadır. Buna göre,

"***Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est quae, quod ad feminas attinet, (agnatorum) tutelas sustulit; itaque, masculus quidem impubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem, femina uero talem habere tutorem non potest***."

"Önceki dönemlerde, XII Levha Kanunları'na göre, kadınlara da baba egemenliğine dayanan hısımları vasi (***tutor***) olarak atanırken, ***Lex Claudia*** Kanunu ile bu durum ortadan kalkmıştır. Küçüğe olgunluk yaşının üstündeki erkek kardeşi veya amcası vasi olarak atanabilirken, aynı durum bir kadın için söz konusu olamamaktadır."

[215] AYİTER, s. 77.

konusu olduğu ve kimlerin vasi olarak atanabildiği durumlar şu şekilde sıralanabilir:

a) ***Agnates:*** XII Levha Kanunları'nda belirtildiği gibi, ***impuberes sui iuris***'ler baba egemenliğine dayanan hısımlarının vesayeti altındaydı, meğer ki kendilerine bir vasi atanmış olsun.

Gaius, Ins. 1. 155.:

"***Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi***."

"XII Levha Kanunları'na göre, ölüme bağlı tasarrufla atanmış bir vasinin olmaması halinde baba egemenliğine dayanan hısımı vasi tayin edilebilirdi. Bu şekilde atanan vasilere '***tutela legitimi***' denmekteydi.

Tutela legitima, vesayet altına girecek kişinin bir vasiye ihtiyacı olduğu anda, yani ***patria potestas*** altından çıktığı anda uygulamaya konurdu ve ***tutor*** o andan itibaren, vasi sıfatını alırdı[216].

Gaius, Ins. 1. 164.:

"***Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximo gradu sunt***."

"Vasinin baba egemenliğine dayanan hısımlar içinden atanması halinde, en yakın baba egemenliğine dayanan hısımı vasi tayin edilir."

Eğer en yakın baba egemenliğine dayanan hısım bir kadınsa, örneğin kız kardeşse, onun vasisi de küçüğün vasisi olurdu. En yakın baba egemenliğine

[216] AYİTER, s. 73.

dayanan hısım ölmüş veya ***capitis minutio***'ya uğramışsa, vesayet diğerine yani, bu kişiden sonraki yakın kişiye geçerdi.

Aynı derecede birden fazla baba egemenliğine dayanan hısımının örneğin, erkek kardeş, amca, yeğen gibi, bulunması durumunda, bu kişiler aynı vesayeti paylaşıyorlardı[217]. M.S. 498'de baba egemenliğinden ayrılarak ***sui iuris*** duruma gelen erkek kardeşler, vesayeti baba egemenliğine dayanan hısımlar yerine paylaşabiliyordu.

b) Vasiyetname ile bir vasinin atanmamış olduğu durumlarda[218] veya bu şekilde atanmış olmakla birlikte, vasinin ölmesi, vatandaşlığını kaybetmesi durumlarında veya vasinin gerekli yaşta olmaması veya sağır olması halinde, ***tutor legitima*** atanıyordu.

c) <u>Patronus</u> (kölenin eski efendisi): Efendinin kanuni vesayet hakkı XII Levha Kanunu'ndan değil, kendisine kanun tarafından verilen miras hakkından kaynaklanmaktaydı[219]. Burada da vesayet mirası izlemekteydi.

D. 26. 4. 3. 4., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 38):

"***Si duo pluresue manumittant, omnes tutores sunt: sed si mulier sit inter manumissores, dicendum est solos mascolos fore tutores***."

"İki veya daha fazla kişinin azat etmesi halinde, hepsi vasidir, ancak içlerinde kadın varsa, sadece erkekler vasi olurlar. "

---

[217] FINAZZI, s. 38; AYİTER, s. 77.

[218] Iust. Ins. 1. 15.: "***Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi***."

Iust. Ins. 1. 15.: " Vasiyetname ile kendilerine vasi tayin edilmemiş olan kişilerin, XII Levha Kanunu'na göre, kanuni vasi (***tutela legitimus***) ismi altında baba egemenliğine dayanan hısımları vasileridir."

[219] BORKOWSKI, s. 140.

D. 26. 4. 3. 1., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 38):

"***Ergo manumissor ex lege duodecim tabularum tutor est, siue sponte manumisit siue etiam compulsus ex causa fideicommissi manumisit***."

" XII Levha Kanunları'na göre, azat eden kişi, ister gönüllü olarak isterse ***fideicomissum***'a[220] dayanarak bu işlemi yapsın, vasi olurdu. "

d) *Liberi patroni* (Eski efendilerin ilk dereceden füruu): Vesayet, bağımsız miras hakkından doğan hukuki bir makamdı. Eski efendi için geçerli olan kurallar burada da geçerliydi.

D. 26. 4. 3. 6., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 38):

"***Sed si omnes patroni decesserint, tunc tutela ad liberos eorum incipit pertinere.***"

" Tüm ***patronus***'ların ölmesi halinde, vesayet çocuklarına geçer."

e) *Parens Manumissor*[221]: Aile babası, aile evladını azat ettikten sonra (***emancipatio***), onun üzerinde miras hakkına dayanarak, sanki eski efendiymiş gibi bir kanuni bir statü içine girerdi.

---

[220] ***Fideicomissum***, ilk imparatorluk devrinin başlarında ortaya çıkarak geniş uygulama alanı bulan bir muayyen mal vasiyeti şeklidir. Bkz. UMUR, lugat, s. 72; GÜNAL, Roma Miras Hukuku, s. 439.

[221] ***Parens manumissor***, aile evladını hakimiyetten çıkarırken (***emancipatio***) son azat etme işlemini bizzat kendisi yapan aile babasıydı. Aile babası bu şekilde hakimiyetten çıkan aile evladının ***patronus***'u durumuna gelirdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 152.

Iust. Ins., 1, 18.:

"***Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quae ipsa legitima vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio et deinceps impuberes emancipaverit, legimus eorum tutor erit***."

"***Patronus***'ların vesayetine benzetilerek ve yine kanuni (***legitima***) ismi alan başka bir vesayet de kabul edilmiştir. Bir kimse baliğ olmayan kız veya erkek çocuklarını veya torunlarını baba hakimiyetinden çıkaracak olursa, onların kanuni vasisi olacaktır."

Iustinianus'un ***Institutiones***'inde yukarıda belirtildiği gibi, aile babasının hakimiyetinden çıkardığı füruu üzerinde de kanuni vesayet hakkının olduğundan bahsedilmektedir. Buna karşın ***Gaius***, ***Institutiones*** 1. 166'da bu durumu ***tutela legitima*** (kanuni vasi) olarak adlandırmakla beraber, bir altındaki metinde ***tutela fiduciaria***'dan[222] söz etmektedir.

Azatlı köleler de yaşlarına göre, vesayet altında bulunmaktaydılar. Bunların en yakın baba egemenliğine dayanan hısımları yoktu. Miras hukuku bakımından, bu azatlı kölelerin kanuni mirasçıları, ***patronus*** veya onun en yakın baba egemenliğine dayanan hısımıydı. Bu kişilerin kural olarak azatlı kölenin ***tutor***'u olacağı kabul edilmişti. Bu çeşit vesayeti diğerlerinden ayırt etmek amacıyla, bu vesayet için ***tutela fiduciaria*** terimi kullanılmaktaydı[223]. Ancak esas itibariyle, ***tutela fiduciaria*** da benimsenen kuralların ***tutela legitima***'dan farklı olmaması sebebiyle, ***tutela fiduciaria*** için neden ayrı bir isim düşünüldüğü anlaşılamamaktadır[224].

---

[222] ***Tutela fiduciaria***, hakimiyetten çıkarılmış ve baliğ olmayan aile evladı üzerinde kurulan vesayete verilen isimdi. Bkz. VOLTERRA, s. 117; ***Gaius***, Ins. 1. 166.; UMUR, lugat, s. 217.

[223] AYİTER, s. 74; VOLTERRA, s. 117; ROBY, s. 96.

[224] BORKOWSKI, s. 140.

Gaius, Ins. 1. 166 a.:

"***Sunt et aliae tutelae, quae fiduciariae vocantur, id est quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus***."

"Babası tarafından ***mancipatio*** yoluyla veya başka bir tarafın satışı ile bize verilen azat ettiğimiz kişi gibi, vesayetin, ***tutela fiduciaria*** denen diğer çeşitleri de vardır."

Bir aile babası, kendi egemenliği altında olan çocuklarını veya torunlarını egemenliği dışına çıkaracak olursa, onların kanuni vasisi sıfatını alırdı. Aynı konu ile ilgili olarak ***Ulpianus***, ***Digesta*** 26. 4. 3. 10'da şu şekilde bir açıklama yapmıştı:

D. 26. 4. 3. 10., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 38):

"***Si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem vel deinceps impuberes, quos in potestate habeat, emancipet, uicem legitimi tutoris sustinet***."

"Bir aile babası kendi egemenliği altında bulunan ve henüz baliğe ermemiş olan oğlunu, kızını veya torununu (***impubes***), egemenliği altından çıkaracak olursa, kanuni vasi görevini üstlenir."

Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları ise, bu durumdaki aile babasını ***patronus***'tan ayrı tutmuş ve yaptığı görevin onursal bir görev olması nedeniyle aile babasını ***tutor legitimus*** (kanuni vasi) kabul etmişlerdi.

Tutela legitima gereğince, kendisine vasi olmak görevi düşen kişi bu vasiliği kural olarak, reddedemezdi, kabul etmek zorundaydı[225]. Ancak, vasi isterse eğer, ***tutela legitima***'yı ***in iure cessio*** yoluyla bir başka kişiye temlik edebilirdi. Bu durum, ***tutela legitima***'nın bir yükümlülükten ziyade bir hak olarak kabul edildiğini bize göstermektedir[226].

Tutela legitima kendi içinde üçe ayrılmaktaydı:

a) Legitima Agnatorum Tutela

Vasiyet yoluyla tayin edilmiş bir vasisi olmayan ***(tutela testamentaria***) olgunluk yaşının altındaki ***sui iuris***, XII Levha Kanunları'na göre, en yakın baba egemenliğine dayanan akrabasının koruması altındaydı. Aynı derecede birden fazla baba egemenliğine dayanan akrabasının bulunduğu durumlarda, bunların hepsi vasi oluyorlardı[227]. Bunun nedeni ise, küçüğün ölmesi halinde hepsi küçüğün mirasçısı olduğu için, kendi yararlarına bir durumda bulunmalarıydı. Hiçbir baba egemenliğine dayanan akrabasının bulunmadığı durumlarda, vesayet, mülkiyet gibi en yakın akrabaya (***gentiles***[228]) geçmekteydi[229]. Daha sonraları ***Iustinianus*** Dönemi'nde en yakın baba egemenliğine dayanan yerine, en yakın kan hısımı vasi olarak tayin edilmeye başladı.

---

[225] Ancak bazı durumlarda, vasilikten feragat mümkündü. Bkz. aşağıda "Vasilikten Feragat", s. 85.

[226] AYİTER, s. 73.

[227] WATSON, Alan: Rome of The XII Tables, New Jersey 1975, s. 71; ZULUETA, Francis De: The Institutes of Gaius, Part: II, Great Britain 1967, s. 45.

[228] LEWIS, Charlton: A Latin Dictionary, Oxford 1980, s. 808; ***Gens***, genellikle aynı soydan gelen kişilerin oluşturduğu geniş ailelere verilen isimdi. TALAMANCA, Mario: Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1990, s. 159; UMUR, lugat, s. 79; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 229; Aynı zamanda, ***civitas***'tan önce gelen birden fazla ailenin oluşturduğu küçük devlet teşekküllerine de ***gens*** denmekteydi. Bir ***gens***'e dahil olan kimselere ise ***gentiles*** adı verilmekteydi.

[229] ROBY, s. 95.

b) Legitima Patronorum Tutela

Eğer bir efendi, olgunluk yaşının altındaki kölesini özgür bırakırsa, kendisi (veya ölümünden sonra efendinin çocukları) kölenin kanuni vasisi (***tutor legitimus***) olurdu. Köle, azat edilmiş olsa bile eski efendisinin vesayeti altında kalmaya devam ederdi. XII Levha Kanunları'nın hukukçular tarafından bu şekilde yorumlanması nedeniyle, bu azatlılar üzerine atanan vasilerin de ***tutor legitimus*** oldukları düşünülmekteydi[230].

c) Legitima Parentum Tutela

Bir aile babası, egemenliği altındaki küçüğü, serbest bırakırsa, yani egemenliğinden çıkarırsa, küçük sadece miras hakkını kazanmaz, aynı zamanda da aile babası onun kanuni vasisi (***tutor legitimus***) olurdu[231].

Tutela legitima, vesayet altındaki kişinin buna ihtiyacı bittiği anda sona ererdi. Ancak , kadınlar için böyle bir sınırlama bulunmamaktaydı. Kadınlar açısından bir yaş sınırı olmaması nedeniyle, onlar daimi olarak vesayet altındaydılar. Vasinin, ***capitis deminutio***'ya uğraması hali de, ***tutela legitima***'yı sona erdiren nedenlerdendi. Bu şekilde, vesayet ilişkisinin sona ermesi ile, en yakın baba egemenliğine dayanan mirasçı yeni vasi olarak atanırdı[232].

3 - Tutela A Magistratu Dativa (Tutela dativa):

Vesayet altına alınması gereken kişinin ne kanuni vasisinin (***tutor legitima***) ne de vesayet yoluyla atanan bir vasisinin (***tutor testamentaria***) olmaması halinde, yani kişiye ne vasiyetname ile ne de kanuni olarak vasi

[230] LEAGE, s. 111.

[231] LEAGE, s. 111.

[232] AYİTER, s. 73.

atanmadığı durumlarda, kendisine ***magistra*** tarafından bir vasi atanabiliyordu[233]. Bu vesayet türünün ne zamandan itibaren uygulamaya konduğu konusunda tam bir açıklık bulunmamaktadır[234]. Ancak, ***tutela dativa'***nın, ***tutela legitima*** ve ***tutela testamentaria***'ya göre, ihtiyaçların doğması nedeniyle ortaya çıkan daha yeni bir vesayet çeşidi olduğuna şüphe yoktur.

Bu atama usulü ***magistra***'nın veya imparatorun bir tasarrufu değildi, tamamen kanun tarafından yaratılmıştı. ***Tutela dativa*** kavramının ilk olarak M.Ö. 186 yılına ait olan ***Senatus Consultum de Bacchanalibus***'da[235] konu edildiği düşünülmektedir[236]. Bu tarihten önce, kanuni veya vasiyetname yoluyla kendisine vasi atanmayan kişi için nasıl bir çözüm getirildiğine dair bir açıklama bulunmamaktadır. ***Tutela dativa*** ile ilgili olarak, Cumhuriyet Dönemi'nde yeni bir kanun çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu kanunlara, halk tribünü ***L. Atilius*** tarafından ortaya konmaları nedeniyle ***Lex Atilia*** denmekteydi.

Lex Atilia, vasinin vesayetle (***tutela testamentaria***) veya kanuni (***tutela legitima***) olarak atanmadığı zaman, ***praetor***'un küçüğe bir vasi tayin edeceğini beyan eden kanunlara verilen isimdi[237]. ***Lex Atilia*** Kanunları'nın, kesin tarihi bilinmemekle beraber, M.Ö. 210 yılında yürürlüğe girdiği kabul edilmekteydi[238]. Ancak, ***Lex Atilia***'dan itibaren vasinin yalnız ***praetor*** tarafından

---

[233] ROBY, s. 97; SOLAZZI, Tutele e curatele, s. 30 ; LEE, 85; VOLTERRA, 116; GUARINO, s. 631; MARRONE, 348; BUCKLAND, s. 147; ROBY, s. 98; HARDY, s. 71; ***Gaius***, 1. 185.; Iust. Ins. 1. 20.

[234] AYİTER, s. 75.

[235] ***Senatus Consultum de Bacchanalibus***, halk için tehlikeli bir hal alan ***Bacchus*** şerefine yapılan şenlikleri yasaklayan bir ***senatus*** kararıydı.

[236] Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 477; AYİTER, s. 78; VOLTERRA, s. 116.

[237] UMUR, lugat, s. 115; ROBY, s. 98; VOLTERRA, s. 116; GUARINO, s. 630; MARRONE, s. 348; BUCKLAND, 147; SOLAZZI, Silo: Studi sulla tutela, Modena 1925, s. 1.

[238] Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 307; BORKOWSKI, s. 140.

atanması yeterli görülmemekteydi. Bu atamanın halk meclisi tarafından onaylanması da gerekmekteydi[239].

D. 1. 6. 2., ***Ulpianus*** (***Officio proconsulis*** lib. 8):

"***Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps***."

"***Tutor dativa***'nın atanması, idari veya yargısal otoritenin yetkisinde değildi. Ancak, kanun veya ***senatus consultum*** ya da imparator tarafından yetkinin verildiği bir kişiye aitti."

İlk dönemlerde vasi atama yetkisi sadece Roma şehrinin ***praetor***'una verildiği için, ***tutela dativa*** eyaletlerde uygulanma alanı bulamamaktaydı. ***Lex Iulia et Titia***[240] ve ***Lex Atilia*** Kanunları[241] Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında kabul edilmişlerdi. ***Lex Titia*** ve daha sonra ***Lex Iulia*** ile vasi atama yetkisi eyalet ***magistra***'larına ve valilere de tanındı[242]. Roma şehrinde ***praetor*** ve ***tribunus plebis***'lerin[243] çoğunluğu tarafından; eyaletlerde ise, vali tarafından küçüğe vasi tayin edilirdi[244]. ***Iustinianus*** zamanında, tayinleri şehir valileri, ***praetor***'lar***,*** bölge ***magistra***'ları ve bazen de psikoposlar yapmakta idi[245].

---

[239] AYİTER, s. 78.

[240] Vasiyetlere müteallik ***Lex Iulia de tutelis***'i tamamlayan ve tam ehliyetsiz bile olsa, herkesin eyalet valisine müracaatla kendisine bir vasi tayin etmesini isteyebilme imkanını sağlayan kanundur. Bkz. BUCKLAND, s. 148; HARDY, s. 73; UMUR, lugat, s. 125.

[241] ARANGIO-RUIZ, s. 495; VOLTERRA, 117; ROBY, s. 98.

[242] AYİTER, s. 78.

[243] UMUR, lugat, s. 215, ***tribunus plebis***, ***pleb***'ler tarafından seçilen ve Roma'da onların menfaatlerini koruyan ***magistra***'lara verilen isimdi.

[244] BORKOWSKI, s. 140; Iust.Ins. 1. 20.

[245] Iust. Ins. 1. 20.

Gaius, Ins. 1. 185.:

"***Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia am praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis qui Atilianus tutor vocatur, in provinciis vero a paesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia.***"

"Roma şehrindeki uygulama gereğince, vasinin bulunmadığı durumlarda, ***Atilian*** Kanunları'na göre, şehir ***praetor***'u tarafından vasi atanması mümkündür. Eyaletlerde ise, ***Lex Iulian –Titian*** Kanunları'na göre eyalet valisi atamayı yapar."

Yukarıda da yer aldığı gibi, ***Gaius*** ve ***Ulpianus***, mevcut sistemden söz etmekteydiler. ***Claudius***'un, ***consul*** tarafından, sistem dışı (***extra ordinem***), atanmayı uygun bulmasının ardından bu durum olağan bir metod olarak kullanılmaya devam edildi[246]. Roma şehrinde vesayet işlerinin artması nedeniyle, bu iş için ayrı bir ***praetor***'luk oluşturuldu. ***Marcus Avrelius*** ve ***Verus***, ***praetor tutelaris*** denen ***praetor***'a vasi atamak üzere yetki verdiler. ***Praetor tutelaris***, ***M. Avrelius*** zamanında bir ***senatus consultum*** ile ve Roma civarlarında vasi tayini işleriyle meşgul olmak üzere görevlendirilmiş ***praetor***'du. Daha sonraki dönemlerde, vasi atanması işi, ***prafectus urbis***[247] veya ***praetor tutelaris***'in görevi içinde yer aldı.

Iust. Ins. 1. 20. 4.:

"***Sed hoc iure utimur, ut Romae quidem praefectus urbis vel praetor secundum suam iurisdictionem, in provinciis autem praesides ex***

[246] BUCKLAND, s. 148.

[247] ARANGIO-RUIZ, s. 495; UMUR, lugat, s. 166; ***prafectus urbis***, Roma şehri ve 100 mil çevresinin askeri ve mülki idare amiri olan valiydi.

inquisitione tutores crearent vel maistratus iussu praesidum, si non sint magnae pupilli facultates."

"Tatbik ettiğimiz hukuka göre, Roma'da kaza salahiyetine göre, şehir valisi (***praefectus urbis***) veya ***praetor***, eyaletlerde ise, valiler (***praesides***) veya, vesayet altındakilerin varlıkları fazla değilse, valinin emriyle ***magistra***, talep üzerine vasi tayin etmektedir."

Praetor tarafından atanan vasi, bir yandan kanuni vasiye (***tutor legitimus***), diğer yandan vasiyetname ile atanan vasiye (***tutor testamentarius***) benzemekteydi. ***Tutor dativus***, vesayeti bir başkasına devredemez ve kendi isteği doğrultusunda serbestçe vasilikten ayrılamazdı. Bu görevi üzerine alan kişi, yani vasi görevi sona erene kadar hizmette bulunmak zorundaydı. Haklı mazeretinin olması durumunda bu görevi iade edebilirdi. Vasilik görevinden ayrılan vasi, kural olarak, kendi yerine bu işi daha iyi yapacağına inandığı bir başka kişiyi vasi olarak teklif ederdi.

Lex Atilia Kanunları dışında da ***magistra***'lar vasi atayabilmekteydiler. Örneğin, ***praetor***, vesayet altındaki kişi ile vasinin uzlaşmazlığa düşmesi ve anlaşamaması durumlarında, vesayet altındaki kişi için başka bir kişiyi geçici vasi olarak atayabilmekteydi. Ayrıca, vasiyetname ile vasinin atandığı durumlarda, atanan vasiyi, gereken hallerde reddetme hakkı vardı[248]. Bu nedenle, ***praetor***'un vasi atamada bir takdir hakkının olduğunu söylemek mümkündür. ***Praetor***, bu takdir hakkını kullanırken, vesayet altına girecek kişinin çıkarlarını gözetmek ve ona uygun vasiyi atamak durumundaydı.

D. 26. 3. 10., ***Tryphoninus*** (***Disputationum*** lib. 14):

" ***... utilitatem pupillorum praetor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum***."

[248] BORKOWSKI, s. 141.

" ... ***praetor***, vasiyetnamede neyin yazılı olduğuna bakmaz, vesayet altındaki kişi için neyin lehine olduğunu araştırır."

Praetor tarafından atanan vasi, şahsi menfaatini temsil etmemekte, vesayet altında olan kişinin çıkarlarını koruyacak şekilde davranmak zorundaydı. ***Lex Atilia*** Kanunlarını takiben, vasinin bu şekilde devlet tarafından atanması ile vesayet makamı tüm görev süresi boyunca kontrol altında tutuluyordu. Bu nedenle, ***tutor dativus***'un yaptığı iş Roma'da ***publicum munus***[249] , yani bir çeşit kamu görevi olarak görülmekteydi. Vasi de bir çeşit kamu görevlisi gibi hareket etmekteydi. Bu nedenle, vesayet altındaki kişinin çıkarlarına aykırı davranış, vasinin, kendisine verilen kamu görevini ihlal ettiği anlamına gelmekteydi[250].

Iust. Ins. 1. 25 pr.:

" ***... a tutela vel cura possunt excusari exemplo ceterorum munerum: nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse***."

" ...diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi, vasilik ve kayyımlık bir kamu hizmetidir."

Vesayetin bir kamu hizmeti olması nedeniyle, aile evlatları dahi vasi olabilirdi.

---

[249] ARANGIO-RUIZ, s. 495; BORKOWSKI, s. 141; UMUR, lugat, s. 139; ***publicum munus***, bir devlet içinde yaşayan fertlerin yapmak zorunda oldukları kamu görevine verilen isimdi.

[250] MOREY, 252; BUCKLAND, 94; ZEVKLİLER, s. 943; çağdaş hukuk sistemimizde de vesayet bir kamu görevidir. Vasiyi atayan, görevden alan , denetleyen güçler, resmi devlet makamlarıdır (TMK. md. 396 vd.).

Iust. Ins. 1. 14. pr.:

"***Dari autem potest tutor non salum pater familias, sed etiam filius familias.***"

" Yalnız bir aile reisi değil, bir aile evladı da vasi tayin edilebilir."

Bunun, ***Iustinianus*** Dönemi'nde ortadan kalkan iki istisnası bulunmaktaydı.

a) Abdicatio Tutelae: Klasik devre kadar, vasiyet yoluyla vasi tayin edilen kişi, vesayeti kabul etmek istemediği takdirde, şahitler huzurunda ve şekle bağlı bir beyan ile vesayeti reddedebilirdi. Klasik devirde, vesayet bir kamu hizmeti olarak görüldüğünden (***publicum munus***), imparator ***Claudius***, vasinin bu yetkisini ortadan kaldırmıştı[251].

b) Potioris Nominatio: ***Magistra*** tarafından seçilen vasi yerine, daha elverişli bir vasinin atanmasıydı[252].

II - VASİNİN ATANMASI

A- GENEL OLARAK

Roma İmparatorluğu'nda herkes her koşulda vasi tayin edilememekteydi. Vasi atanabilmesi için öncelikle belli kişilerin belli kurallar çerçevesinde atamalarının yapılması gerekliydi[253]. Roma Hukuku'nda, yapılan işlemlerde

[251] ARANGIO-RUIZ, s. 496; UMUR, lugat, s. 1; D. 27. 1. 6. 17, 13 pr., ***Modestinus*** (***Excusationum*** lib. 2)

[252] BUCKLAND, s. 149.

[253] Çağdaş Türk hukukumuzda, Roma Hukuku'ndan farklı olarak velayet ve vesayet ayrımı yapıldığı için, veli ve vasi seçimleri de birbirinden farklı özellikler göstermekteydi. On sekiz

genellikle şekil şartına bağlı kalındığı için, vasi atama işlemi sırasında da belli sözlerin söylenmesi önem taşımaktaydı. Kime kimin vasi atanacağının, açıkça bildirilmesi gerekliydi. Vasinin ve vesayet altına girecek kişilerin isimlerinin belirtilmesi lazımdı[254].

Gaius , Ins. 1. 149.:

"***Rectissime autem tutor sic dari potest: Licium Titium liberis meis tutorem do vel uxori meae tutorem do***."

"Vasi atamanın en doğru şekli; "***Licius Titius***'u çocuklarıma veya eşime vasi tayin ediyorum" diyerek atamayı yapmaktır."

Ancak bir aile babası, genel anlamda oğullarına vasi atayacağından bahsederken, bunun sadece erkek evlatlarını belirttiği değil, kız çocuklarını da içine aldığı anlamının çıkarılması mümkündü.

D. 26. 2. 16 pr., ***Ulpinianus*** (***Edictum*** lib. 35):

"***Si quis ita dederit "filiis meis tutorem do", in ea condicione est, ut tam filiis quam filiabus dedisse uideatur: filiorum enim appellationeet filiae continentur***."

---

yaşından küçük olan çocuklar ana ve babasının velayeti altında bulunmaktadır. Yani, çocuğun doğumuyla birlikte ana ve baba veli sıfatını alırlar. Ayrıca bir atama olmasına gerek yoktur. Yasal sebep olmadıkça da velayet ana babadan alınamaz. Vesayete ilişkin düzenlemelerde ise, vasinin atanması için vesayet dairelerine yetki verilmiştir (TMK. md. 411, 412). Bu atama yapılırken sulh hakimi haklı bir neden olmadıkça, kısıtlının veya ana babanın isteklerini de gözönünde tutar ve onların gösterdiği kişiyi vasi olarak seçebilir (TMK. md. 415). İtalyan Medeni Kanunu (İMK) md. 260'a göre, anne ve baba çocuğu tanıması ile birlikte, çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olurlar. Ancak çocuk üzerindeki yetkiler, baba tarafından kullanılır.

[254] ROBY, s. 93; D. 26. 2. 33. pr., ***Javolenus*** (***Ex posterioribus Labeonis***, lib. 8)

"Eğer bir kişi, "Oğullarıma vasi atıyorum" şeklinde vasi atayacak olursa, "oğullarım" teriminin içine "kızlarını" da sokarak, oğullarının yanında kızlarına da vasi atadığı anlamını çıkarabiliriz."

Her Roma vatandaşı veya hak ya da hukuki işlem ehliyetine sahip olan herkes vasi olamamaktaydı[255]. Örneğin, ***peregrinus***'ların[256] ve ***latin***'lerin[257] vasi tayin edilmeleri mümkün olmamaktaydı. Kabul edilen genel kurala göre, vasinin, ergenliği geçmiş, erkek ve Roma vatandaşı olması gerekliydi[258]. Bunun yanında, vesayetin bir kamu hizmeti olması nedeniyle, köleler veya aile evlatları da vasi tayin edilebilirdi[259].

Iust. Ins. 1. 14. 1.:

"***Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest.***"

"Bir kişi kendi kölesini dahi, ona özgürlüğünü vererek, vasiyet yoluyla geçerli bir şekilde vasi tayin edebilir."

---

[255] Çağdaş hukukumuzda da Roma Hukuku'na paralel olarak herkes vasi tayin edilememektedir. TMK. md. 418'de vasiliğe engel olan haller sayılmıştır. Buna göre, kısıtlılar, kamu hizmetinden yasaklılar veya haysiyetsiz hayat sürenler, menfaati kendisine vasi olarak atanacak kişinin menfaati ile önemli ölçüde çatışanlar veya onunla aralarında düşmanlık bulunanlar ile ilgili vesayet daireleri hakimleri vasi seçilemezler.

[256] ***Peregrinus***, Roma ile siyasi ilişkisi olmayan, başka bir topluma dahil kişi idi. İmparatorluk devrinde, ***peregrinus***'lar, imparatorluk hudutları içinde yaşayan fakat Roma vatandaşı ve latin olmayan kimselerdi. M.S. 212 senesinde çıkan ***constitutio Antoniniana*** ile Roma vatandaşı olmuşlardı. Bkz.: UMUR, lugat, s.154.

[257] ***Latin***'ler, ***Latium*** bölgesinde eskiden beri oturan ve Roma tarafından, M.Ö. 268 senesinden daha önce kurulan kolonilerdendi. Hukuki durumları Romalılara yakın olmakla beraber, ***magistra*** seçilemez ve askerlik yapamazlardı. Bkz. UMUR, lugat, s. 107.

[258] BORKOWSKI, s. 141.

[259] ROBY, s. 94.

Iust. Ins. 1. 14. pr.:

" ***Dari autem potest tutor non salum pater familias, sed etiam filius familias.***"

" Yalnız bir aile reisi değil, bir aile evladı da vasi tayin edilebilir."

Kadınlar kural olarak vasi olamamaktaydılar. Klasik Dönem'de bu konuda herhangi bir istisna bulunmamaktaydı. Ancak M.S. 390'da kabul edilen bir durum olarak, küçüğün babasının ve bir ***legitimus*** veya ***testamentarius*** vasisinin olmaması durumlarında, anne, bir daha evlenmemek koşuluyla ***magistra*** tarafından vasi tayin edilebiliyordu. Vesayetin devamı sırasında annenin evlenmesi halinde ise, o ana kadar yapılan işlemlerden annenin yeni kocası sorumlu tutulmaktaydı[260]. Bunun yanı sıra, sağır veya dilsiz kişiler vasi seçilememekteydi[261].

D. 26. 1. 2., 3. ***Paulus*** (***Edictum*** lib.38):

"***2. Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem praebere non potest. 3. Surdum non posse dari tutoremplerique et Pomponius libro sexagesimo nono ad edictum probant, quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet***."

"2. Dilsiz bir kişi izin veremeyeceği için (konuşamaması nedeniyle), vasi tayin edilemez. 3. ***Pomponius*** da dahil olmak üzere hukukçuların büyük çoğunluğuna göre, sağır kişi de vasi tayin edilemez. Çünkü vasinin görevi sadece konuşmak değil aynı zamanda dinlemektir de."

[260] BUCKLAND, s. 151; BORKOWSKI, s. 141.

[261] ROBY, s. 117.

Yirmi beş yaşından küçük veya akıl hastası olanlar da vasi olarak atanamamaktaydı. Bu kişiler, vasi olarak atanmaları durumunda, bu engelleri kalktıktan sonra görevlerini ifa edebiliyordu.

Iust., Ins. I. 14. 2.:

"***Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus tutor erit, cum compos mentis aut maior viginti quinque annis fuerit factus***."

"Vasiyetname yolu ile, akıl hastası veya yirmi beş yaşından küçük kimse vasi tayin edilirse, bu kimse akıl hastalığı geçtikten veya yirmi beş yaşını aştıktan sonra vasi olur."

Bazı kişiler durumları veya görevleri nedeniyle vasi olamamaktaydılar. Askerler ve bazı kamu görevlileri isteseler dahi vasi seçilememekteydiler. Vasi, "***tutor ad certam rem dari non potest***" "vasi, belli bir mal için atanamaz" kuralı gereğince, maldan çok kişinin kendi şahsı için atanmaktaydı. Özel bir mal veya amaç için vasi atanması durumunda atama geçersiz sayılmaktaydı. ***Iustinianus*** da bunu mutlak bir kural olarak uygulamıştı[262].

Iust., Ins. I. 14. 4.:

"***Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non cause vel rei datur***."

"Muayyen bir mal veya iş için vasi tayin edilmez. Vasi, bir mala veya bir işe değil, şahsa verilir."

[262] BUCKLAND, s. 152; ROBY, s. 93.

Iustinianus'un ***Institutiones***'inde geçen yukarıdaki durum, ***Digesta***'da da şu şekilde ele alınmıştı.

D. 26. 2. 12., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 38):

"***Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest necdeductis rebus***."

"Vasi, vasiyetname ile, bazı mallar dışarıda bırakılarak özellikle bir mal veya özel bir amaç için tayin edilemez."

D. 26. 2. 13., ***Pomponius*** (***Sabinus*** lib. 17)

" .... ***et si datus fuerit, tota datio nihil valebit***."

" .... tayin edilmesi durumunda, atama geçersiz olacaktır."

Yukarıdaki yer alan bu kuralın bir istisnası bulunmaktaydı. ***Magistra***, belli bir işin yapılması için ***tutor praetorius*** adında bir vasiyi atayabilmekteydi. ***Tutor praetorius***, fiil ehliyetine sahip bir kimsenin muayyen bir işinin halledilmesi için, ***magistra*** tarafından tayin edilen vasiye verilen isimdi. İmparatorluk Dönemi'nde bu tür bir vasi yerine bir kayyım (***curator***) tayin edilmekteydi. ***Iustinianus***'un ***Institutiones***'inde geçen bir metinde bu konuya ilişkin bir örnek bulunmaktadır.

Iust. Ins. I. 21. 3.:

"***Si inter tutorem pupillumve iudicium agentum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non praetorius tutor ut olim constituitur, sed curator in locum eius datur, quo interveniente iudiciumperagitur et eo peracto curator esse desinit***."

" Vasi ile küçük arasında dava açılacak olursa, vasi kendisine ait bir iş için ***auctoritas***'ını veremeyeceğinden, küçüğe, eskiden olduğu gibi bir ***praetor*** vasisi değil, onun yerine bir kayyım verilir. Bu kayyım davaya müdahale eder ve davanın nihayetinde kayyımlığı sona erer."

Belli bir dönem içindeki işlerin yapılması için de vasi atanması mümkündü. Belirlenen dönemin başlaması ile vasinin görevi başlardı. Daha sonra bu sürenin dolması ile de vesayet ilişkisi sona ererdi.

D. 26. 2. 8. 2., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 24):

"***Tutorem autem et a certo tempore dare et usque ad certum tempus licet et sub condicionem.***"

"Belirlenen bir tarihten itibaren, kararlaştırılan diğer bir tarihe ve bir şarta bağlı olarak şartın gerçekleşmesine kadar vasi tayin edilebilir."

B- BİRDEN FAZLA VASİNİN ATANMASI (PLURIBUS TUTORIBUS)

Vesayet altındaki kişiye birden fazla vasi atanması mümkündü. Ancak ***tutores legitimi*** ve ***tutores testamento dati***, yani kanuni vasi ve vasiyetname yoluyla belirlenen vasiler birden fazla sayıda atanabilmekteydi[263]. Ayrıca ***praetor***un birden fazla vasi atamasına (***tutela dativa***) engel bir durum bulunmamaktaydı.

Tutela legitima ile en yakın baba egemenliğine dayanan hısım vasi olarak atanmaktaydı. En yakın baba egemenliğine dayanan hısmın birden fazla ve aynı derecede olması (kardeşler buna örnek olarak gösterilebilir) mümkündü. Bu durumda, içlerinden sadece biri vasi olmaz, bu görevi hep beraber üzerlerine alırlardı. Her bir vasi vesayet altındaki kişinin mallarını korumakla yükümlüydü.

[263] WATSON, s. 138.

Baba egemenliğine dayanan hısmının bulunmaması durumunda, ***gens*** içinde kendisine en yakın kişi vasi olurdu[264].

D. 26. 4. 9., ***Gaius*** (***Edictum Provinciale*** lib. 12):

"***Si plures sunt adgnati, proximus tutelam nanciscitur et, si eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur***."

"Birden fazla baba egemenliğine dayanan hısmın olması durumunda, içlerinden en yakın olan hısım vesayeti alır. Bunların hepsinin aynı derecede olması halinde, hepsi birden vasi olurlar."

Tutela legitima'da, birden fazla baba egemenliğine dayanan hısmın vasi olarak atandığı hallerde, idare hepsine birden ait olurdu. Bu nedenle, kararları tüm vasilerin birlikte alması gerekliydi. Bu tür idarenin çok kullanışsız olması uygulamanın zamanla değişmesine yol açtı. Birden fazla vasiden sadece birinin, vesayetin fiilen idare edilmesinden sorumlu tutulacağı kabul edildi. Bu vasinin hangisi olduğu belirlenmemişse, bu seçimi ***praetor*** kendisi yapardı. Genellikle ***praetor***, en fazla teminatı verebilen kişiyi işlerin idaresi ile görevlendirirdi[265].

D. 26. 2. 18., ***Callistratus*** (***Monitorii Edicti***, lib. 3):

"***Quod si plures satisdare parati sint, tunc idonior praeferandus erit, ut et tutorum personae inter se et fideiussorum comparentur***."

"Birden fazla vasinin söz konusu olduğu durumlarda, her bir vasinin teminat vermeye hazır olması halinde, vasiliğe en uygun kişi, karakterleri ve güvenilirlikleri yönünden aralarında yapılacak bir kıyaslama ile belirlenir."

---

[264] BORKOWSKI, s. 140.

[265] AYİTER, s. 81.

Yetkisi olmayan vasinin, küçüğün taraf olduğu işlem için verdiği ***auctoritatis*** geçerli kabul edilmemekteydi[266]. Böylece, sadece idare kendisine verilen vasi yaptığı işlemlerden dolayı sorumlu tutulurdu. Diğer vasiler ise, kendilerine verilen yetkiler ölçüsünde sorumlu olurlardı.

Tutela testamentaria'da, ***pater familias*** vasiyetnamesinde birden fazla kişiyi vasi olarak belirleyebilmekteydi. Bu vasilerden hangisinin vesayeti idare edeceği hakkında vasiyetnamede bir hüküm bulunmaması halinde, hepsi birlikte bu görevi üstlenirlerdi[267]. Tüm vasilerin yetkili kılınması halinde, kural olarak, vasilerden birinin yapılacak işlem için ***auctoritas***'ını vermesi, işlemin geçerliliği açısından yeterli görülmekteydi[268].

Praetor tarafından (***tutela dativa***), birden fazla vasi atanmasının mümkün olmasına rağmen, bu durum uygulamada tercih edilmemekteydi. Eğer ***praetor***, gerçekten birden fazla vasi tayin etmişse, bunlara aynı zamanda bir arada bu görevi görme yükümlülüğü verilmezdi. Her bir vasinin, yetki alanı belirlenirdi. Özellikle, çok geniş ve birbirinden uzak yerlerde malları olan kişilere birden fazla vasi atanması yoluna gidilirdi[269]. Bunun yanı sıra, tayin edilen vasiler arasında da vesayeti yönetim yetkisi ile ilgili olarak anlaşmazlıklar çıkabilirdi. Bu durumda praetorun bu anlaşmazlığı uygun bir şekilde çözmesi gerekirdi.

---

[266] BUCKLAND, s. 162.

[267] AYİTER, s. 81; SOLAZZI, Silo: "Tutoris auctoritas" e "Consortium", Scritti di Diritto Romano, IV (1938-1947), Napoli 1963, s. 527.

[268] ***Tutela legitima***'da tüm vasiler tarafından ***auctoritas interpositio***'nun verilmesi gerekliydi. Cicero, pro Flacco 34. 84. "***... Nihil enim potest de tutela legitima nisi omnium tutorum auctoritate deminui*** ...." "... Birden fazla kanuni vasinin bulunduğu durumlarda, hepsinin auctoritas vermesi gereklidir ....". ***Tutela testamentaria***'nın atandığı durumlarda ise, sadece vasilerden birinin izin vermesi yeterli kabul edilmekteydi. Bkz. BUCKLAND, s. 158; WATSON, s. 132.

[269] AYİTER, s. 81.

D. 26. 7. 3. 8., ***Ulpianus*** (***Edictum***, lib. 35):

"***Plane si non consentiant tutores praetori, sed velint omnes gerere, quia fidem non habeant electo nec patiuntur succedanei esse alieni periculi, dicendum est praetorem permittere eis omnibus gerere***."

"Eğer vasiler, ***praetor***'un vesayetin yönetimini verdiği vasiye güvenmiyorlarsa ve bu nedenle ***praetor***'la aynı fikirde değilseler ve sorumluluk altına girmek istemiyorlarsa, ancak her biri vesayetin yönetiminden sorumlu olmak istiyorsa, ***praetor***'un bu kişilere vesayetin yönetimiyle ilgili izin vermesi gerekir."

Vesayet altındaki kişiye birden fazla vasi atanması durumu ile ilgili ***Digesta***'da yer alan ***Pomponius***'un metnine göre;

D. 26. 8. 4., ***Pomponius*** (***Sabinus*** lib. 17):

"***Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet. Et ideo puto verius esse, cod Ofilio placebat, si eo tutoreauctore, cui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri: item si eo auctore e mam, qui a tutela fuerit remotus: nec enim id ratum haberi.***"

"Birden fazla vasinin atanması durumunda, vasilerden birinin izni yeterli olmaktaydı. Ancak, vesayetin idaresi verilmemiş olan vasilerden birinin izin vermesi halinde, bu durum ***praetor*** tarafından onaylanmaz. ***Ofilius***'un konuya ilişkin kararı daha doğrudur; başka bir vasinin vesayeti yönetme yetkisinin olduğunu bilerek, vesayeti yönetmeyen vasinin yetkisine dayanarak, vesayet altındaki küçükten bir şey alırsam, malın sahibi

olamam. Vesayet yetkisi kaldırılan (olmayan) vasinin iznine dayanarak, bir mal alırsam, aynen yukarıdaki gibi bu durum kabul görmez ."

Bu metin, küçüğe, birden fazla vasi atanması (***pluribus datis tutoribus***) durumlarını içermektedir. Vasiyetname yoluyla birden fazla vasi atanması durumlarında, herhangi bir vasinin ***auctoritatis interpositio***'sunun bulunması yeterliydi[270]. Ancak, ***praetor***'un, vesayeti yönetme yetkisi (***administratio tutelae***) bulunmayan vasi tarafından yapılan anlaşmayı onaylamayacağı, metinden anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, izin verme yetkisi olmayan vasinin ***auctoritas***'ına dayanarak küçükten mal alan kişi, mala kazandırıcı zamanaşımı ile dahi malik olamazdı[271].

C- VASİLİKTEN FERAGAT

Vasi tayin edilen kişi, vasiliği her koşulda mutlaka kabul etmek zorunda değildi. Geçerli mazeretlerinin olması halinde vasilikten feragat mümkündü[272]. İmparatorluğun ilk dönemlerinde, vasiyetname ile atanan vasi ile ***magistra*** tarafından seçilen vasinin geçerli mazeretlerinin olması halinde, bu kişiler, vasilik görevini kabul etmeyebilirlerdi. M. S. 2. yüzyılın sonlarına doğru, vasiyetname yoluyla tayin edilen vasi için, vasilikten feragat etme hakkı (***abdicatio***) ortadan kaldırılmış ve buna karşılık ***preator***'un tayin ettiği vasiye has olan itirazda

---

[270] BUCKLAND, s. 161.

[271] WATSON, Law of Persons, s. 133.

[272] Çağdaş hukukumuzda, her vasi olarak atanan kişi bu görevi kabul etmek zorunda bulunmamaktadır. TMK. md. 417'de vasilikten kaçınma sebepleri tek tek sayılmıştır. Buna göre, altmış yaşını doldurmuş olanlar, bedensel özürleri veya sürekli hastalıkları sebebiyle bu görevi güçlükle yapabilecek olanlar, dörtten çok çocuğun velisi olanlar, üzerinde vasilik görevi olanlar, Cumhurbaşkanı, TBMM ve Bakanlar Kurulu üyeleri, hakimlik ve savcılık mesleği mensupları vasilik görevini kabul etmeyebilirler. TMK. md. 481 uyarınca, vasi vasiliğe engel bir sebebin ortaya çıkması halinde görevinden çekilmek zorundadır. Vasi, bir kaçınma sebebi ortaya çıktığı takdirde sürenin bitiminden önce görevinden alınmasını isteyebilir; ancak önemli sebeplerin varlığı halinde görevine devam etmek zorundadır.

bulunma (***excusationes***) imkanı verilmişti[273]. Kanuni vasiler içinse durum açık değildi. Bu kişiler, vasiliği kabul etmek zorundalardı, ancak ifa için zorlanamamaktaydılar. Bu nedenle çelişkili bir durum ortaya çıkmıştı[274].

Iustinianus Dönemi'nde, tüm vesayet çeşitleri kamu görevi (***munus publicum***) niteliğini aldığı için, daha önceleri kabul edilen kurallarda da değişiklikler olmuştu. Bütün vasiler, vesayeti icra etmeye mecburdular. Ancak, kanunun belirlediği mazeretlerden (***excusationes***) birini ileri süren vasi vesayetten çekilebilmekte idi. Mazeret beyan eden kişinin, vasi tayin edildiğini öğrendikten itibaren belli bir süre içinde, vasiliği kabul edemeyeceğini bildirmesi gerekliydi[275].

D. 27. 1. 13. 1., ***Modestinus*** (***Excusationum*** lib. 4):

"Vasi olarak atandığını öğrenen kişi, vasisi olacağı kişi ile aynı şehirde veya en fazla yüz mil içinde yaşıyorsa, elli gün içinde mazeretini bildirmek zorundadır. Bu süreden sonra mazereti kabul edilmez ve vesayetin idaresini devralması gerekir. Vasi olarak atandığını öğrenen kişi, vasisi olacağı kişiden yüz milden daha uzakta oturuyorsa, vasi olarak atandığını öğrendiği andan itibaren kendisine her yirmi mil için bir gün ve hazırlanması için de otuz gün süre verilir."[276]

Mazeret en başta bildirilebildiği gibi, mazeretin kabulden sonra ortaya çıkması halinde, sonradan da beyan edilebilirdi. Atanan vasi, vesayet altına girecek olan kişinin aile babasına önceden vasiliği kabul edeceğine dair bir söz vermişse, artık bu sözden dönemezdi ve vasiliği kabul etmek zorundaydı.

[273] UMUR, s. 144; ROBY, s. 115; VOLTERRA, s. 117.

[274] BORKOWSKI, s. 141.

[275] VOLTERRA, s. 122.

[276] Metinin aslı eski yunancadır.

Mazereti nedeniyle vasilikten çekilen kişi yerine, geçici bir süre için kayyım da atanabilmekteydi.

Iust. Ins. 1. 23. 5.:

"***Item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari***."

"Daimi olarak değil de, bir mazeretle vesayetten muvakkaten çekilen vasilerin yerine bir kayyım tayin edilir."

İlk dönemlerde mazeretlerin kabulü ***magistra***'nın takdirine bırakılmışken, milattan sonra ikinci asrın sonlarına doğru, mazeret sebepleri kanun tarafından belirlenmeye başlandı. Belirlenen sebepler dışında kalan mazeretler için vasilikten feragat mümkün olmamaktaydı. Hangi durumların mazeret olarak ileri sürüldüğü ***Digesta***'da belirtilmişti. Ciddi bir sağlık problemi olan hastalar, yetmiş yaşın üstündeki kişiler[277], cahil (okuma yazma bilmeyen) kişiler, hali hazırda üç vesayeti idare eden vasiler[278], bazı mesleklerde çalışanlar (örneğin, filozof, doktor gibi), birkaç çocuk sahibi olanlar, fakir kişiler mazeretlerini beyan ederek vasilikten feragat edebilirlerdi[279]. Bu durumlarda, kendi yerlerine, yeni bir vasi atanabileceği gibi kendileri de atanacak olan kişiyi belirleyebilirlerdi.

Iust. Ins. 1. 23. 6.:

"***Quod si tutor adversa valetudine vel alia necessitate impeditur, quo minus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit vel infans sit, quem velit actorem periculo ipsius praetor vel qui provinciae praeerit decreto constituet***."

[277] D. 27. 1. 2., ***Modestinus*** (***Excusationum*** lib. 2)

[278] D. 27. 1. 4., ***Modestinus*** (***Excusationum*** lib. 2)

[279] UMUR, s. 145; BORKOWSKI, s. 142; ROBY, s. 116, 117.

“Vasi, sağlığı bozuk olduğu için veya başka bir zaruret dolayısıyla vesayet altındakinin işlerini takip edemiyorsa, ve vesayet altındaki hazır değil veya yedi yaşından küçükse (***infans***), ***praetor*** veya eyalet valisi, sorumluluk kendisine ait olmak üzere vasi tarafından seçilen bir yardımcıyı (***actor***), bir kararla tayin eder.”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VESAYETİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I - VASİNİN HAK VE YETKİLERİ

Sui iuris statüsünde bulunan bir küçüğe veya kadına vasi tayinindeki esas amaç, küçüğün sahip olduğu mamelekin en iyi şekilde yönetiminin sağlanmasıydı. Bununla birlikte, küçüğe atanan vasinin yetkileri, özellikle Klasik Hukuk Dönemi'nde yapılan bazı değişikliklerle genişletilmişti. Örf-adet hukukunun da etkisiyle, vasi vesayet altındaki küçüğün şahsına da özen göstererek, onun yetişmesiyle ilgili tedbirleri almalıydı. Ancak bu tedbirler, küçüğe bizzat terbiye verilmesini içermemekle birlikte, isterse vasi bu şekilde de davranabilirdi[280].

---

[280] Çağdaş hukukumuzda, çocuğun kişiliği ve malları ile ilgili olarak ve çocuğun temsili konusunda ana ve babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tümü velayetin kapsamını oluşturmaktadır. Velayetin gereği olarak çocuk ana ve babanın egemenliği altındadır ve yasal bir neden bulunmadan çocuk ana babadan alınamaz. Ana ve babanın çocuk üzerindeki egemenlik hakkı mutlak haklardandır. TMK. md. 339 gereğince ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini gözönünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Ana ve babanın çocuğu eğitmek konusundaki hak ve yükümlülüğü çok geniş kapsamlıdır. Ana baba çocuğa genel eğitim vermek, ona toplum içinde, diğer kişiler karşısında nasıl davranması gerektiğini öğretmekle yükümlüdür.

Vesayet ilişkisinde ise, vesayet altındaki kişi küçük ise, vasi onun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, vasi bu konuda ana ve babanın yetkilerine sahiptir (TMK. md. 445). Kısıtlılar üzerine konulan vesayette, vasi, kısıtlıyı korumak ve bütün kişisel işlerinde ona yardım etmekle yükümlüdür. Geckmesinde sakınca bulunan hallerde vasi, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlere göre kısıtlıyı bir kuruma yerleştirebilir veya orada alıkoyabilir ve durumu derhal vesayet makamına bildirir (TMK. md. 447).

Vasinin vesayet altındaki kişinin şahsı üzerindeki yükümlülüğü, küçüğün yetişeceği yeri ve tarzı tespit ederek, ona nezaret etmek ve gerekli masrafları, küçüğün mamelekinden karşılamaktı. Bunun yanında vasinin esas görevi mamelekin idaresiydi[281]. Klasik Dönem'de vasilik sıfatı ile mamelekin idaresi ayrı şeylerdi. İlk dönemlerde ise, vasilik bir yükümlülük değil, bir hakimiyet olarak kabul edildiğinden bu hakimiyeti bizzat kullanıp kullanmamak, yani malların idaresi vasinin takdirine bırakılmıştı. Hatta bu dönemde, vasiye bir dava açmak söz konusu bile olmamaktaydı. Bu dönemde vasi, küçüğün bakımı, terbiyesi, eğitimi gibi işlerle ilgilenmemekteydi. Küçük genellikle, annesi ve yakın akrabalarıyla birlikte kalırdı[282].

D. 27. 2. 1. pr., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 34):

" ***Solet praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alentur, vel morentur..... Et solet ex persona, ex condicione et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit et nonnumquam a voluntate patris recedit praetor***."

" Vesayet altındaki küçüklerin nerede bakılıp, büyütüleceğine alışıla gelen şekilde ***praetor*** karar verirdi.... Genellikle küçüğün durumuna, içinde bulunduğu koşullara göre ve bazen de aile babasının talimatları çerçevesinde bu kararı alırdı."

Vasi mameleki idare ettiği süre boyunca, küçüğün taraf olduğu hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için icazet verme yükümü altındaydı. Vasi, vesayet altındaki kişinin mamelekini yönetirken, tüm mallarının bir defterini tutmaya

[281] AYİTER, s. 79; BORKOWSKI, s. 142; BUCKLAND, s. 153; LEE, s. 85.

[282] UMUR, s. 147; BORKOWSKI, s. 142.

mecburdu[283]. Bu deftere de malvarlığı ile ilgili yapılan her türlü değişikliklerin kaydedilmesi gerekli idi[284]. Bu, vasiye düşen bir yükümlülüktü. Bu görevini yerine getirmeyen vasinin kasıtlı olarak hatalı davrandığı düşünülmekteydi.

D. 26. 7. 7., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib.35):

"***Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium apellatur, dolo fecisse evidetur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit.*** "

"Bir mamelekin defterini tutmayan vasi, hukuksal geçerli bir nedeni olmadıkça hatalı davranmış sayılır."

Küçüğün zararına herhangi bir işlemin yapılması halinde bunu telafi amacıyla vasi, seçildiği anda belli bir teminat gösterme yükümü altına girerdi. Vesayet altındaki kişinin doğmuş veya doğacak zararı gerekirse bu teminat içinden karşılanırdı. Tüm bunların yanında vasinin dikkat etmesi gereken en önemli görevi, vesayet altındaki kişiyi korumasız olarak kendi haline bırakmamasıydı[285].

D. 26. 7. 30., ***Marcellus*** (***Digestorum*** lib. 21):

"***Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat***."

"Bir vasinin ana görevi vesayet altındaki küçüğü (***pupillus***) korumasız bırakmamaktır."

---

[283] TMK. md. 438 uyarınca, vasiliğe atanma kararının kesinleşmesi üzerine, vasi işe başlarken, vesayet altındaki kişinin malvarlıklarının defteri tutulur. Vesayet altındaki kişi temyiz kudretine sahipse, olanak bulunduğu takdirde defter tutulurken hazır bulundurulur.

[284] AYİTER, s. 80.

[285] BORKOWSKI, s. 143.

A. ADMINISTRATIO (YÖNETİM)

Vasi, vesayet altındaki kişinin mallarını dönemin koşullarına uygun bir şekilde yönetmekle yükümlüydü. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi'nde, vasinin mamelek üzerinde ilk hak sahibi olduğu kabul edilmekteydi. Daha sonraki dönemlerde ise, bu düşünce terkedilmişti. Vasi, kendisine güvenilerek küçüğün veya kadının mamelekinin yönetiminin bırakıldığı kişi olarak görülmekteydi[286]. Bu nedenle, vasi, vesayet altındaki kişinin mamelekinin zilyedi kabul edilmekteydi[287]. Vasi, idaresi altındaki bu malları yönetirken kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermeli ve buna göre hareket etmeliydi.

Romalıların ifadesine göre vasi, ***loco domini***, yani malik makamına, malik gibi kabul edilmekteydi. Vasi, vesayet altındaki kişiye ait olan mamelek üzerinde yatırım amacıyla serbestçe tasarrufta bulunabilirdi. Vasi yalnız, küçüğün mallarını ivazsız olarak temlik edemez, yani bağışlayamazdı. Bunun dışında her türlü tasarrufta bulunabilirdi[288]. Ancak bu konuda da getirilen bazı kısıtlamalar olabilmekteydi. Örneğin, ***Severus***, M.S. 195 yılında, vasiyetnamede belirtilen durumlar ve acil haller dışında şehir çevresinde bulunan alanlardaki arazilerin vasiler tarafından satışını yasaklamıştı. İstisnai durumlarda ise, ***magistra***'nın izni ile işlem yapılması mümkündü. Ancak, mevcut durum hakkında ***magistra***'yı tam

---

[286] TMK. md. 352'ye göre, ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler. Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetirken özen göstermek ve kendi mallarını yönetiyormuş gibi davranmak, çocuğun çıkarına en uygun yönetim biçimini seçmek zorundadırlar. Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse, hakim, malların korunması için uygun önlemleri alır. Aynı şekilde vasi de, vesayet altındaki kişinin malvarlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek zorundadır. Vasi, yönetimle ilgili hesap tutmak ve vesayet makamının belirlediği tarihlerde ve her halde yılda bir defa hesabı vesayet makamına incelenmek üzere sunmakla yükümlüdür (TMK. md. 454).

[287] AYİTER, s. 79.

[288] UMUR, s. 146; BUCKLAND, s. 154; ROBY, s. 103; BETTI, s. 68; VOLTERRA, s. 118.

olarak bilgilendirmemesi halinde, bu izin dahi vasiyi sorumluluktan kurtarmamaktaydı[289].

D. 27. 9. 1. pr.,***Ulpianus*** (***Edictum*** lib.35.):

"***Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distra here***."

"İmparator ***Severus***'un emirnamesi ile, vasilerin ve kayyımların kasaba ve şehir çevresinde bulunan mülkleri satmaları yasaklanmıştır."

Vasi, vesayet altındaki kişinin parasını iyi bir şekilde işletmek zorunluluğundaydı. Roma'da geçerli olan o zamanki düşünceye göre, bir sermayenin en iyi işletilme şekli onu gayrimenkule tahvil etmekti. Bu nedenle, vasinin, vesayet altındaki kişinin parasını gayrimenkule yatırması iyi bir yatırım olarak görülmekteydi. Ancak bu gayrimenkulün, vasi tarafından iyi seçilmiş ve vesayet altındaki kişiye yarar sağlayacak türden olması gerekliydi. Diğer bir ifade ile, vesayet altındaki kişiye bir faydası olmayan gayrimenkule yapılan yatırımlardan, vasi bizzat kendisi sorumluydu.

D. 26. 7. 7. 2., 3., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35):

"***Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut ratiam. Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, incipient in usuras conueniri.*** "

"Vesayet altındaki kişiye yararı olmayan bir emlağın alınması gibi, vasinin kötü bir anlaşma yapması halinde, vasi aleyhine dava açılabilir. Eğer para

[289] BUCKLAND, s. 154.

teminat olarak verildikten sonra emlağın alınması ihmal edilmişse, vasi bu paranın faizinden sorumlu olacaktır."

Roma'da o dönemin şartlarında altın, yani para, gayrimenkul kadar emin görülmemekteydi. Altının işletilmesi, paranın faiz ile karz olarak verilmesi şeklinde olacağından, riski yüksek bir yatırım olarak görülmekteydi. Vasinin, belirli bir süre vesayet altındaki kişinin parasını işletmesi durumlarında, işletilen paranın faizini göstermesi gerekliydi. Bu parayı vasinin kendi hesabına kullandığının anlaşılması halinde, ceza olarak, o dönemde kabul edilen en yüksek oran üzerinden faiz ödemesi gerekirdi[290].

D. 26. 7. 7. 4., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35):

"***Pecuniae, quam in usus suos converterunt tutores, legitimas usuras praestant, sed hoc ita demum, si evindenter doceantur pecuniam in usus suos convertisse...***"

" Vasiler, kendi hesaplarına kullandıkları vesayet altındaki kişinin parasının kanuni faizini öderler. Ancak bu durumun açıkça görülebilir olması gereklidir."

Vasi, vesayet altındaki kişiye ait mallardan, zamanla değerini kaybedecek veya bozulabilecek olanları elden çıkarmaya veya paraya çevirmeye mecburdu[291]. Ancak vasi, ***magistra***'nın iznini almadan vesayet altındaki kişiye ait

[290] BUCKLAND, s. 154.

[291] Çağdaş hukukumuzda da vasinin en önemli görevi vesayet altındaki kişinin malvarlığının en iyi şekilde idare edilmesi ve bu amaçla gerekli önlemlerin alınmasıdır. Bu nedenle, kıymetli evrak, değerli eşya, önemli belge ve benzerleri, malvarlığının yönetimi bakımından bir sakınca yoksa, vesayet makamının gözetimi altında güvenli bir yere konulur (TMK. md. 439). Vesayet altındaki kişinin menfaati gerektirirse değerli şeylerin dışındaki taşınırlar, vesayet makamının vereceği talimat uyarınca açık artırma ile satılır (TMK. md. 440). Vesayet altındaki kişinin kendisi veya malvarlığının yönetimi için gerekli olmayan paralar, faiz getirmek üzere, vesayet

olan, şehirlerde veya şehir dışında bulunan zirai gayrimenkulü temlik ve rehnedemezdi. Klasik Hukuk Sonrası Dönem'de, M.S. 4. yy.'da vasinin menkul veya gayrimenkul hiçbir malı temlik edemeyeceği ve elinden çıkaramayacağı hükmü kabul edildi.

Vasi, vesayet altındaki kişinin borçlarını kapatmak için biran önce gerekli girişimlerde bulunmalıydı. Ayrıca alacak hakları hakkında, kontrol makamı olan ***magistra***'ya daimi haber vererek emin görünmeyen alacakları tahsil yoluna gitmeliydi. Vasi, sosyal geleneklerin makul gördüğü hediyeler haricinde, vesayet altındaki kişinin mallarını bağışlayamazdı[292].

Vasi, vesayet altındaki kişinin yararına, açılan davada savunma yapabilir veya kendisi dava açabilirdi. Vesayet altındaki kişinin taraf olduğu anlaşmazlıklarda, vasisi bulunduğu kişiyi temsil ederdi. Ancak, her dava için tek başına hareket edemezdi. Vasi, ***ius gentium*** davalarında vesayet altındaki kişi namına davaya katılırdı. Aynı durum ***ius civile*** davalarında mümkün olmamaktaydı[293].

Iust. Ins. 4. 10. pr.:

"***Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno veluti procuratorio tutorio curatorio, ...***"

---

makamı tarafından belirlenen milli bir bankaya yatırılır veya hazine tarafından çıkarılan menkul kıymetlere çevrilir (TMK. md. 441). TMK. md. 357'ye göre, ana ve baba faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemezler. Ana ve baba çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse hakim, malların korunması için uygun önlemleri alır.

[292] AYİTER, s. 81.

[293] BUCKLAND, s. 155.

"Bir kimse, gerek kendisi için, gerekse başkası namına dava ikame edebilir. Başkası namına, vekil olarak, vasi olarak ve kayyım olarak dava açabilir."

Vasi, mamelek üzerinde her türlü tasarruf işlemini yapabilirdi. Vasinin, vesayet altındaki kişi adına davada bir savunma yaptığı veya onun adına bir dava açtığı durumlarda, vesayet altındaki kişinin duruşmada hazır bulunmaması halinde vasinin, bu kişiye ***auctoritas*** vermekten ziyade kendinin bu oturumlarda şahsi olarak hareket etmesi daha mantıklı kabul edildi. ***Antonius Pius*** zamanından itibaren ise, ***actio iudicati***[294] davası doğrudan vesayet altındaki kişiye karşı veya onun tarafından açılabilmekteydi[295].

Vasi vesayet altındaki kişi lehine hukuki işlemleri yapabilirdi. Ancak, vesayet altındaki kişi, vasinin yaptığı bir işlemle, direkt olarak bir malı iktisap edemezdi. Vasi yeni bir hukuki işlemle iktisap ettiği malı, vesayet altındaki kişiye devretmesi gerekirdi[296]. Ancak, temsil müessesesinin sınırlı tutulmuş olması nedeniyle, bu durum mümkün bulunmamaktaydı. Romalılar bu durum için bir çözüm yolu geliştirmişlerdi. Uygulamada vasi, hukuken elde ettiği mülkiyetten ve diğer haklardan vesayet altındaki kişiyi, vesayetin sonuna kadar fiilen istifade ettirirdi. Vesayet bittiği anda ise, mülkiyeti bu kişiye devrederdi. Bunun yanında başka bir yola daha başvurulmaktaydı. Buna göre, vasi, yaptığı işlemleri, vesayet altındaki kişiye ait köle ile yaptırmaktaydı. Böylece elde edilen haklar ("Kölenin elde ettiği her şey efendinindir", kuralı gereği) köle vasıtasıyla vesayet altındaki kişiye intikal ederdi[297]. Daha sonraki dönemlerde ise, temsil müessesesinin alanı

---

[294] ***Actio iudicati***, ***formula*** usulünde mahkum olduğu halde hakimin kararını yerine getirmeyen kimseye karşı açılan icra davasıydı. Bu dava ile davalı, ya mahkumiyet kararı bulunmadığı veya mahkumiyet miktarını ödemiş olduğunu ileri sürerek, haksız yere inkar edecek olursa, iki misline mahkum edilirdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 9; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 26.

[295] BONFANTE, s. 601; BUCKLAND, s. 155; D. 26. 7. 2. pr., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 9)

[296] UMUR, s. 146.

[297] AYİTER, s. 80.

genişletilerek, önce zilyetlik, sonra ise mülkiyet iktisapları için uygulanması yoluna gidildi.

Vasi, ***praetor*** mirasçılığını vesayet altındaki küçük adına kazanabilmekteydi[298]. ***Ius civile*** mirasçılığını ise, İmparatorluk dönemi sonuna kadar kazanamamaktaydı[299]. Klasik Sonrası Dönem'de vasi, küçüğün mirasını onun nam ve hesabına kabul edebiliyordu. Böylece tereke derhal küçüğe intikal etmiş oluyordu[300].

Anlaşmalar ise, daha şahsi kabul edilmekteydi. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi'nde, vasinin, vesayet altındaki kişi adına yaptığı anlaşmalar kendi adına hüküm teşkil etmekteydi. Bu nedenle vasi yaptığı kötü anlaşmalardan da kendisi sorumluydu.

D. 26. 7. 7. 2., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35):

"***Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint,...*** "

"Kötü bir anlaşma yapmaları halinde, vasilere karşı bir vesayet davası açılması mümkündür..."

Yapılan anlaşmalarda, vesayet altındaki kişinin hiçbir hakkı ve sorumluluğu doğmamaktaydı. Klasik Dönem sonlarında bu konuya da bir çare bulunulmasına çalışıldı. Vasi, vesayet altındaki kişi adına yaptığı taahhüt işlemlerinden dolayı, kendisi sorumluydu. Bu taahhüt işlemlerini kendi mamelekinden karşılaması

---

[298] TMK. md. 358 uyarınca, ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı ana ve babanın yönetimi dışında bırakılabilir. Miras bırakan yönetimi bir üçüncü kişiye bırakmışsa, tasarrufunda bu kişinin belirli zamanlarda sulh hakimine hesap vermesini öngörebilir.

[299] BUCKLAND, s. 155.

[300] UMUR, s. 146.

gerekliydi[301]. Bu amaçla, vesayet ilişkisinin başlamasıyla birlikte vasinin ilerde doğabilecek zararları karşılamak amacıyla bir teminat göstermesi gerekliydi.

B. SATISDATIO (TEMİNAT)

Vasinin en önemli görevlerinden biri de, vesayet altındaki kişinin mallarının korunması ve iyi bir şekilde idare edilmesiydi. Vasinin mallar üzerinde yaptığı tasarruflardan, vesayet altındaki kişinin zarar görmemesi amacıyla, bir nevi vasinin kötü idaresini önlemek için, vasiden bir teminat göstermesi (***rem salvam pupillo fore***)[302] istenmekteydi. Böylece vesayet altındaki kişinin malları güvence altına alınıyordu. Vasinin, vesayet altındaki kişiyi zarara uğratması halinde, oluşan zarar bu teminat içinden karşılanıyordu[303].

Vasiyetname ile belirlenen vasi haricindeki diğer vasiler, vesayet altındaki kişinin mamelekinin korunması amacıyla, o kişiye bir güvence verme borcu altına girmekteydiler[304]. Bu nedenle, teminat göstermek, isteğe bağlı değildi, yani vasi için bir zorunluluktu[305]. Ancak bunun da istisnaları bulunmaktaydı.

---

[301] AYİTER, s. 74.

[302] Buradaki ***satisdatio*** terimi ***cautio*** anlamında kullanılmıştır. ***Cautio rem pupillo salvam fore***, vasinin vesayet altında bulundurduğu küçükle, onun temyiz kudretine sahip olmaması durumunda bir kölesiyle veya bizzat ***magistra*** ile yaptığı ve küçüğün mamelekini eksiltmeyeceğine dair taahhüt altına girdiği bir ***praetor stipulatio***'suydu. Bkz. ARANGIO-RUIZ, s. 500; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 471; GUARINO, s. 633; VOLTERRA, s. 106; MARRONE, s. 353; SOLAZZI, tutele e curatele, s. 22; UMUR, lugat, s. 35; MONIER, s. 327.

[303] TMK. md. 401 uyarınca, aile meclisi üyeleri, görevlerini gereği gibi yerne getireceklerine dair güvence vermek zorundadırlar. Bu zorunluluk nedeniyle, güvence sağlanmadanözel vesayet kurulamaz.

[304] ***Gaius***, Ins. 1. 199; Iust. Ins. 1. 24. pr.; D. 26. 4. 5. 1. ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35), bu üç kaynak da vasinin vereceği teminatı değişik açılardan ele almaktadır; SOLAZZI, tutoris auctoritas, s. 529; BUCKLAND, s. 153; BORKOWSKI, s. 143; SOLAZZI, tutele e curatele, s. 5; LEE, s. 87; GUARINO, s. 633; AYİTER, s. 83, ***praetor*** tarafından tayin edilen vasiden (***tutor***

D. 26. 2. 17. pr., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35):

"***Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore certo certius est***."

"Vasiyetname ile atanan vasiler, vesayet altındaki kişiye ait mamelekin güvende olacağına ilişkin olarak güvence vermeye zorlanamazlar."

Iust. Ins. 1. 24. pr.:

"***Ne tamen pupillorum pupillarumve et eorum, qui quaeve in curatione sunt, negotia a tutoribus curotoribusve consumantur aut deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum: nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et dilidentia ab ipso testatore probata est: item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt***."

"Vesayet altında bulunan kişilere ait mamelekin, vasiler tarafından sarf edilmesine veya eksiltilmesine mani olmak için ***praetor***, vasilerin teminat (***satisdatio***) vermelerine nezaret eder. Fakat bu daima mümkün değildir. Vasiyet yoluyla tayin edilen vasiler teminat vermeye zorlanamazlar, çünkü onların sadakat (***fides***) ve ihtimamı (***diligentia***) bizzat vasiyetçi tarafından tespit edilmiştir. Talep üzerine verilmiş olan vasiler (***tutor dativus***) de teminat göstermek mecburiyetinde değildirler, çünkü onlar, uygun ve emniyetli görülerek seçilmişlerdir."

---

dativus) bir teminat istenmeyebilirdi. Çünkü bu kişi zaten güvenilir olması nedeniyle bu göreve getirilirdi.

[305] SOLAZZI, Silo: L'eta del tutore, Roma 1920, s. 32.

Ancak daha sonraki dönemlerde, vesayet altındaki kişiye verilen yetkiyle, vasinin tüm mameleki üzerinde bir ipotek hakkı bulunduğu kabul edildi. Bu şekilde vasi, küçüğe karşı olan muhtemel borçları için, kendisine ait mallar üzerinde küçüğün menfaatine bir kanuni ipotek kurmaktaydı. İlk vesayet çeşitlerinden olan, kanuni ve vasiyetname ile belirlenen vesayette şekil şartları ve kurallar daha katı bir biçimde uygulanmaktaydı. İlerleyen dönemlerde, ***magistra*** tarafından da vasinin atanmasıyla, şekil şartları biraz daha esneklik kazandı. İlk dönemlerde, vasi açısından teminat vermek bir zorunlulukken, daha sonraki dönemlerde bu teminatın verilmesine ihtiyaç duyulmamaya başlandı[306].

Iust. Ins. 1. 20. 4.:

"***Sed ex his legibus pupillus tutores desierunt dari, posteaquam primo consules pupilles utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus. Nam supra scriptis legibus neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavetur***."

"Emirnameler gereğince, önce ***consul***'ler ve sonraları ***praetor***'lar, kız ve erkek küçüklere, talepleri üzerine vasi tayin etmeye başlayınca, ***lex Atilia*** ve ***lex Iulia et Titia*** uyarınca[307] vasi tayini usulü ortadan kalktı. Bu kanunlara göre, ne vasiyet altında bulunan kimsenin menfaatlerinin teminat altına alınması için vasilerden bir teminat istenmekte, ne de vasilerin vesayet idaresini ele almaları için onları tazyik etmek imkanları tanınmaktaydı."

Vasinin ne kadar teminat göstereceği belli durumlara göre değişmekteydi. Verilecek teminat, ayni veya şahsi bir teminat şeklinde olabilirdi. Aynı zamanda, verilecek teminatın vesayet altındaki kişinin mamelekiyle orantılı olması da

[306] AYİTER, s. 83.

[307] Bkz. yukarıda s. 53.

gerekirdi. Vasinin kendi çevresinde, güvenilir ve iyi bir kişi olarak tanınması durumunda, ***praetor*** teminat verilmemesine karar verebilmekteydi[308]. Bunun tam tersi durumlarda, yani vasinin güvenilmez ve hilekar bir kişi olarak toplum tarafından tanınması durumlarında, ***praetor*****,** verilmesi gereken teminat miktarını kendisi belirleyebilmekteydi.

D. 26. 4. 5. 1., ***Ulpianus***, (***Edictum*** lib. 35):

"***Sed etiam hos cogi satisdare certum est, in tantum ut etiam rem saluam fore satisdare prelisque videatur. Sed hoc causa cognita praetoremstatuere debere melius est, utrum debeat satisdare patronus liberique eius an non, ut, si persona honesta sit, remittatur ei satisdatio et maxime, si substantia modica sit: si autem patroni persona vulgarisvel minus honesta sit, ibi dicendum est satisdationemlocum habere: ut aut modus tutelae aut persona aut causa admttat satisdationem***."

" Vasi, ve vasinin, bir aile babası veya aile babasının oğlu veya diğer oğulları olması hallerinde bu kişiler, vesayet altındaki kişiye ait malın güvende olacağına dair bir teminat vermeye zorlanabilirler. ***Praetor***'un, bu kişilerin karakterlerinin güvenilir olup olmadığı konusunda karar verip, ona göre teminata hükmetmesi veya teminattan affetmesi mümkündür. Ayrıca, vesayetin çeşidi veya vasinin karakteri veya içinde bulunulan durum teminatın verilip verilmeyeceği üzerinde etkili olur."

C. AUCTORITATIS INTERPOSITIO

Auctoritas, vesayet altında bulunan kişinin yapmak istediği bir hukuki işlem sırasında vasinin hazır bulunarak iradeyi tamamlaması anlamına

[308] Iust. Ins. 1. 24. 3.

gelmekteydi[309]. Burada ***auctoritas***[310] her ne kadar izne benzer bir kavram gibi, görünse de, izinden daha geniş bir anlama geldiği düşünülmektedir. Bu nedenle açıklamalarda, "izin" kelimesi yerine "***auctoritas***" teriminin kullanılması daha uygun olacaktır.

Roma'da bazı hukuki işlemler, sözlü ve şekle bağlı olarak yapılabildiğinden, konuşamayan ve şekilleri idrak edemeyen şahısların bunları yapmasına imkan yoktu[311]. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi'nde küçükler[312] (***infans***) tam hukuki işlem ehliyetine sahip olmamaları nedeniyle, kendi başlarına hukuki işlemleri yapamamaktaydılar. Bu gibi işlemlerin küçüğün namına fakat başka birisi tarafından yapılması gerekliydi. Küçüğe karşı zorlayıcı hüküm içeren borç doğurucu işlemlerde vasinin ***auctoritas***'ı, bir nev'i izni gerekliydi. Vasinin verdiği bu ***auctoritas***'a ***auctoritas tutoris*** denmekteydi[313].

---

[309] ARANGIO-RUIZ, s. 499; UMUR, Roma Hukuku, s. 147; HUVELIN, s. 377; BURDESE, s. 274; SOLAZZI, Silo: "Tutoris Auctoritas e Consortium", Scritti di diritto romano, IV (1938-1947), Napoli 1963, s. 527; MARRONE, s. 350; GUARINO, s. 635.

[310] ***Auctoritas***, garanti etmek, izin, icazet vermek, himaye etmek anlamlarına gelmektedir. Ancak burada, izin vermek anlamına yakın bir anlamda kullanılmaktadır. Bkz. Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 65.

[311] AYİTER, s. 70.

[312] Küçükler ikiye ayrılmaktaydı. İlk gruba girenlere ***infans*** denmekteydi. Bunlar, 0 – 7 yaş arası küçüklerdi. "***Infans***" terimi, konuşamayan çocuk (***quai fari non possunt***) anlamına gelmekteydi. Bu küçükler, mutlak ehliyetsizdi, fiili işlem ehliyetleri hiç bulunmamaktaydı. İkinci gruptakiler ise, ***impubes (impubes infantia maior***) olarak isimlendirilmekteydi ve 7 – 14 yaş arasındaki küçükleri kapsamaktaydı. Bunlar tam ehliyetsiz olmamakla beraber, vasilerinin izni ile (***auctoritatis***) hukuki işlemleri yapabilmekteydiler. Ancak, bu küçükler, evlenemezler ve vasiyetname düzenleyemezlerdi. İktisap muamelelerini kendi başlarına yapabilmelerine karşın, borç doğurucu işlemi yapamazlardı. Bunlar için vasinin iznine ihtiyaç vardı. ***Pupillus*** ise, vesayet altındaki küçüğe verilen genel isimdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 174; OĞUZOĞLU, s. 113; ÇELEBİCAN, s. 205; BORKOWSKI, s. 139; AYİTER s. 72; GUARINO, s. 634; D. 50. 16. 239. pr., ***Pomponius*** (***libro singulari enchiridii***).

[313] Roma Hukuku'nda kabul edilen bu durum aynen çağdaş hukuk düzenlerimize de geçmişti. TMK. md. 451'e göre, temyiz kudretine sahip olan vesayet altındaki kişi, vasisinin açık veya

Vasinin, bizzat işleme katılmaması durumunda, işlemin vesayet altındaki kişiyi bağlayan tarafı geçerli olmamaktaydı[314]. Örneğin, küçük, ***ius civile***'nin şekle bağlı tuttuğu bir ***mancipatio*** işlemini yaparken vasisi yanında ise, işlem – vasisinin ***auctoritas***'ı olduğundan – geçerli olurdu ve mülkiyet nakledilirdi. Yani, işlemden doğan borç ve alacak hakları, derhal işlemi yapmış sayılan vesayet altındaki kişi üzerinde kurulurdu. Ancak sahte bir vasinin ***auctoritas***'ı ile yapılan işlemlerde işlemin karşı tarafı, iyiniyetli olması halinde korunurdu[315].

D. 2. 13. 2., ***Gaius*** (***Edictum provinciale*** lib. 6):

"***Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse, sed et si deceptumfalso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur***."

"Baliğ olmayan küçükten satın alan, vasinin ***auctoritas***'ı bulunduğunu ve bunu yasaklayan bir hüküm olmadığını ispat etmelidir, fakat kandırılarak sahte bir vasinin ***auctoritas***'ı ile satın almışsa, iyiniyetle satın almış kabul olunur."

İşlem yapılırken vasinin orada bulunmaması halinde ise, işlem geçerli olmazdı ve mülkiyet yine küçükte kalırdı. Bu şekilde, vesayet altındaki kişinin vasiyette bulunma ve evlenme hariç tüm hukuki işlemleri yapması mümkündü[316].

örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir. Yapılan işlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hakimin belirleyeceği uygun bir süre içinde onanmazsa, diğer taraf bununla bağlı olmaktan kurtulur. Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zararlardan sorumlu olur.

[314] Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 65; UMUR, lugat, s. 27; TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1975, s. 82.

[315] ERDOĞMUŞ, Belgin: Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana in Rem, İstanbul 1984, s. 80.

[316] UMUR, s. 147.

Yani, iki taraflı bir hukuki işlem yapan küçüğün, yaptığı işlemin bütünüyle geçerli olabilmesi için vasinin, işlemde hazır bulunarak ***auctoritas***'ını koyması gerekliydi.

Vesayet altındaki kişinin hazır bulunmadığı durumlarda, doğrudan doğruya temsilin olmaması nedeniyle, vasi, gereken tasarruf ve taahhüt işlemlerini kendi yapar ve bu işlemler sonunda kendi iktisapta bulunurdu. Roma Hukuku'nun şekle bağlı – ***mancipatio***, ***in iure cessio***- işlemlerinde, başkasının adına iktisap etme olanağı yoktu. Bu nedenle vasi, kendi adına bizzat iktisapta bulunur ve iktisap ettiği malı sonra vesayet altındaki kişiye devrederdi[317].

M.S. 407'de küçüğün ***infantia*** sayılma yaşı yedi yaş ile sınırlandırılmıştı[318]. Henüz konuşamayan bir küçük, aklını da kullanabilecek bir yaşta değildir. Bunun yanında, konuşabilen bir küçüğün de mutlaka aklını kullanabilecek durumda olduğu düşünülmemelidir. Bu durumdaki küçük için, ***infantiae proximus***, bu dönemi geçen küçük için ise, ***pubertati proximus*** terimleri kullanılmaktaydı. Ancak bu dönemleri belirlemek için herhangi bir yaş sınırı bulunmamaktaydı. Bunun yanı sıra, vesayet altındaki kişi, temyiz kudretini elde etmiş olduğu düşünülen ***infantia maior***[319] halini kazandığı zaman birçok hukuki işlemi bizzat kendisi yapabilirdi. Tabi bu işlemlerin geçerliliği için de ***tutor***'un ***auctaritas***'ı gerekmekteydi[320].

Vesayet altındaki küçük belli bir döneme geldiğinde ancak, ***auctoritas interpositio*** mümkün olabilmekteydi[321]. Bunun için küçüğün, vasinin yapacağı işlemi anlayabilecek kadar aklının yeterli olması gerekliydi. Fakat mantık kuralları

---

317 AYİTER, s. 74.

318 BONFANTE, s. 600; C. 6. 30. 18.; D. 23. 1. 14. ***Modestinus***, (***Differentianum*** lib. 4); D. 26. 7. 1. 2. ***Ulpianus***, (***Edictum*** lib. 35)

319 Nuova Dizionario Giuridico Romano, s. 250, ***Infantia maior*** terimi, 7 - 14 yaş arasındaki küçükler için kullanılmaktaydı.

320 AYİTER, 80.

321 ***Gaius***, 3, 109; D. 29. 2. 9., ***Paulus*** (***Sabinum*** lib. 2)

çerçevesinde, ***infans*** veya ***infantiae proximus*** durumunda bulunan küçük için ***auctoritas***'ın mümkün olmadığı düşünülmekteydi[322].

Klasik Öncesi Hukuk Dönemi'nden itibaren, ***infans*** konuşamadığı durumlarda, hukuki işlem yapamamaktaydı. Bu konuda, Cumhuriyet Sonrası Dönem'de vasinin yetkileri hakkında, doğrudan bir kaynak bulunmamaktadır. Küçüğün konuşabildiği durumlarda, yapılan hukuki işlemin tarafı olması mümkündü. Ancak kendisinin de belli bir yükümlülük yüklendiği anlaşmalar, vasisinin iznine tabiydi[323]. Klasik Dönem'den itibaren, küçüğü zarara uğratabilecek tüm anlaşmalar için, vasinin ***auctoritas interpositio***'su gerekli görülmekteydi[324]. Eğer ***tutor***, bu işlemleri uygun görmüş ve iznini vermişse, yapılmalarında hiçbir mahzur kalmamış demekti. Bu izin yoksa, işlem ***ius civile*** gereğince hükümsüzdü[325].

Vesayet altındaki küçüğün taraf olduğu tüm anlaşmalar için vasinin ***auctoritas***'ının alınması şart değildi. Bazı durumlarda küçük kendi başına işlem yapabiliyor ve bu işlemler de geçerli sayılıyordu. Küçük yararına sonuç doğuran ve küçüğü bağlamayan anlaşmalarda vasinin iznine gerek duyulmamaktaydı. Ancak küçük bu işlemleri yaparken, en yakın mirasçısı olan vasisinin zararına da bir hukuki işlem yapmamalı idi[326].

Gaius, Ins. 3. 107, 108.:

"***Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, velut si ipse obligetur; nam***

---

[322] BUCKLAND, s. 157; BORKOWSKI, s. 143.

[323] D. 26. 8. 3., ***Paulus*** (***Sabinum*** lib. 8)

[324] WATSON, s. 132.

[325] GUARINO, s. 636; BONFANTE, 599, BORKOWSKI, s. 144; BUCKLAND, s. 157; AYİTER, s. 71; ERDOĞMUŞ, s. 81.

[326] AYİTER, s. 71; BUCKLAND, s. 158.

alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt."

"Vesayet altındaki küçük, vasisinin ***auctoritas***'ını almak şartıyla istediği işlemi yapabilir ve kendisini borç altına sokabilir. Sadece karşı tarafı borçlandırıcı işlemleri ise, tek taraflı olarak, vasinin ***auctoritas***'ını almadan yapabilir. Aynı durum vesayet altındaki kadınlar için de uygulanır."

Auctoritatis interpositio da, Klasik Hukuk Dönemi'nde olduğu gibi, küçüğün çıkarlarının zarar görebileceği durumlarda devreye girmekteydi. Vasi kendisine ait bir iş için, vesayet altındaki kişiye ***auctoritas***'ını verememekteydi. Böyle bir işlemde vasi, işlemin her iki tarafında bulunan kişi olarak görülmekteydi. Bu şekilde verilen ***auctoritas*** geçersiz ve zenginleşme kapsamında doğal borç (***naturalis obligatio***) sayılmaktaydı[327]. Yani bir tarafın vasi, diğer tarafın ise, vesayet altındaki kişi olarak görüldüğü işlemleri yapmak mümkün olamamaktaydı[328].

Iust. Ins. 1. 21. 3.:

" ***... quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest ...***"

" ... vasi kendisine ait bir iş için ***auctoritas*** veremeyeceğinden,..."

Vesayet altında olan kişinin başkalarına bir şey verme vaadinde bulunması durumlarında, vasinin bu işlem için ***auctoritas*** (izin) vermesi gerekliydi. Karşılıklı borç doğuran alım satım (***emptio venditio***), ***locatio conductio*** (kira, hizmet, istisna akitleri), vekalet (***mandatum***), vedia (***depositum***) gibi akitlerde, vasinin ***auctoritas***'ı yoksa, vesayet altında bulunan kişilerle akit yapmış olanlar borç

---

[327] BUCKLAND, s. 158; ***Gaius***, 2. 83.; Iust. Ins. 1. 21. pr.; D. 26. 8. 9. ***Gaius***, (***Edictum prouinciale*** lib. 12)

[328] AYİTER, s. 80; ROBY, s. 100; BUCKLAND, s. 158.

altına girerler fakat vesayet altında bulunanlar borçlanmazlardı[329]. Vasinin ***auctoritas***'ı olmadan miras kabul etmeleri de mümkün değildi[330].

Iust. Ins. 1. 21. 1.:

"***Neque tamen hereditatem adire neque bonorum possessionempetere neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt nisi tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit neque ullum damnum habeat.***"

" Vesayet altındaki kişiler, menfaatlerine uygun olduğu ve kendilerine hiçbir zarar vermediği halde, vasinin ***auctoritas***'ı olmadan, ne bir miras kabul edebilirler, ne bir ***bonorum possessio*** (***praetor*** mirasçılığı) talebinde bulunabilirler, ne de bir ***fideicomissium*** (muayyen mal vasiyeti) ile miras alabilirler."

Vasilikten ayrılmış olan eski vasi tarafından verilen izin için de aynı kural geçerli olmaktaydı. Yani bu vasinin de izni geçersiz olacaktı, ancak alıcının iyiniyeti korunacaktı. Bu konu açısından, küçüğün durumu ile kadının durumu arasında bir fark bulunmaktadır. Buna göre, borçlunun, ***auctoritas tutoris***'i bulunmayan küçüğe bir ödeme yapması halinde borcundan kurtulamazdı. Ancak kadınlarda bu durum farklıydı. Vasinin onayı olmadan kadına ödeme yapılırsa bu borç ödenmiş sayılıyordu[331].

---

[329] Iust. Ins. 1. 21. pr.; ERDOĞMUŞ, s. 82.

[330] BONFANTE, s. 607.

D. 26. 8. 9. 4., ***Gaius*** (***Edictum prouinciale*** lib. 12) : " ***Nec ex senatus consulto Trebelliano hereditatem recipere pupillus sine tutoris auctoritate potest***."

D. 26. 8. 9. 4., ***Gaius*** (***Edictum prouinciale*** lib. 12): "***Senatus consultum Trebellianum*** doğrultusunda, küçük, vasisinin izni olmadan miras alamaz."

[331] D. 26. 8. 9. pr., ***Gaius*** (***Edictum prouinciale*** lib. 12); WATSON, s. 134.

Gaius, Ins. 2. 83-85.:

" ***... mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solui possunt ... Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest,.... Mulieri vero etiam sine tutoris auctoritate recte solui potest ...***."

" ... vesayet altındaki küçüklere ve kadınlara, vasinin izni olmasa dahi bir borç ödemesi yapılabilir. ..... Ancak vasinin ***auctoritas***'ı olmadan, küçük için yapılan ödeme yapılmamış sayılmaktaydı. ..... Kadınlar ise, vasinin ***auctoritas***'ına gerek olmadan kendilerine borç ödemesi yapılmasını kabul edebilmektedirler."

Vesayet altındaki küçüğe varolmayan bir borç ödemesi yapılması halinde, burada borç ilişkisi doğmakta, ancak bu küçüğün iradesi dışında, kendiliğinden olmaktadır. Burada borç ilişkisi, akitten değil, geçerli bir hukuki sebep olmaksızın, bir şeyin karşı tarafa verilmesinden kaynaklanmaktadır[332]. ***Digesta***'da yer alan ***Iulianus***'a ait metne göre;

D. 26. 8. 13., ***Iulianus*** (***Digestorum*** lib. 21):

"***Impuberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant; nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur, quare et si non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut condictione teneantur.***"

[332] GÜNAL, Nadi: Roma Hukuku'nda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (*Condictio Indebiti*), Ankara 1996, s. 93.

"***Impuberes*** (ergen olmayanlar) bir şey söylemeseler bile, vasinin onayı ile karz olarak verilen parayı alırlarsa, iade borcu altına girerler. Eğer bu kişilere borç olmayan bir para ödenmişse, vasinin onayının bulunması, bunların iade borcu ile sorumlu tutulmaları için yeterlidir."

Metinden de anlaşıldığı üzere vesayet altındaki küçüğün borç altına girebilmesi için mutlaka vasisinin onayı gerekliydi. Bir borç ilişkisinin geçerli olduğu durumlarda dahi, borçlunun borcundan kurtulabilmesi için, küçüğe borcunu öderken vasinin onayını alması şarttı. Aksi halde küçüğe borçlu olan kişi borcundan kurtulamazdı. ***Digesta***'da da bu konuya ilişkin bir metin bulunmaktadır.

D. 46. 3. 66., ***Pomponius*** (***Plautio*** lib. 6):

"***Si pupilli debitor, iubente eo, sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus; set exceptione setueri potest. Si autem debtor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit.***"

"Eğer küçüğe borcu olan kişi, ona olan borcunu çocuğun isteği üzerine, fakat vasinin onayı olmaksızın, küçüğün alacaklısına öderse, küçük borcundan kurtulur, küçüğe borçlu olan kişi ise, borcundan kurtulamaz. Küçüğe borçlu kalmaya devam eder. Ancak küçüğe olan borcunu, alacaklısına ödediğini bir def'i olarak herzaman ileri sürebilir. Ayrıca, eğer küçüğün borçlusu değilse, ödediği paranın iadesini, varolmayan bir borcu ifa ettiği gerekçesiyle isteyemez. Çünkü küçük vasinin onayı olmadan borç altına giremez."[333]

[333] GÜNAL, s. 95.

Vasinin, yapılacak işlem sırasında hazır bulunarak, küçüğün menfaatine olduğunu düşündüğü şey hakkında ***auctoritas***'ını biran önce vermesi gerekmekteydi. Bir süre önce veya sonra ya da mektupla verilen ***auctoritas***, geçerli kabul edilmemekteydi[334].

D. 26. 8. 9. 5., ***Gaius*** (***Edictum prouinciale*** lib. 12):

"***Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, post tempus vero aut per epistulam interposita eius auctoritas nihil agit***."[335]

"Vasi anlaşma sırasında bizzat hazır bulunarak, yapılan işleme izin vermek zorundadır. Bunun yerine daha sonraki bir zamanda veya mektupla verilen izin geçersiz olmaktadır."

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde, anlaşmanın karşı tarafının, anlaşma yapıldığı sırada hazır bulunması şart değildi.

D. 26. 9. 6., ***Gaius*** (***Edictum provinciale*** lib. 12):

"***Etiamsi non exaudiat tutoris auctoritatem is qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc adprobetur , recte negotium geritur, veluti si absenti pupillo per epistulam vendam aliquid aut locem et is tutoris auctoritate consentiat***."

" Vesayet altındaki kişiyle anlaşmayı yapan karşı taraf vasinin iznini o anda duymasa dahi, bu iznin yazılı olarak teyit edilmesi halinde anlaşma geçerli sayılmaktaydı; aynen vesayet altında bulunan kişinin hazır bulunmaması halinde, vasinin izni ile anlaşmanın kurulması durumunda olduğu gibi."

---

[334] BUCKLAND, s. 157; BORKOWSKI, s. 145; BONFANTE, s. 601; Iust. Ins. 1. 21. 2.

[335] BONFANTE, s. 601.

II - VASİNİN SORUMLULUĞU VE VESAYET İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN KORUNMASI

A. VASİNİN SORUMLULUĞU

Roma Hukuku'nun gelişimi sırasında, kusursuz sorumluluk ilkesinin ve buna bağlı diğer ölçütlerin Klasik Hukuk Dönemi'nde egemen olduğu, ***Iustinianus*** Dönemi'nde ise, kusura dayanan sübjektif sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu görülmektedir. Buna karşın vesayette ise, daha farklı bir sorumluluk görülmekteydi. İlk dönemlerde sorumluluğu hafif olan vasi, ***Iustinianus*** Dönemi'nde, kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsünde (***diligentia quam suis***) hafif ihmallerinden dahi sorumluydu[336]. Bu dönemde mesuliyetin artmış olmasının nedeni, artık vesayetin bir hakimiyet olmaktan çıkıp bir kamu görevi (***munus publicum***) haline gelmiş olmasıydı[337].

Vasinin ilk dönemlerde, vesayet altındaki kişiden ziyade kendi menfaati için hareket eden kişi olması, sorumluluk bakımından ancak ***dolus*** (kast)'tan dolayı sorumlu olacağı fikrini ortaya çıkarmıştı[338]. Vesayetin vasiyi sorumluluk altında bırakmaması ve vasinin yaptığı işlemlerin vasinin menfaatine sonuç doğurması nedeniyle, vasinin sorumluluğundan bahsetmek imkansızdı. Vasinin ancak

---

[336] TMK. md. 467 uyarınca, vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışlarıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zararlardan sorumludur. Bunun yanında, vesayet organları ve vesayet işleriyle görevlendirilmiş olan diğer kişiler, bu görevlerini yerine getirirlerken iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlüdürler (TMK. md. 466). Hukuk düzenimizde, aynen Roma Hukuku'nun son dönemlerinde kabul edildiği gibi vesayetin bir kamu görevi olması nedeniyle, devlet, vesayet dairelerinde görevli olanların hukuka aykırı olarak sebebiyet verdikleri zararlardan doğrudan doğruya sorumlu olduğu gibi; vasi, kayyım ve yasal danışmanlara tazmin ettirilemeyen zararlardan da sorumludur (TMK. md. 468).

[337] Bkz. yukarıda s. 74; UMUR, Roma Hukuku, s. 148; GUARINO, s. 631

[338] BORKOWSKI, s. 144; MARRONE, s. 353.

kasden hareket ederek, vesayet altındaki kişiyi zarara sokması halinde sorumluluktan bahsedilebilirdi.

Culpa[339] kavramı, Klasik Hukuk Dönemi'nde mevcut olmakla beraber, sözleşmeye dayanan sorumluluk alanındaki bazı durumlarda uygulama alanı bulmaktaydı. ***Iustinianus*** dönemi'nde ise, ***culpa*** ve bunun çeşitleri olan, "***culpa lata***" (ağır ihmal), "***culpa levis***" (hafif ihmal) ve "***culpa concreto***"[340] sorumluluk ölçütleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

"***Diligentia***"[341] (özen yükümü) ise, borç ilişkileri içindeki farklı sorumlulukların saptanmasına yarayan ayrı bir ölçüt olarak ***Iustinianus*** Dönemi'nde uygulanmaktaydı.

Klasik Hukuk Dönemi'nde, büyük ölçüde objektif sorumluluk özelliklerine sahip, özen göstermeyi kapsamına alan "***custodia***" sorumluluğunun bulunduğu bazı borç ilişkilerinde, borçlu beklenmeyen hallerden de (***casus***) sorumluydu[342]. Ancak "***casus***" terimi hiçbir zaman "***vis maior***" (mücbir sebep)'u kapsamamaktaydı. Bu nedenle Roma Hukuku'nun hiçbir dönemi'nde kişi "***vis maior***"den sorumlu tutulmamıştı. "***Vis maior***" halinde kusurun ortadan kalkacağı kesin olarak belirtilmişti[343].

---

[339] Klasik Dönem'den itibaren vasinin sorumluluğunun kökenini ***culpa***'nın oluşturduğu düşünülmekteydi. Bkz. DE ROBERTIS, M. Francesco : La responsabilita del tutore nel diritto romano, Bari 1960, s. 82; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 143; UMUR, lugat, s. 51.

[340] ***Culpa concreto***, belli bir ölçüye dayanarak, varolduğu tesbit edilen ihmaldi. Borçlunun tutumu, bizzat kendisinin, kendi işlerinde genellikle gösterdiği tutumla karşılaştırılarak, ihmalin varlığına veya yokluğuna karar verilirdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 50; MARRONE, s. 353.

[341] ***Diligentia***, malların idaresinde ve borçların ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve özendi. Bu dikkati göstermeyen borçlu kusurlu hareket etmiş sayılırdı. Bkz. UMUR, lugat, s. 59; DE ROBERTIS, M. Francesco: Culpa Tutoris, Bari 1960, s. 24.

[342] MACCORMACK, culpa, s. 151 vd.

[343] ZİLELİOĞLU, Hilal: Roma Hukuku'ndaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.: 39 No: 1-4, Ankara 1982-1987, s. 243.

1. KLASİK DÖNEM'DE VASİNİN SORUMLULUĞU

Klasik Hukuk Dönemi'nde vasinin sorumluluğu iki farklı açıdan ele alınabilir. İlk olarak, bu dönemde sorumluluk, en sık şekilde karşılaştığımız ***dolus*** (kast) ve ***culpa*** (kusur, ihmal) üzerine kurulmuştu. Klasik Öncesi ve Klasik Hukuk Dönemi başlarında sorumluluk ölçütü olarak ***dolus*** kabul edilmekteydi[344]. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi'nde vasinin kasttan (***dolus***) sorumlu olduğu konusunda fikir birliği varken, ne zaman ***culpa***'dan sorumlu tutulmaya başlandığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır[345].

Bu dönemde vasinin ***diligentia*** sorumluluğu bulunmaktaydı. Vasi, vesayet altındaki kişi için bir hukuki işlem yaparken kendi işlerinde gösterdiği özeni (***diligentia quam suis rebus***) göstermekle yükümlüydü. Bu özen yükümü sadece mevcut malların saklanması konusunda değil, bunların işletilmesi, satılması irat getiren diğer eşyalara çevrilmesi işinde de uygulanmaktaydı[346].

a) *Dolus* Sorumluluğu

"***Dolus***" (kasıt), en genel anlamıyla, hukukun saptadığı belli kurallara bilerek aykırı hareket etmek isteğidir. Yani, hukuka aykırılığı bilindiği halde,

---

[344] Cumhuriyet Dönemi'nde koca, çeyizin (***dos***) iadesi sırasında, hem ***dolus***'tan hem de ***culpa***'dan sorumluydu. Kocanın bu sorumluluğu sadece ***dos*** değeri ile sınırlı tutulmamıştı. Aynı zamanda, koca sorumluluğu oranında mahrum kalınan yararları da ödemekle yükümlüydü. Bkz. .MACCORMACK, Geoffrey: "Dolus in Republican Law", BIDR, Vol: 27 1985, s. 27; AYİTER, s. 82.

[345] MACCORMACK, Geoffrey: The Liability of the Tutor in Classical Roman Law, The Irish Jurist V.: 5 Part: 2, Winter 1970 Dublin, s. 369, "Miteis, Römishes Privatrecht adlı eserinde, vasinin Klasik Hukuk Dönemi'nde kasttan sorumlu olduğunu, ***culpa*** sorumluluğunun ise ***Severus*** zamanında kabul edildiğini belirtmektedir."; BONFANTE, s. 456, ***culpa*** sorumluluğunun klasik sonrası dönemde kabul edildiğini düşünülmektedir.

[346] AYİTER, s. 82; DE ROBERTIS, s. 10.

istenerek bir fiilin işlenmesi durumunda kasttan söz edilir[347]. Hukuki işlemlerde ***dolus*** ise, bir kişinin zihninde yanlış kanaatler uyandırmak suretiyle onu aldatmak ve gerçeği bilseydi yapmayacak olduğu bir işlemi yapmaya sevk etmek olarak ifade edilebilirdi[348].

Roma Hukuku'nda, "***dolo malo***" veya "***sciens dolo malo***"[349] ifadedeleri de "***dolus***" anlamına gelmekteydi. Kanunlar içindeki bazı metinlerde, daha kısa bir şekilde ifade etmek için "***sciens dolo malo***" yerine "***dolo malo***" ifadesi kullanılmaktaydı. ***Dolus***'un yokluğunu ifade eden bir terim olarak da "***sine dolo malo***" terimi kullanılmaktaydı. Sözleşme ilişkilerinde "***dolus malus***", "***bona fides***"in karşıtı olarak kabul edilmekteydi[350]. Bu dönemde, "***dolus***"un "***bona fides***"in karşıtı olarak kullanıldığı bazı kaynaklar bulunmaktadır.

D. 50. 17. 152. 3., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 69):

"***In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.***"

" ***Bona fides***'e aykırı hareket "***dolus***" sorumluluğunu getirir."

Dolus'un sadece borcun ifasına karşı gerçekleştirilen pozitif davranışları değil, ifanın iradi olarak ihmal edilmesini de kapsadığı kabul edilmekteydi.

---

[347] ÇELEBİCAN, s. 288; UMUR, lugat, s. 60.

[348] Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 170; MACCORMACK, dolus, s. 3; UMUR, lugat, s. 60; MACCORMACK, liability, s. 369; D. 4. 3. 1. 1., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 11).

[349] "***Sciens dolo malo***" kanunlarda (***leges***) , "***dolo malo***" ise, hem kanunlarda hem de ***edictum***'lar içinde kastı ifade etmek amacıyla,"***sine dolo malo***" terimi ise kast eksikliğinin ifadesinde ***leges***'ler içinde kullanılmaktaydı. "***Sine dolo malo***" ifadesi hiçbir ***edictum*** içinde geçmemişti. Bkz. MACCORMACK, dolus, s. 2, 5, 21.

[350] OĞUZ, Arzu: Roma ve Çağdaş Türk Hukuku'nda Kusur Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1989, s. 23; MACCORMACK, dolus, s. 3, 20; GUARINO, s. 634.

Gaius'un ***Institutiones*** adlı eserinde[351] ***dolus*** ölçütünün uygulandığı sözleşmeler belirlenmişti. Vesayet de bunların içinde yer almaktaydı[352]. Davalarının şerefsizlik sonucunu doğurduğu sözleşmelerin tümüne Klasik Hukuk Dönemi boyunca "***dolus***" ölçütü uygulanmaktaydı[353].

İradenin oluşumunda bir bozukluk meydana getiren ***dolus***, ***ius civile***'ye göre dikkate alınmadığı için bu tip hileli işlemler ilk zamanlarda geçerli sayılmaktaydı[354]. Cumhuriyet Dönemi sonlarına doğru ise, ***dolus*** nedeniyle zarar gören kişilere karşı ***praetor***'lar tarafından çeşitli koruma yolları tanınmıştı[355]. Karşı tarafın kastı sonucu zarara uğrayan kişi, ***actio*** ve ***exceptio*** korumalarından yararlanmaktaydı. ***Actio doli***[356] davası M. Ö. 66 yılında ***Aquilius Gallus*** tarafından kabul edilmişti. ***Exceptio doli***'nin[357] ise ne zaman kabul edildiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır[358].

Klasik Dönem'de vasinin şerefsizlik sonucunu doğuran sorumluluğunun da "***dolus***"a dayandığı kabul edilmelidir. Ancak zaman içinde "***dolus***" sorumluluğu "***culpa***"ya dönüşmüştü.

Vasinin kendisine teslim edilen eşyalar üzerinde gösterdiği ihmallerde bu davranışları "***neglegentia***" olarak değerlendirilmekteydi. "***Neglegentia***" ise,

---

[351] ***Gaius***, Ins. 4. 182.

[352] GORDON, W.M., ROBINSON,O.F.: The Institutes of Gaius, London 1997, s. 529.

[353] BUCKLAND, s. 158; D. 4. 3. 1. 4., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 11).

[354] UMUR, lugat, s. 60.

[355] ***Aquilius Gallus*** isimli bir ***praetor*** M.Ö. 66 yılında, hile sonucu kandırılarak hukuki işlem yapmaya sevk edilen kişileri korumak amacıyla bu kişiler lehine bir hile davası (***actio doli***) olanağı sağladı. Tam tarihi belli olmamakla birlikte, bu tarihten daha sonraki bir dönemde ise, hileye maruz kalan kişiler lehine hile defi (***exceptio doli***) ileri sürebilme hakkı tanındı. Bkz. MACCORMACK, dolus, s. 15; ÇELEBİCAN, s. 233.

[356] Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 21; D. 4. 3. 1. 5., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 11) .

[357] Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 195.

[358] MACCORMACK, dolus, s. 15.

"***culpa***"nın kapsamı içine girmekteydi. Ancak vasi, kendisine teslim edilen eşyayı veya yapılması gereken herhangi bir işi kendi yararına kullanırsa "***dolus***"tan sorumlu tutulmaktaydı[359].

Bir başka açıdan ise, Klasik Hukuk Dönemi'nde vasinin sorumluluğu, ***culpa*** ve ***dolus*** yerine, ***fides*** (niyet) ve ***periculum*** (hasar)[360] ölçütleri ele alınarak incelenmişti. Yani vasinin sorumluluğunda ***bona fides*** kavramının da gözönüne alınması gerektiği düşünülmekteydi. Vasinin görevi nedeniyle sorumluluğu, iyiniyet ölçütü ele alınarak değerlendirilmekteydi[361]. Vasi, vesayet altında olan kişinin mallarının iyiniyetle bağdaşmayacak şekilde idaresinden sorumlu tutulmaktaydı. Bu halde, vesayet altındaki kişinin riskini üstlenmiş olurdu. Sorumluluğun içeriği ve genişliği ile ilgili olarak, kusur sorumluluğunu kabul eden bir anlaşma yapılamamaktaydı[362].

Bazı metinlerde ***fides – periculum***[363], diğer bazılarında ise ***culpa – dolus*** ayrımının yapılması, pasajlar içinde kullanılan kavramların belli durumlara göre farklı terimlerle ifade edilmesinin sonucu olduğu düşünülebilir. Bu nedenle, ***fides*** ve ***periculum*** terimlerinin geçtiği metinlerde, ***culpa*** ve ***dolus*** kavramlarının gözardı edilmesi doğru bulunmamaktadır. ***Bona fides*** ve ***periculum*** ölçütlerine dayanan metinler, vasinin belli koşullar altında sorumluluğuna değinir[364]. Örneğin, vasinin iyiniyet göstermesine yönelik bir metinden, kötüniyetli (***mala***

---

[359] OĞUZ, s. 29.

[360] ***Periculum***, objektif sorumluluk ölçütü olarak ele alınmaktaydı. Bkz. DE ROBERTIS, la responsabilita , s. 92.

[361] DE ROBERTIS, la responsabilita, s. 83.

[362] Klasik Hukuk Dönemi'nde sorumluluk objektif sorumluluk şeklindeydi. ***Culpa*** (kusur) sorumluluğu, Klasik Sonrası Dönem'de kabul edilmişti. Bkz. DE ROBERTIS, s. 82. ***Culpa*** sorumluluğu Klasik Sonrası Dönem'e aittir. Bkz. BETTI, s. 69.

[363] D. 26. 5. 21. 3., ***Modestinus*** (***Excusationum*** lib. 1), D. 26.6. 2. 5., ***Modestinus*** (***Excusationum*** lib. 1), D. 26. 7. 1. 1., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35), D. 26. 10. 10., ***Papinianus*** (***Quaestionum*** lib. 12) .

[364] DE ROBERTIS, la responsabilita, s. 87.

fide) olduğu hallerde sorumlu olacağı anlamı çıkarılabilir. Veya "belli durumlarda vasi riski üstlenir" ifadesine, zararın vesayet altındaki kişi tarafından verilmesi halinde, vasinin sorumlu tutulabileceği de dahil edilebilir. ***Dolus*** ve ***culpa***'ya göre sorumluluğun olmadığı durumlarda ise, vasinin hangi hallerde sorumlu olacağı belirtilmişti[365].

Vasi, vesayet altındaki kişinin mallarını idare ederken iyiniyet göstermek zorundaydı, bunun aksi durumlarda ***dolus*** ve ***culpa***'dan sorumlu olacaktı. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi'nde vasi, hem ***dolus*** hem de ***culpa***'dan sorumlu tutulmaktaydı. ***Culpa***, ihmal olarak değil, kusur olarak ele alınmaktaydı[366].

b) *Culpa* Sorumluluğu ve *Dolus*'la İlişkisi

"***Culpa***" (kusur, ihmal), kaynaklarda iyi bir aile babasının göstereceği dikkat ve özen (***bonus pater familias***)'in gösterilmemesi olarak belirtilmekteydi. "***Culpa***" ile açıklanan ihmalin derecesi, hukuki ilişkinin biçimine göre değerlendirilmekteydi. Bu nedenle "***culpa***" dikkatsizlik veya ihmal anlamlarında da kullanılmaktaydı. "***Culpa***" , aynı zamanda dikkatli ve özenli bir kişinin öngörebileceği şeyi öngörmemek olarak da tanımlanmaktaydı[367].

D. 27. 3. 1. pr, ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 36):

"***In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.***"

---

[365] MACCORMACK, liability, s. 370.

[366] MACCORMACK, liability, s. 370; buna karşılık UMUR, lugat, s. 51, ***culpa*** ve ***neglegentia***'yı aynı anlamlarda kullanmaktadır.

[367] OĞUZ, s. 33.

"Vasi'ye karşı açılan ***actio utilis*** davasında, vasinin yapmaması gerekirken yaptıkları, ve yapmadıkları şeyler ile kastı, ihmali ve kendi işlerinde gösterdiği özen dikkate alınır."

Culpa'nın içeriğinin en iyi şekilde anlaşılabilmesi için, bu terimin geçtiği metinlerin incelenmesi gereklidir. Vasinin görevini ifa ederken yaptığı bir hata veya işlediği bir kusur da bu kavram içine sokulabilmekteydi. ***Culpa***, vasinin sorumluluğunun değerlendirilmesinde temel ölçü olarak ele alınmaktaydı[368]. ***Tutor***, vesayet altındaki çocuğun mallarının yönetilmesi konusunda ***culpa***'dan sorumlu tutulurdu. "***Tutor***"un kendisiyle birlikte görevlendirilmiş olan ve daha sonra borcunu ödeyememiş olan diğer vasileri azletmemesi buna örnek oluşturmaktadır. Çünkü vasiler müflis meslektaşlarının azlini sağlamak borcu altındaydılar[369]. Bu azil için gerekli tedbirleri almamaları kendileri açısından bir kusur olarak görüldüğü için ***culpa***'dan sorumlu olmaları gerekirdi. ***Digesta***'da yer alan ***Papinianus***'a ait bir başka metin şu şekildedir:

D. 26. 7. 41., ***Papinianus*** (***Responsorum*** lib. 6):

"***Qui plure tutores habuit, unum qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere. Quiniam eius liberatio, quod ex tutela percepit aut dolo contraxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur***."

"Birden fazla vasisi olan bir kişi, idare ettiği hesaba karşılık borcunu ödeyemeyen (müflis durumuna düşen) vasisini azlederse, ... diğer vasilerin, bu vasinin güvenilir olmamasını gözönüne almamaları nedeniyle doğan ihmalleri için dava açılabilir."

---

[368] DE ROBERTIS, la responsabilita, s. 85.

[369] OĞUZ, s. 46.

Birden fazla vasinin atandığı durumlarda, vasilerin kendilerine yüklenen görevleri yerine getirmemeleri nedeniyle, vesayet altındaki kişi vasilerini herzaman azledebilirdi. Bunun yanı sıra yukarıdaki metinde de belirtildiği gibi, vasilerin kendi içlerinde de otokontrol mekanizmasının bulunması gerekliydi. Yani, görevini yerine getirmeyen vasi diğer vasiler tarafından azledilebilmekteydi. Görevini yapmayan vasinin azledilmemesi de diğer vasilerin kusurlu davrandıkları şeklinde yorumlanmaktaydı. Bu nedenle ortaya çıkan zarar, bir dava ile bu vasilerden istenebilmekteydi.

Vesayetle ilgili davalarda, vasiye kusuru veya kastı nedeniyle dava açılması halinde, vasinin şerefsizliğine (***infamia***) karar verilebilmekteydi. Ancak, eğer ifa etmeme, bilgisizlik sonucu ortaya çıkmışsa, vasi, şerefsizlik (***infamia***) sonuçlu bir dava ile sorumlu tutulmamakta ve bu durumda ***culpa***'dan söz edilmekteydi. Bu gibi durumlar Klasik Hukuk Dönemi'nde ***dolus***'un bir takım değerlendirmelerle, yavaş yavaş ***culpa*** kavramını ortaya çıkardığını göstermektedir. Klasik Hukuk Dönemi'nde, "***culpa***"nın "***diligentia***" ile ilişkisi henüz anlaşılamamıştı. "***Culpa***" kavramının, bilgisizlik, tecrübesizlik (***imperitia***) ve ihmal (***neglegere***) biçiminde değerlendirilmesi zaman içinde ortaya çıkmıştı[370].

Bazı metinlerde ***culpa***'nın içeriği konusunda farklı açıklamalar bulunmakta veya ***culpa***'nın, ***culpa lata***[371], ***culpa levis***[372] veya ***lata neglegentia***[373] gibi

---

[370] ZİLELİOĞLU, s. 255-256.

[371] UMUR, lugat, s. 51, ***culpa lata***, ***Iustinianus*** hukuku'nda ağır ihmal anlamına gelmekteydi. OĞUZ, s. 56, bir kimse, diğerinin mallarını gözetme borcu altına girerse, veya başkasının hak sahibi olduğu bir malı alıkoyarsa, diğerlerinin zararına olarak, kendi malına yaptığı tercihli davranış biçiminin ***culpa lata*** sayıldığı söylenebilirdi. Böyle bir davranış bazen "***diligentia quam in suis***"i de gösterebilirdi.

[372] ***Culpa levis***, ***Iustinianus*** Hukuku'nda hafif ihmal anlamına gelmekteydi. Bkz. UMUR, lugat, s. 51.

[373] UMUR, lugat, s. 51; ***lata neglegentia***, ***culpa lata*** gibi kabul edilmekteydi; MACCORMACK, liability, s. 371, buna karşılık Maccormack, bu iki terimin aynı anlama gelmediğini, ***lata neglegentia***'nın ***culpa lata*** kavramının içine giren bir örnek olduğunu düşünmektedir.

değişik şekillerinden bahsedilmektedir. Vasinin, vesayet altındaki kişinin mallarının idaresinde, görev sahası çok genişti. Bu nedenle vasinin yaptığı görevin niteliğine göre, sorumlulukları da farklı ağırlıklarla sınıflandırılmıştı.

Magistra tarafından ***tutor*** olarak atanan kişi görevini yürütmekte başarısız olursa, "***non levis culpa***"yı işlemiş olurdu[374]. ***Magistra***'nın, vesayet altına alınması gereken küçüğe bir vasi ataması durumunda, güvenlikte olacağını öngörememesi "***culpa lata***" olarak nitelendirilmişti[375].

"***Dolus***", iradi olarak gerçekleştirilen bir hareket ise, sadece borcun kapsamına karşı gerçekleştirilen pozitif hareketleri değil, bunların yanında, borçlunun bir takım ahlaki nedenlerle ifadan kaçınması halini dahi kapsamı içine alırdı. Vasinin, kendisine teslim edilen şeyler için gösterdiği ihmal, ***neglegentia*** olarak değerlendirilmekteydi. ***Neglegentia*** ve ***imperitia*** (bilgisizlik) ise, ***culpa***'nın içine giren kavramlardı[376].

Vasinin ***dolus*** ve ***culpa*** sorumluluğu ile ilgili ilk olarak, M.Ö. 1. yy.'da kaleme alınan ***Pomponius***'un ***Titius Aristo***'nun fikirlerini içeren metnini incelemek gerekir.

D. 26. 9. 1., ***Pomponius*** (***Sabinum*** lib. 29):

"***Ob dolum malum vel culpam tutoris Aristo ait pupillum possessore, condemnandum, sed non puto, quanti actor in litem iuraret: et tamen illud ita est, si rem a tutore pupillus seruare possit.***"

---

[374] D. 26. 7. 39. 6., ***Papinianus***, (***Responsorum*** lib. 5)

[375] OĞUZ, s. 57; VOLTERRA, s. 121.

[376] Çağdaş hukukumuza göre, vasinin yapması gereken işlerde bir ihmal göstermeleri halinde, "***dolus***"un söz konusu olması için, ifanın iradi olarak istenmemiş olduğunun kesin olarak saptanmış olması gerekliydi. Bkz. ZİLELİOĞLU, s. 247.

"***Aristo***'ya göre, ancak ben aynı fikirde değilim, vesayet altındaki davalı, vasisinin hilesi veya ihmali nedeniyle, davacının yemin ettiği kadar olan dava konusu miktarı ödemeye mahkum edilebilir. Ayrıca bu dava ile, malın zarara uğramayan kısmını da vasiden geri alabilir."

Bu metinde ele alındığı gibi, başkasının malını, vasisinin ***dolus*** veya ***culpa***'sı nedeniyle elinde bulunduran küçük, kendisine tanınan dava ile bu malı vasisinin elinden alabilirdi. ***Aristo***, vasinin, ***dolus*** veya ***culpa***'sı nedeniyle küçüğe karşı sorumlu olduğunu söylememektedir. Metinde dolaylı olarak böyle bir anlam bulunmamaktadır[377]. Küçüğün sorumluluğunun, vasinin ***culpa*** veya ***dolus***'u nedeniyle, doğan zararın vasiden geri alınmasına temellendirilmesi mümkündür. ***Digesta***'da bulunan başka bir metinde ise bu konuyla ilgili olarak şu açıklamalar yer almaktadır:

D. 26. 7. 61, ***Pomponius*** (***Epistularum*** lib. 20):

" ***Quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius aestimatio in petitione hereditatis sine ulla dubitatione fieri debebit ita, si pupillo de hereditate cautum sit: cautum autem esse videtur etiam si tutor erit idoneus, a quo servari possit id, quod pupillus ex litis aestimatione subierit.***"

"Vasisinin ihmali (***culpa***) nedeniyle, mirasla ilişiği kesilen ***pupillus***, bu nedenle ortaya çıkan zararını kapsayacak şekilde vasi tarafından kendisine bir garantinin verilmesini isteyebilir. Vasinin, ***pupillus***'un zararını (mirası da içine alacak şekilde) karşılamak amacıyla, bir garanti göstermesi yerinde olacaktır."

Yukarıdaki metinde de belirtildiği gibi, ***pupillus***'un, vasisinin ***culpa***'sı nedeniyle miras içinde olan bir malı alamaması halinde, vasiden alınan güvence

[377] MACCORMACK, liability, s. 372.

karşılığında ***petitio hereditatis***'den[378] sorumlu tutulurdu. ***Pomponius***, "Vasinin borcunu ödememesi (müflis olması) durumda ne olacaktır ?" sorusunu sormaktadır. Bu durumda zarar ***petitor hereditatis*** üzerine düşerdi[379]. Eğer küçük, mirasın içinden birşeyi bozarsa veya zarar verirse, bundan sorumlu olmazdı. Bu iki durum arasındaki en önemli fark, birinci durumda ***res*** (mal), küçüğün müdahalesi dışında tahrip edilirken, ikinci halde küçüğün kendi hareketi, bir ***culpa*** olmamasına rağmen, zararı meydana getirirdi.

Pomponius'a göre, ***pupillus***, ***tutor***'a karşı ***petitor hereditatis*** çerçevesinde dava açabilirdi. ***Pomponius*** ve ***Aristo***'nun yaşadığı dönemlerde vasi, ***pupillus***'a karşı, ***dolus*** ve ***culpa***'dan sorumluydu[380]. Buna ilişkin kaynaklar, Klasik Sonrası Dönem'e aittir. Bu kaynakların en eskisi ***Digesta***'da yer alan ***Scaevola***'ya ait olan bir metindir. Buna göre, ***pupillus***'a ait olan bonoların, bir yangında yanması halinde, vasiler bu borç miktarları için dava edilebilirlerdi veya borçlarını yenilemek (***novatio***) için borçluları zorlayabilirlerdi. Vasilerin kendi ihmalleri nedeniyle, küçüğün bir zarara neden olması halinde dahi vasiler doğan zararlardan sorumlu olmaktaydılar. ***Scaevola***, vasinin genel sorumluluğunun, ***dolus*** ve ***culpa***'dan olduğunu belirtmişti.

Papinianus'a ait bazı metinler içinde vasinin sorumluluğu tartışılmıştır. Bunlardan D. 27. 3. 18., ***Papinianus*** (***Quaestiorum*** lib. 25)'de yer alan ilk metine göre;

---

[378] ***Hereditatis petitio***, mirasçıya, mirasçılık sıfatı ile verilen ve bu sıfatın kendisine sağladığı herhangi bir hakkı talep etmesine yarayan ***ius civile*** davasıydı. Buna, miras sebebiyle istihkak davası da denmekteydi. Davacının, sadece mirasçı olduğunu ispat ederek müteveffaya ait malların kendisine verilmesini ve müteveffaya ait alacakların kendisine ödenmesini isterdi. ***Iustinianus*** zamanında bir hüsnüniyet davası olarak görülmekteydi. Bkz. Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 237; UMUR, lugat, s. 81; D. 5. 3. 5. 2., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 14).

[379] MACCORMACK, , liability, s. 372.

[380] MACCORMACK, liability, s. 373.

"***Cum tutor negotiis impuberis administratis pupillum paterna hereditate abstinet, bonis patris venditis tractari solet, utilis actio pupillo relinqui an creditoribus concedi debeat. Et probatur actionem inter pupillum et creditores patris esse divindendam, scilicet ut quod rationi bonorum per tutorem deerit creditoribus reddatur, quod autem dolo vel culpa tutoris in officio pupilli perperam abstenti contractum est, puero relinquatur. Quae actio sine dubio nonm prius competet, quam pupillus ad pubertatem pervenerit: sed illa confestim creditoribus datur***."

"Küçüğün işlerini idare eden vasinin, küçüğü, babadan gelen mirasını almasından alıkoyması halinde, "babanın malları satıldıktan sonra, ***actio utilis*** açma hakkı küçükte midir yoksa alacaklılarda mıdır ?" sorusu sık sık sorulmaktadır. Vasinin kast veya ihmali nedeniyle, küçüğü yanlış yönlendirmesi sonucu, alacaklılara borcun ödenmemesi durumunda, oluşacak zarar için açılacak davanın küçük ve alacaklılar arasında bölüneceği kabul edilmelidir. Ancak bu dava küçük açısından ergenlik yaşına gelene kadar mümkün değildir, alacaklılar ise, biran önce açabilirler."

Küçük, vasisinin direktifleri doğrultusunda babasından gelen mirası almakta çekimser davranmıştır. Vasi, vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde, alacaklılar lehine bir satış işlemi yapmıştır. Bu durumda, alacaklıların bir zarara uğraması durumunda, alacaklılar vasiye karşı ***actio negotorum gestorum*** (vekaletsiz iş görme davası) açarlardı. Küçük çekimser durması nedeniyle bir zarara uğrayacak olursa, vasiye karşı***, dolus*** ve ***culpa***'sı bulunduğu gerekçesiyle ***actio tutelae*** (vesayet davası) açardı. Vasinin küçüğü çekimser bırakmasının nedeni, emlak üzerinden kar elde etme isteğidir. Dolayısıyla burada ***dolus*** (kast)'tan sorumlu olması gerektiği düşünülebilir.

D. 26. 7. 39. 2., ***Papinianus*** (***Responsorum*** lib. 5):

"***Qui se negotiis impuberis non iure tutor datus secundum patris voluntatem immiscuit, errore comperto tutorem a praetore constitui consultius petet, ne forte, si rem coeptam deserverit, fraudis vel culpae causa condemnetur***."

"Babasının isteği doğrultusunda, küçüğün mallarını idare etmek üzere, hukuk dışı olarak bir vasi atanırsa (hukuk dışı olarak atandığını bilmesine rağmen), bu kişi, yaptığı işlerdeki kastı veya ihmali nedeniyle cezalandırılmasını önlemek için ***praetor***'dan vasi olarak atanmayı talep edebilir."

Kanunen ataması yapılmamış bir vasi, küçüğün işlerini takip ederken, kendisinin vasi olarak atamasının yapılmadığının farkına varsa dahi, ***praetor*** tarafından vasi atanmadıkça, küçüğün işlerinin idaresini bırakamazdı. Bırakması halinde, vasinin ***culpa***'dan sorumlu tutulması gerekecekti. Bu durumda açılacak dava, ***actio tutelae*** değil, ***actio utilis***[381] olacaktı[382].

2. IUSTINIANUS DÖNEMİ'NDE VASİNİN SORUMLULUĞU

Klasik hukuk Dönemi'nde kabul edilen sorumluluk ölçütleri zamanla değişikliklere uğramış ve daha hafiflemişti. ***Dolus*** yerini ***culpa*** (***levis***)'ya, ***culpa levis*** ise, ***diligentia quam suis***'e bırakmıştı[383]. ***Iustinianus*** Dönemi'nde ana kural olarak "kusura dayanan sorumluluk ilkesi" uygulanmaktaydı. Kaynakların bir

[381] ***Actio utilis***, mevcut olan bir ***ius civile*** davasının ve bazen bir ***praetor*** davasının, uygulana sahasını genişletmek için, genellikle ***intentio***'ya bir ***fictio*** (faraziye) ilave etmek suretiyle, ***praetor***'un yarattığı dava çeşidine verilen isimdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 16.

[382] MACCORMACK, liability, s. 374.

[383] DE ROBERTIS, culpa tutoris, s. 16.

kısmında, "***custodia***"dan diğer bir kısmında "***diligentia***" ve "***culpa***"dan söz edilmekteydi[384]. ***Iustinianus*** Dönemi'nin objektif sorumluluk anlayışına en yakın ve ağır sorumluluk biçimi "***diligentia***"ydı[385].

Vasinin sübjektif sorumluluğu bu dönemde ön plana çıkmaktaydı. Ancak ***periculum*** ölçütü de varlığını sürdürdü[386]. Vasinin sorumluluğu bu dönemde "***culpa***"ya dayandırılmıştı[387]. "***Culpa***"nın, ihmal etme biçimindeki pasif anlamı yanında, "***diligentia***" ile özen gösterme biçiminde aktif bir anlam taşıdığı da düşünülmektedir. Bu nedenle, "***diligentia***"nın, Klasik Hukuk Dönemi'ndeki "***custodia***" (gözetim sorumluluğu)'nın öznelleştirilmiş biçimi olduğu söylenebilir[388].

Bu dönemde geçerli olan ***omnis culpa*** (bütün kusurlarından sorumluluk) esası bazı hallerde, doğrudan hukuk düzeni tarafından hafifletilmişti. Bu durumlarda, "***utilitas***" (fayda) ilkesi uygulamaya girmekteydi. Bu ilkenin uygulandığı hallerde "***omnis culpa***" kuralı, fayda ilkesine göre ağırlaştırılıp hafifletilebiliyordu. Ancak bu durum her olay için geçerli olmamaktaydı. Vekaletsiz iş idaresi (***negotiorum gestio***)'nde vekilin özel olarak saptanmış ağır sorumluluğu vardı ve burada fayda ilkesi uygulanmamaktaydı[389]. ***Negotiorum gestio***'da subjektif sorumluluk ilkesi hakimken, ***actio tutelae***'nin objektif sorumluluğa dayandığı kabul edilmekteydi[390].

Vesayete ilişkin uygulanacak sorumlulukla ilgili olarak D. 50. 17. 23 ***Ulpianus*** (***Sabinum***, lib. 29) içinde bir düzenleme bulunmaktadır.

---

[384] MACCORMACK, Geoffrey: "Custodia and Culpa", Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte, Weimar 1972, s. 150; GUARINO, s. 634.

[385] DE ROBERTIS, culpa tutoris, s. 11.

[386] DE ROBERTIS, la responsabilita, s. 94.

[387] OĞUZ, s. 69; GUARINO, s. 634.

[388] MACCORMACK, culpa, s. 151; OĞUZ, s. 60.

[389] ZİLELİOĞLU, s. 260.

[390] SOLAZZI, Silo: Tutore e periculum culpae, Studia et Documenta Historiae et Iuris, IV, Roma 1938, s. 139.

D. 50. 17. 23., ***Ulpianus*** (***Sabinum*** lib. 29):

"***... dolum et culpam ..... tutelae negotia gesta: in his quidem et diligentiam.***"

"... vesayet ve vekaletsiz iş idaresinde kast ve kusurdan sorumluluk vardır. Aynı zamanda özen yükümü de vardır."

Iustinianus Dönemi'nde borçlu kastından herzaman sorumluydu. "***Dolus***"ta kötüniyet önplana geçmekteydi. Bu dönemde, "***culpa***"nın "***culpa lata***" ve "***culpa levis***" olarak ayrıldığı görülmektedir. "***Culpa lata***" (ağır ihmal) ise, bu dönemde her zaman "***dolus***" hükümlerine tabi tutulmuştu[391].

D. 50. 16. 226., ***Paulus*** (***Manualium*** lib. 1):

" ***... magna culpa dolus est***."

" ... büyük ihmal kasttır."

"***Culpa lata***", akla uygun davranabilen herhangi bir kimsenin, aynı koşullar altında göstereceği dikkat ve özeni göstermemesi anlamında kullanılmaktaydı "***Culpa lata est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt***" "***Culpa lata***, akla uygun davranan herhangi bir kişinin aynı koşullarda göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir". Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde, "***culpa lata***"nın "***dolus***"a eşit bir sorumluluk doğurduğu kabul edilmiş ve bu terime "***fides***"in karşıtı bir anlam verilmişti[392].

[391] DE ROBERTIS, Francesco: La Responsabilita Dell Tutore Nel Diritto Giustinianeo, Bari 1954, s. 32.

[392] MACCORMACK, liability, s. 384; OĞUZ, s. 64.

Bir kişinin kendi işlerinde gösterdiği özeni (***diligentia quam suis***) göstermemesi ağır kusuru değil, fakat hafif ihmali (***culpa levis***) içerir. "***Bonus et diligens pater familias***" "iyi ve özenli bir aile babası" ölçütü de yine hafif ihmal için gözönüne alınırdı[393]. İyi bir aile babasının özeni ne fazlasıyla titiz, ne de kayıtsızdı. Normal ve dürüst bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni içermekteydi[394]. "***Culpa levis in concreto***" da "***culpa levis***"in içinde yer almaktaydı. Bu da kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen ("***Diligentia quam suis rebus adhibere solet***") olarak ifade edilmekteydi[395]. "***Culpa in concreto***" ölçütü vesayet için de kullanılmaktaydı[396]. Eğer kişi sürekli ilişkilerde, vesayet gibi, kendi işlerine fazla dikkat ve özen göstermeyen birisini seçmişse veya borçlunun (vasinin) ifa konusunda az dikkatli olduğu biliniyorsa[397], vesayet için, vasiyi seçenin kusurundan bahsedilebilirdi.

Iustinianus Dönemi'nde bazı borç ilişkilerinde, borçlunun ancak kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve ihtimamı göstermesinin yeterli olduğu anlaşılmaktaydı. "***Diligentia quam suis rebus adhibere solet***" (borçlunun kendi işlerinde göstermiş olduğu özen) biçiminde ifade edilen bu sorumluluk ölçütü hafif ihmalin ölçüsü "***bonus pater familias***" gibi soyut bir ölçü değil, fakat somut ve bu nedenle de daha hafif bir ölçüdür. Bu sorumluluk biçimi şirket, vesayet ve ***dos*** idaresinde uygulanırdı[398]. Ayrıca ***Iustinianus*** Dönemi'nde kural olarak beklenmeyen hallerden sorumluluk (***casus***) bulunmamaktaydı.

---

[393] DE ROBERTIS, s.10; DE ROBERTIS, culpa tutoris, s. 16; ZİLELİOĞLU, s. 259; VOLTERRA, s. 105.

[394] MACCORMACK, culpa, s. 199; OĞUZ, s. 66.

[395] DE ROBERTIS, Giustinianeo , s. 13; GUARINO, s. 634; DE ROBERTIS, culpa tutoris, s. 24.

[396] DE ROBERTIS, la responsabilita, s. 86;MONIER, s. 329; OĞUZ, s. 67; MARRONE, s. 353.

[397] DE ROBERTIS, s. 28; OĞUZ, s. 68; GUARINO, s. 634.

[398] ZİLELİOĞLU, s. 263.

B – VESAYET DOLAYISIYLA AÇILABİLECEK DAVALAR

a. *ACTIO TUTELAE* (VESAYET DAVASI)

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru uygulanan ve mahkumiyet neticesinde vasinin şerefsizliğine (***infamia***) hükmedilebilen ***actio tutelae***, vesayet altında bulunan kişinin, vesayet ilişkisi devam ederken uğramış olduğu zararların tazmini için, vesayet sona erdikten sonra açılmaktaydı[399]. Bu dava, vasinin, Klasik Hukuk Dönemi'nde kastı varsa, ***Iustinianus*** Dönemi'nde ise, kendi işlerinde göstermesi gereken özeni göstermemişse (***diligentia quam suis***), vesayet altındaki kişi tarafından vasiye karşı açılırdı[400]. Vesayet altındaki kişinin uğradığı zararlar, kötü bir anlaşma nedeniyle doğabildiği gibi, paranın gereği gibi kullanılmaması veya vasinin kendisine bu paradan çıkar sağlaması, örneğin faiz gelirlerini düşük göstermesi, nedeniyle de olabilmekteydi.

D. 26. 7. 7. 2., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35):

"***Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint,...*** "

"Kötü bir anlaşma yapmaları halinde, vasilere karşı bir vesayet davası açılması mümkündür..."

Actio tutelae, bir hüsnüniyet davasıydı[401]. Bu dava, tamamen vasi ile vesayet altındaki kişi arasındaki ilişkiye dayanan ve vesayet kurumunun

[399] UMUR, Roma Hukuku, s. 147; BURDESE, s. 177; VOLTERRA, s. 121; ARANGIO-RUIZ, s. 498; MARRONE, s. 353; GUARINO, s. 633.

[400] ARANGIO-RUIZ, s. 497; SANFILIPPO, s. 167; MONIER, s. 327; UMUR, lugat, s. 13; HUVELIN, s. 383; MARRONE, s. 352; SOLAZZI, Siro: "Tra L'actio rationibus distrahendis e l'actio tutelae", Scritti di diritto romano, Napoli 1957, V.: 2, s. 121 vd.

[401] Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren ve özellikle İmparatorluk Dönemi'nin başlarında açılan davalarda hakime geniş bir takdir hakkı tanındı. Hakim dava konusu borcun muhtevasını tayin ve takdir ederken, hüsnüniyet (***bona fides***) esasına dayanmaktaydı. Bu davalarda tarafların

kendisine özgü bir dava özelliği taşımaktaydı. Bir çeşit asli dava niteliğindeydi. Vesayet altındaki kişi, iyiniyet kuralları çerçevesinde öngörülebilen her türlü zararını, bu dava ile vasiden isteyebilmekteydi[402].

Bu davanın açılabilmesi, vasinin vasi olma sıfatına değil, vesayet altındaki kişi adına yaptığı işlemlerde gerekli özeni gösterip göstermediği ölçüsüne dayanmaktaydı. Bu nedenle ***actio negotiorum gestorum'***a (vekaletsiz iş görme davası) benzemekteydi.

Actio tutelae'yi vesayet altındaki kişi açabilmekteydi. Dava, vesayet ilişkisinin sona erdiği tarihten sonra, hüsnüniyet ilkeleri gözönüne alınarak açılırdı. Bu nedenle, hüsnüniyet ilkeleri çerçevesinde istenebilecek herşey bu dava ile talep edilebilirdi. Bu talebin genişliği, vasinin sorumluluğunun genişlemesi sonucunu doğururdu. Vasi sadece kendi fiili hareketleri ile sebebiyet verdiği zararı değil, ihmali sonucu doğan zararları da karşılamakla yükümlü idi[403]. Klasik Hukuk Dönemi'nde vasinin ***dolus*** sorumluluğu, bundan sonraki dönemlerde zaman içinde genişlemiş ve ***culpa*** sorumluluğuna dönüşmüştü.

Dava, vasi açısından çok ağır sonuçlar doğurmaktaydı. Dava sonunda vasinin mahkum edilmesi durumunda, vasinin şerefsizliğine (***infamia***)[404] de

---

yükümlülükleri kesin olarak tespit edilmeyip hüsnüniyet kurallarına atıf yapılmaktaydı. Bkz. VOLTERRA, s. 105; Nuovo Dizionario Giuridico Romano, s. 19; WATSON, Law of Persons, s. 142; WACKE, Andreas: "Tilgungsakte durch Insichgeschaft", Zeitschrift Der Savigny- Stiftung Für Rechtsgeschichte 66, Wien 1986, s. 228; GUARINO, s. 633; RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1992, s. 51.

[402] ARANGIO-RUIZ, s. 497; BURDESE, s. 285.

[403] D. 27. 3. 1. pr., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 36).

[404] ***İnfamia***, bir kişinin toplum içinde itibarını kaybetmesi anlamına gelmekteydi. Bu durum, ehliyeti daraltan bir sebep olarak kabul edilmekteydi. Kimlerin şerefsiz sayılacağı ***Iustinianus*** zamanında bir liste halinde belirlenmişti. Şerefsizliği kabul edilen kişiler, ***magistra*** seçilemezler, davada başkalarını temsil edemezlerdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 13***;*** C. 10, 59; C. 2. 11; D. 3. 2. 1., ***Iulianus*** (***Edictum***, lib. 1).

hükmedilmekteydi. Bu sonuç ilk dönemlerde kabul edilen vasinin ***dolus*** sorumluluğuna dayanmaktaydı.

D. 4. 3. 1. 5., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 11):

"***Ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore conludente, circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit.***"

"Eğer küçük (***pupillus***), kendi vasisiyle önceden anlaşmış olan ***Titius*** tarafından aldatılırsa, kendi vasisine karşı vesayet davası açarak tüm zararını isteyeceğinden, ***Titius*** aleyhine hile nedeniyle bir dava açamaz."

Bu dava, vasi sıfatıyla görev yapmış olan kişilere karşı açılabilmekteydi. Vesayet ilişkisini kabul etmeyen, vasilik sıfatını henüz almamış olan kişilere karşı bu dava açılamamaktaydı. Bu durum genelde birden fazla vasinin atandığı durumlarda dikkate alınmaktaydı. İşi fiilen kabul etmemiş olan kişi vasi sayılmamaktaydı, bu nedenle bu kişinin bu davadan sorumluluğundan da bahsetmek mümkün olmamaktaydı[405].

İmparator ***Marcus Avrelius*** zamanında, elli gün içinde mazeretini beyan etmeyerek vasi olma sıfatından feragat etmeyen kişinin, vasiliği kabul ettiği düşünülmekteydi. Bu düşünce çerçevesinde, müşterek vasilerin hepsi sorumlu olmaktaydı. Ancak, her bir vasi, vesayetin aralarından yalnız biri veya bir kaçı tarafından idare edildiği ve kendisinin işlere bakmadığı şeklinde bir def'i ileri sürerek sorumluluğunu ikinci dereceye düşürebilirdi. Böylece asıl işleri gören vasinin ödeyemeyeceği miktar için sorumlu olurdu. Cumhuriyet Dönemi'nde,

[405] AYİTER, s. 84; UMUR, s. 145.

vasinin her hangi bir hareketi ile vesayet işlerine karıştığının anlaşıldığı durumlarda, vasiye karşı ***actio tutelae***'nin açılabileceği kabul edilmişti[406].

b. *ACTIO TUTELAE CONTRARIA* (KARŞILIK DAVA)

Actio tutelae davasının, vasiye tanınan bir de karşılık davası bulunmaktaydı. Bu dava da diğer karşılık davalarında olduğu gibi, vasinin vesayet ilişkisi nedeniyle uğradığı zararları isteyebilmesi için kendisine tanınmıştı. Vasiye karşı vesayet ilişkisinin sonunda ***actio tutelae***'nin açılması halinde, vasi de buna karşılık olarak vesayet altındaki kişinin mallarını idare ederken yaptığı zaruri masrafları veya gördüğü zararları, bu kişiden ***actio tutelae contraria*** davası ile isteyebilmekteydi[407].

Actio tutelae contraria, vasi tarafından vesayet altındaki kişiye karşı açılmaktaydı. Vasinin uğradığı zarar, kendi mallarıymış gibi idare ettiği vesayet altındaki kişinin malvarlığına ait olduğundan, bunun istenmesine fiilen olanak bulunmamaktaydı. Ancak vasi, vesayet altındaki kişinin yararlandığı hukuki işlemler sonucunda yaptığı masrafları, vesayet altındaki kişiden talep edebilirdi[408].

c. *ACTIO RATIONIBUS DISTRAHENDIS* (CEZA DAVASI)

Actio ratıonibus distrahendis XII Levha Kanunu'ndan itibaren ve Klasik Hukuk Dönemi'nde, kanuni vasinin, vesayet altındaki kişinin malvarlığını kötü idare etmesi veya zimmetine geçirmesi nedeniyle bu kişinin maruz kaldığı zararları karşılaması için vasiye karşı vesayet altındaki kişinin açtığı ceza

---

406 AYİTER, s. 84.

407 SANFILIPPO, s. 167; BURDESE, s. 286; UMUR, lugat, s. 14; UMUR, s. 148; VOLTERRA, s. 107; HUVELIN, s. 386; BONFANTE, s. 641; ARANGIO-RUIZ, s. 500; GUARINO, s. 634; MONIER, s. 329.

408 AYİTER, s. 85.

davasıydı[409]. Vasinin vasilik sıfatının kaldırılmamasına karşın, vasinin vesayeti idare etmesi yasaklanırdı[410]. Ancak, D. 27. 3. 1. 19. ***Ulpianus***, (***Edictum*** lib. 36)'da yer alan metne göre bu dava sadece kanuni vasiler aleyhine değil, tüm vasilere karşı açılabilmekteydi[411].

D. 27. 3. 1. 19., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 36):

"***Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes qui iure tutores sunt et gerunt tutelam***."

"***Actio rationibus distrahendis***, sadece sorumlu kanuni vasiler aleyhine değil, atanan tüm vasiler aleyhine açılabilir."

Actio rationibus distrahendis vasiye karşı, vesayet ilişkisi sona erdikten sonra açılabilen, vesayet altında bulunan kişiyi koruyucu nitelikte bir davaydı[412]. Bu davanın açılabilmesi için, açıkça vasinin, vesayet altında bulunan kişinin mallarından bir kısmını zimmetine geçirmiş olması gerekirdi. Bu dava ile vasiden öncelikle, vesayet altındaki kişinin malvarlığına ilişkin hesapların çıkarması istenirdi. Verilen hesapta çıkacak olan açıklarda eksik malın değeri belirlenir (***aestimatio***) ve vasi bu değerin iki katını ödemeye mahkum edilirdi[413]. Malların

---

[409] BONFANTE, s. 617; GUARINO, s. 632; ROBY, s. 111; MARRONE, s. 352; BURDESE, s. 284; AYİTER, s. 75; UMUR, lugat, s. 11; MONIER, s. 326; D. 26. 7. 25. 1., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 13).

[410] AYİTER, s. 75; SERRAO, s. 312; ARANGIO-RUIZ, s. 496; UMUR, Roma Hukuku, s. 147; VOLTERRA, s. 105; ROBY, s. 111; LEE, s. 87; BONFANTE, s. 617; SANFILIPPO, s. 167; MARRONE, s. 352.

[411] ARANGIO-RUIZ, s. 498; MONIER, s. 329.

[412] D. 27. 3. 1. 24., ***Paulus*** (***Sententiarum,*** lib. 2): "***Haec actio tunc competit, cum et tutelae actio est, hoc est finita demum tutela***."

D. 27. 3. 1. 24., ***Paulus*** (***Sententiarum,*** lib. 2): "Bu dava ancak, vesayet ilişkisi sona erdikten sonra açılabilir."

[413] VOLTERRA, s. 106; AYİTER, s. 75; BURDESE, s. 177.

değeri belirlenirken faiz gelirleri bu değerin dışında tutulur, daha sonra tüm zarara eklenirdi[414].

D. 27. 3. 2. pr., ***Paulus*** (***Sabinum*** lib. 8):

"***Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit***."

" Hiçkimse, vesayeti idare ederken vesayet altındaki kişinin mallarının bir kısmını zimmetine geçirmedikçe, ***actio rationibus distrahendis***'ten sorumlu tutulamaz."

Actio rationibus distrahendis XII Levha Kanunu'na dayanan bir davaydı[415]. Vesayet altındaki kişiye birden fazla vasinin atanması durumunda, bu kişilerin hepsi vesayetin idaresi ile tam olarak ilgilenmeseler dahi, yetkili vasi olarak atandıkları için, vesayetten hepsi birlikte sorumluydu ve riski birlikte üstlenirlerdi. Vasilerden birinin, vesayeti idare ederken, vesayet altındaki kişiyi zarara uğratması halinde, diğer vasilerin bundan haberi olmasa dahi, ***actio rationibus distrahendis***'in bir ceza davası olması nedeniyle her bir vasi ayrı ayrı cezalandırılmaktaydı. Dolayısıyla, her birine ayrı ayrı dava açılmaktaydı. Burada önemli olan her bir vasinin en başta bu görevi kabul ederek resmen atanmasıydı. ***Digesta***'da yer alan ***Tryphoninus***'a ait metin bu konuya açıklık getirmektedir.

D. 26. 7. 55. 1. ***Tryphoninus***, (***Disputationum*** lib. 14):

"***Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamuis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur***."

[414] BONFANTE, s. 618.

[415] D. 26. 7. 55., ***Tryphoninus*** (***Disputationum*** lib. 14).

"Vasiler, vesayet altındaki kişinin malını çalarlarsa, XII Levha Kanunu'nda kabul edilen, vasiden zararın iki katının tazminini isteyen davaya göre (***actio rationibus distrahendis***), vasilerin her biri zararın tümünden sorumlu olmaktaydı. Vasilerden birinin zararın iki katını ödemesi durumunda dahi, her halde sorumluluk diğerleri için devam etmekteydi."

Actio rationibus distrahendis, bir ceza davası niteliğinde olduğu için vasinin mirasçılarına karşı açılamamaktaydı. Ancak vesayet altındaki kişinin malvarlığının bir zarara uğraması nedeniyle, dava açma hakkı vesayet altında bulunan kişinin mirasçılarına da geçebilmekteydi. Bu nedenle bu kişinin mirasçıları da bu davayı açabilmekteydi. Ancak vasinin ölmesi halinde, onun mirasçılarına karşı açılması mümkün değildi[416].

D. 27. 3. 23., ***Paulus*** (***Responsorum*** lib. 9):

"***Hanc actionem sciendum est perpetuam esse et heredi similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem ceteresque successores non dabitur, quia poenalis est***."

"Bu dava, vesayet altında olan kişinin mirasçılarına da geçebilmekteydi. Bu nedenle, vesayet altında bulunan kişinin mirasçıları ve buna benzer kişiler, bu kişi hayattayken uğradığı zararları vasisinden isteyebilmekteydiler. Ancak bu davanın ceza davası niteliğinde olması nedeniyle, vasinin mirasçılarına karşı açılamazdı."

[416] ROBY, s. 112.

d. *ACCUSATIO SUSPECTI TUTORIS* (İDAREDEN ELÇEKTİRME DAVASI)

Vesayeti kötüye kullandığından şüphe edilen vasilerin (***tutor testamentarius***) ellerinden, vasilik sıfatları alınmadan, idarenin fiilen alınması için ileri sürülen dava için ise "***accusatio suspecti tutoris***"[417] veya "***crimen suspecti tutoris***"[418] terimleri kullanılmaktaydı. Vasinin güvenilirliğini kaybetmesi sonucuna dayanan bu dava, bir ceza davası niteliğindeydi[419]. Vasinin, vesayet altındaki kişinin mamelekini gereği gibi iyiniyet kuralları çerçevesinde idare etmemesi halinde, vasi bu görevinden alınabilmekteydi.

Iust. Ins. 1. 26. 5.:

"***Suspectus est autem qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut et Iulianus quo que scripsit***."

"***Suspectus***, ***Iulianus***'un yazdığı gibi, aciz olmamakla beraber, vesayeti hüsnüniyetle idare etmeyen kimsedir."

Bu dava, görevini iyi yapmayan vasinin işinden uzaklaştırılması amacıyla açılmaktaydı. On İki Levha Kanunu ile kabul edilen[420] ***accusatio suspecti tutoris***

---

[417] BONFANTE, s. 613; UMUR, lugat, s. 2; SERRAO, s. 312; VOLTERRA, s. 121; SOLAZZI, Silo: La Minore Eta, Roma 1912, s. 259 vd.; GUARINO, s. 632; ARANIO-RUIZ, s. 498; MONIER; s. 326.

[418] UMUR, lugat, s. 51.

[419] BURDESE, s. 285; VOCI, Pasquale: I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano, Iura 20, Napoli 1969, s. 320.

[420] D. 26. 10. 1. 2., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35): "***Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere***."

D. 26. 10. 1. 2., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35): "Bilinmesi gereklidir ki, ***suspecti crimen*** bize 12 Levha Kanunu'ndan geçmiştir."

ile vasinin vasilik sıfatı kalmasına rağmen, vasi idareden alıkonabilmekteydi[421]. Bu vasiler, Roma'da ***praetor***'lar, eyaletlerde ise, valiler tarafından görevden alınmaktaydı.

Iust. Ins. 1. 26. 1.; D. 26. 10. 1. 3., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35):

" ***Datum est autem ius removendisuspectos tutores Romae praetori et in praesidibus earum et legato proconsulis***."

"Şüphe altında bulunan vasileri (***tutores suspecti***)[422] vesayetten uzaklaştırmak hakkı, Roma'da ***praetor***ların, eyaletlerde valilerin ve ***proconsul***[423] vekilinindir."

Actio rationibus distrahendis, nasıl ki kural olarak, sadece kanuni vasiye karşı açılıyorsa, ***accusatio suspecti tutoris*** de sadece vasiyetname ile belirlenen vasiye (***tutor testamentarius***) karşı 3. kişi tarafından açılabilmekteydi. Bu nedenle, vesayet altındaki kişi bu davayı açamazdı, açmak isterse mutlaka bir 3. şahısla anlaşarak, davayı ona açtırması gerekirdi.

Iust. Ins. 1. 26. 4.; D. 26. 10. 7. pr., ***Ulpianus*** (***Omnibus tribunalibus*** lib. 1):

" ***Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare***."

" Baliğ olmayanlar, vasilerini zan altında diyerek takip edemezler."

---

[421] UMUR, Roma Hukuku, s. 147; VOLTERRA, s. 105.

[422] ***Tutores suspecti***, küçüğün mallarını, kasıt sayılabilecek kadar ağır bir ihmalkarlık ile idare eden vasilerdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 217.

[423] ***Proconsul*** terimi, Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren, Roma'da ***consul*** vazifesini gördükten sonra, ***populus***, daha sonraları ***senatus*** tarafından alınan bir kararla ve bir sene müddetle bir eyaletin başına gönderilen vali için kullanılmaktaydı.

Accusatio suspecti tutoris davası, vasinin görevini sadakat ve doğruluk kuralları çerçevesinde yapmaması nedeniyle ve ***fides*** ilkesini ihlal ettiği (***fraus***) gerekçesiyle açılabilirdi[424]. Bu dini kaidelere göre cezalandırılması gereken bir suçtu. Dava sonunda verilecek ceza çok ağır olmaktaydı. Bu durum, ceza mahkumiyetinin isminin ***crimen suspecti tutoris*** olmasından da anlaşılmaktadır[425]. ***Crimen*** terimi XII Levha Kanunu dönemlerinde hemen hemen daima idam ile cezalandırılırdı.

Iust. Ins. 1. 26. pr.; D. 26. 10. 1. 2., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 35):

"***Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere.***"

"Emniyet telkin etmediği için ithamda bulunmak (***suspecti crimen***) XII Levha Kanunu'ndan gelmektedir."

Vasinin, vesayeti idare ederken hile yaptığının ortaya çıkması halinde, ***accusatio suspecti tutoris*** vasiyi şerefsiz (***infamia***) durumuna düşürürdü. Bu dava, takip şekli itibariyle bir kamu davası niteliğindeydi[426].

e. *ACTIO TUTELAE UTILIS* (GENEL FAYDA DAVASI)

Vasinin mallar üzerinde yaptığı tasarruflardan, vesayet altındaki kişinin zarar görmemesi amacıyla, bir nevi vasinin kötü idaresini önlemek için, vasiden bir teminat göstermesi (***rem salvam pupillo fore***) istenmekteydi. Vasiyetname ile belirlenen vasi haricindeki diğer vasiler, vesayet altındaki kişinin mamelekinin korunması amacıyla, o kişiye bir güvence verme borcu altına girmekteydiler.

[424] ARANGIO-RUIZ, s. 496; UMUR, lugat, s. 171.

[425] AYİTER, s. 75; BUCKLAND, s. 160; LEE, s. 87; BURDESE, s. 177.

[426] AYİTER, s.76.

Vesayet altındaki kişi, kendisine vasi atanırken vasinin verdiği teminatı garanti eden yani riski üstlenen ***magistra***'ya karşı ***actio tutelae utilis***'i açabilirdi[427].

Vasi, yaptığı hukuki işlemlerden dolayı yalnız kendisi sorumluydu. Bu nedenle uygulamada, ***praetor***, ilgiliye ve hatta vesayet altındaki kişiye bir ***actio utilis***[428] davası açma hakkı tanımakta idi[429].

D. 27. 8. 1. 16., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 36):

" ***... ipse magistratus stipulatur, dicendum est utilem actionem pupillo dandam***."

" ... ***magistra***'nın kendisi, verilen teminat konusunda söz verirse, küçüğe bir ***actio utilis*** tanınır."

D. 27. 9. 2., ***Ulpianus*** (***Opinionum*** lib. 2):

"***Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam***."

"Eğer vasi veya kayyım, işlerini yönettiği kişiye veya küçüğe ait olan parayı borç verirse veya kendi adına gayrimenkul alırsa, paranın sahibine, parayı veya gayrimenkulu geri almak için bir ***actio utilis*** tanınır."

---

[427] BUCKLAND, s. 153; VOLTERRA, s. 107; WATSON, Law of Persons, s. 145; BONFANTE, s. 640.

[428] Genel olarak ***actio utiles***, mevcut olan bir ***ius civile*** davasının ve bazen bir ***praetor*** davasının uygulama sahasını genişletmek için, genellikle ***intentio***'ya bir ***fictio*** (faraziye) eklemek suretiyle ***praetor***'un yarattığı dava çeşidine verilen isimdi. Bkz. UMUR, lugat, s. 16; GUARINO, s. 637.

[429] SOLAZZI, Silo: "Le azioni del pupillo e contro il pupillo", BIDR 23, Roma 1911, s. 120.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VESAYET İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

I- GENEL OLARAK

Roma'da on dört yaşından küçük erkek çocuklarla kadınlara vasi atanması zorunluluğu getirilmişti. Bu kişilere vasi tayini ile, vasi ile vesayet altına alınan kişi arasında bir vesayet ilişkisi doğmaktaydı. Yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak incelendiği gibi vasi atanması çeşitli yollarla yapılabilmekteydi. Vasi atandıktan sonra devam eden bu ilişki, belli şartların gerçekleşmesi halinde otomatik olarak veya kişilerin talebi ile sona erebilmekteydi[430].

[430] Çağdaş hukukumuzda kabul edilen velayeti vesayeti ve vasilik sıfatını sona erdiren nedenlerle Roma Hukuku'nda belirlenen nedenler çok büyük benzerlikler göstermektedir. Günümüz hukukunda velayet hakkı, kanundan dolayı veya mahkeme kararı ile sona erebilmektedir. Velayet normal olarak, günümüz hukuk düzenlerinde çocuğun ergenliğe kavuşmasına dek devam etmektedir. Çocuğun ergenliğe kavuşmasıyla TMK. md. 11 uyarınca, on sekiz yaşın doldurulmasıyla, velayet de kendiliğinden sona erer. Bunun yanında ana babanın veya çocuğun ölümüyle, hacir altındaki çocuğa vasi tayini ile kanun gereği velayet ilişkisi sona erer.

Vesayeti sona erdiren nedenler söz konusu olduğunda, yasal temsilcilik sona ermektedir. Çağdaş hukukumuzda, vesayet altındaki kişinin ölmesi, küçüğün ergenliğe kavuşması, kısıtlı olanlar hakkındaki kısıtlama kararının kaldırılması, hapis cezası nedeniyle kısıtlanan kişinin cezasını çekip bitirmesi ya da affa uğraması ile vesayet de sona ermektedir. Vasilik sıfatını sona erdiren durumlarda vesayet ortadan kalkmaz ve vesayet altında bulunan kişiye yeni bir vasi atanmaktadır. Vasinin ölmesi, kısıtlanması, vasilik süresinin sona ermesi ve görevin uzatılmaması, vasinin istifa etmesi, vasinin vasiliğe layık olmaması, görevini kötüye kullanması, aşırı ihmalde bulunması, borcunu ödemekten aciz olması gibi nedenlerle yargıç kararıyla azledilmesi hallerinde sadece vasilik sıfatı sona erer, fakat vesayet devam ettiğinden, vesayet altındaki kişiye yeni vasi atanır.

D. 26. 2. 8. pr., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 24):

"***Tutor datus vetari tutor esse potest vel testamento vel codicillis***."

"Henüz atanan bir vasinin, vasiyetname ile bu görevini yerine getirmesi yasaklanabilirdi."

On dört yaşını dolduran erkek çocuklar bu döneme kadar vesayet altındayken, bu dönemden sonra vasileriyle aralarındaki ilişki sona erer ve kendilerine kayyım atanırdı. Böylece mameleklerinin idaresi kayyıma geçerdi. Vesayet ilişkisinin taraflarından birinin ölmesi halinde, ölen kişi vasiyse yeni vasi atanırdı. Eğer ölen kişi vesayet altında bulunan kişiyse, bu durumda, vasinin görevi sona ereceğinden vesayet tamamen ortadan kalkardı. Vasi belli bir dönem için de atanabilirdi. Böylece bu dönemin sona ermesi ile vasinin de görev süresi tamamlanırdı. Bu sayılan nedenlerin hiçbiri gerçekleşmese bile, vasinin görevini gereği gibi ifa etmediği ispatlanacak olursa, vasi bu görevinden alınabilirdi. Bu bölümde, vesayet ilişkisini sona erdiren nedenler başlıklar halinde incelenecektir. Ancak bunların dışında, kadını vesayetten kurtaran, vasisi ile arasındaki vesayet ilişkisini sona erdiren bir başka yol daha bulunmaktaydı.

Gaius, Ins. 1. 194.:

"***Tutela autem liberanturingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint; nam ceterae, quae alterius generistutores habent, velut Atilianos aut fiduciaros, trium liberorum iure tutela liberantur***."

"Özgür doğan kadınlar, üç çocuk doğurmakla vesayetten kurtulurlar. Azatlı kadınlarsa, efendilerinin veya onun çocuklarının kanuni vesayeti altındalarsa, dört doğumla, ***lex Atilia*** gibi bir vesayet altındalarsa yine üç doğumla vesayetten çıkarlar."

II- VESAYET İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN NEDENLER

A. VESAYET ALTINDAKİ KÜÇÜĞÜN 14 YAŞINI DOLDURMASI

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde, on dört yaşını dolduran erkek ile on iki yaşını dolduran kız çocuğu buluğa ermiş sayılmaktaydı. ***Gaius***'un yaşadığı önceki dönemlerde ise, yaş şartı buluğ için tek başına yeterli görülmemekteydi. Aynı zamanda, küçüğün fiziki olgunluğa da erişmesi gerekliydi[431].

Iust. Ins. 1. 22. pr.:

"***Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maiestasdignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatemin masculis post quartum decimum annum completum ilico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine reliquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.***"

"Vesayet altında bulunan kız veya erkekler, buluğ yaşına varmakla vesayetten çıkarlar. Eskiler, erkeklerde buluğu yalnız senelerle değil, aynı zamanda vücut olgunluğu ile takdir etmek istemişlerdi. Fakat biz, kızlar için

[431] BUCKLAND, s. 159; VOLTERRA, s. 118; MONIER, s. 329.

eskilerin bile ahlaka aykırı kabul ettikleri bir şeyin, yani vücut olgunluğunu tetkik etmenin, zamanımız düşüncelerine göre uygun olmadığını kabul ederek, bunu erkeklere de tatbik etmeyi uygun gördük. Bu nedenle bir emirname ile erkekler için buluğun on dört yaşın tamamlanması ile derhal başladığını kabul ettik. Eskilerin uygun bir şekilde koymuş oldukları, kızların on iki yaşını doldurması ile olgunlaştıkları kuralını değiştirmedik."

Bu metinde yer aldığı gibi, erkeklerin on dört, kızlarınsa on iki yaşını tamamlanması ile buluğa erdikleri kabul edilmekteydi. Kural bu olmakla birlikte küçüklere vasi atanmasıyla ilgili olarak, kızların buluğa ermelerinin kendi hukuki statüleri açısından bir değişiklik yaratmadığı bilinmektedir. Buluğ çağını geçen kızların vasileri ile olan ilişkileri bu yaştan sonra da devam etmekteydi. Önceki metinlerde de değinildiği gibi kadınların her zaman vasilerinin olması gerekliydi.

Aynı konuda, ***Gaius***, Ins. 1. 196.'da yer alan metinde de ***Gaius***, ergenlik için fiziksel gelişime bakılması gerektiğini savunurken, diğer bir görüş, on dört yaşın doldurulmasının olgunluğa erişmek açısından yeterli olduğu şeklindeydi.

Gaius, Ins. 1. 196.:

"***Masculi autem cum puberes esse coeprint, tutela liberantur: puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum, qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fuint; sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, ...***"

"Erkek çocuklar, buluğa ermekle vesayetten çıkarlar. ***Sabinus***, ***Cassius*** ve diğer hocalarımıza göre, erkek çocuklar, fiziksel gelişmeleri ile, ki bu

çapkınlıklarıyla ölçülür, buluğa erdiklerini gösterirler. Ancak bunu gösteremeyecek olanlar (hadım edilenler) için yaş buluğa ermede ölçü olarak alınabilir. Diğer okulun yetkililerine göre ise, on dört yaşın doldurulması buluğa ermek için genel ölçü olarak ele alınmalıdır."

Erkek çocuğun on dört yaşını doldurması ile kendisine atanan vasisi ile olan vesayet ilişkisi sona ermekteydi[432]. Bu yaştan sonra, yirmi beş yaşına kadar olan sürede vasi yerine kendisine bir kayyım atanmaktaydı[433]. Bu dönem küçüğün hukuki ilişkilere girmesi açısından nispeten daha rahat hareket ettiği kendisine daha çok hakların verildiği bir dönemdi[434].

B. VESAYET İLİŞKİSİNİN TARAFLARINDAN BİRİNİN ÖLMESİ

Vasi ve vesayet altında bulunan kişi vesayet ilişkisinin taraflarını oluşturmaktaydı. Bu ilişkinin taraflarından birinin ölmesi halinde vesayet ilişkisi doğal olarak sona ererdi[435].

---

[432] ROBY, s. 110; VOLTERRA, s. 118.

[433] Çağdaş hukukumuzda, velayet normal olarak, küçüğün on sekiz yaşını doldurmasıyla sona ermektedir (TMK. md. 11). Ancak bazen çocuk rüşt yaşını tamamlamış olmasına rağmen velayet altında kalmaya devam edebilir (TMK. md. 335).

[434] TMK. md. 470'e göre, küçük üzerindeki vesayet, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer. Hükümlülerde ise, özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis halinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar (TMK. md. 471). Diğer kısıtlılar üzerindeki vesayet ise, yetkili vesayet makamının kararıyla sona erer.

[435] BONFANTE, s. 597; BUCKLAND, s. 160; HUVELIN, s. 382; VOLTERRA, s. 118; MONIER, s. 329.

Iust. Ins. 1. 22. 3.:

" ***Simili modo finitur tutela morte vel tutorum vel pupillorum.***"

" Vesayet, vasilerin veya küçüklerin ölümü ile sona erer."

Vasinin ölmesi halinde yeni bir vasi atanması yoluna gidilirdi ve atanan bu yeni vasiyle birlikte, vesayet altındaki kişi arasında yeni bir vesayet ilişkisi kurulurdu[436]. Vesayet altındaki kişinin ölmesi halinde ise, yine aynı şekilde vasilik ilişkisi biterdi ve vasinin yetkileri sona ererdi.

Gaius, Ins. 1. 168-170.:

"168. ***Agnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.*** 169. ***Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur.*** 170. ***Quo mortuo aut kapite diminuto revertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit, ipse quoque, qui cessit, si mortuus aut capite diminutus sit, a cessicio tutela discedit et revertitur ad eum, qui post eum, qui cesserat, secundum gradum in ea tutela habuerit***."

[436] Çağdaş hukukumuzda da vasilik görevi, vasinin fiil ehliyetini yitirmesi veya ölümüyle sona ermektedir (TMK. md. 479). Velayet de ölümle kendiliğinden sona erer. Çocuğun ölümü halinde veleyet sona ereceği gibi, ana babanın her ikisinin ölümü ile de sona erer. Eğer ana babadan biri ölmüşse, diğeri velayeti devam ettirir. Her ikisinin de ölmesiyle velayet sona ereceğinden, çocuğa bir vasi atanır (TMK. md. 404, 348).

"168. Baba egemenliğine dayanan hısımlara, efendilere üzerlerinde bulunan kadınların vesayetini başka birisine atama hakkı verilmiştir. Ancak bu hak, çocukların vesayetinin buluğa ermekle sona ereceği için, küçüklerin vesayetinin devrinde kullanılmamaktaydı. 169. Vesayetin verildiği bu kişiye ***cessicius tutor*** denmekteydi. 170. Bu şekilde atanan vasinin ölmesi veya ***capitis deminutio***'ya uğraması halinde, sonraki derecede bulunan kişiye vesayet geçer."

C. VASİNİN *CAPITIS DEMINUTIO* HALİNE DÜŞMESİ

Bir kişinin sahip olduğu, hürriyet, vatandaşlık, aile statülerinden birini kaybetmesine ***capitis deminutio***[437] denmekteydi. Bu kişi ***capitis deminutio***'ya düşmesi ile birlikte hak ehliyetini de kaybederdi. Vesayet açısından ise, vasi kendisine verilen statülerden birisini dahi yitirirse, vesayet altında bulunan kişi ile olan vasilik ilişkisi sona ermekteydi[438]. Vesayet altındaki kişinin vasisinin, aile babası olduğu durumlarda, aile babasının böyle bir kayba uğraması, ölmesi ile eş bir hukuki sonuca bağlanmıştı.

Gaius, Ins. 1. 128.:

"... ***ciuitatem Romanam amittat, sequitur, ut quia eo modo exnumero ciuium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate eius esse***..."

[437] UMUR, lugat, s. 32.

[438] VOLTERRA, s. 118; MONIER, s. 329.

" Roma vatandaşlığını kaybeden aile babası, vatandaşlıktan çıkarılması ile birlikte, aynen öldüğünde olduğu gibi, hakimiyeti altında olan kişiler üzerindeki gücünü (***patria potestas***) kaybeder."

Vasinin ***capitis deminutio minima***'ya düşmesi, yani sahip olduğu hürriyet (***status libertatis***) veya vatandaşlık (***status civitatis***) statülerini koruyarak, aile değiştirmek veya ailesinden çıkmak suretiyle, aile durumunun (***status familiae***) değişmesi halinde[439], ki bu durum ***capitis deminutio***'nun en hafif şeklini göstermekteydi, daha önceden vesayet altındaki kişi ile aralarında kurulmuş olan kanuni vesayet (***tutela legitima***) ilişkisi sona ermekteydi[440].

Iust. Ins. 1. 22. 4.:

"***Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas eius amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceterae non pereunt. Sed pupilli et pupillae capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.***"

"Vasinin hürriyet ve vatandaşlık durumunu kaldıran ***capitis deminutio***'su da her türlü vesayete son verir. Vasinin ***capitis deminutio minima***'sı ile, mesela kendi kendisini evlat ettirmesi ile yalnız kanuni vesayet (***tutela legitima***) sona erer. Diğerleri devam eder. Fakat vesayet altında bulunan kız veya erkek çocuğun ***capitis deminutio***'su, ***minima*** da olsa,her türlü vesayete son verir."

[439] UMUR, lugat, s. 32.

[440] BUCKLAND, s. 159; HUVELIN, s. 382; VOLTERRA, s. 118.

Klasik Hukuk Dönemi'nde ve hatta Pandekt Hukuku'nda vasinin ***capitis deminutio minima***'ya düşmesi halinde dahi, kanuni vesayet son bulmaktaydı[441].

D. 26. 4. 5. 5., ***Ulpianus*** (***Edictum***, lib. 35):

"***Si legitimus tutor capite minutus sit, dicendum est desinere eum esse tutorem et locum esse iudicio tutelae finita tutela***."

"Kanuni vasinin medeni statüsünde bir değişiklik meydana geldiğinde, vasilik ilişkisi sona erer ve vesayetin sona ermesiyle bir dava hakkı tanınır."

Vasiyetname ile veya ***magistra***'nın tayini ile vesayet ilişkisinin kurulduğu durumlarda, vasi ***capitis deminutio minima***'ya uğrasa bile, vasilik görevini yapmaya devam etmekteydi. Bu nedenle, ***capitis deminutio minima***'nın, sadece kanuni vesayeti sona erdirdiğini söylemek doğru olacaktır.

Iust. Ins. 1. 22. 1.:

"***Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes vel deportati: item si in servitutempupillus redigatur vel ab hostibus fuerit captus.***"

"Küçüğün ***adrogatio*** ile evlat edinilmesi, sürülmesi, köle haline gelmesi veya düşmanlar tarafından esir edilmesi hallerinde de vesayet sona erer."

Bu başlık altında buraya kadar, vasinin vasilik için gereken sıfatlarından birini kaybetmesi halinde, vasilik ilişkisinin sona ereceğinden bahsedilmişti. Bir

[441] BONFANTE, s. 597; ***Gaius*** Ins. 1. 163.

başka açıdan ise, küçüğün statüsündeki bir değişiklik de bu ilişkiyi bitirebilmekteydi. Küçüğün aile evladı statüsünden çıkması ile vesayet ilişkisi sona erebilmekteydi. Küçük aile evladıyken, köle haline düşmesi, küçükle vasi arasındaki vesayeti sona erdirirdi.

D. 26. 1. 14. 1., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 37):

"***Item si in servitutem pupillus redigatur, utique finitur tutela***."

"Eğer küçük köle durumuna düşerse, vesayet doğal olarak sona erer."

D. VASİNİN BELLİ BİR DÖNEM İÇİN SEÇİLMESİ HALİNDE SÜRESİNİN DOLMASI

Vasinin belli bir dönem için seçilmesi mümkün görülmekteydi. Vasi, seçildiği dönem içinde yetkili kılınmaktaydı ve bu dönemde yaptığı hukuki işlemler nedeniyle doğan zararlardan sorumlu tutulmaktaydı. Vasi için belirlenen görev süresinin dolması ile vesayet altındaki kişi ile vasinin arasındaki vasilik ilişkisi otomatik olarak sona ererdi[442].

Iust. Ins. 1. 22. 5.:

"***Praeterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.***"

[442] TMK. md. 480 uyarınca, vasilik görevi uzatılmadığı takdirde, belirlenen sürenin dolmasıyla, vasilik ilişkisi sona ererdi.

"Vasiyet yolu ile, muayyen bir vadeye kadar atanmış olan vasiler, vadenin bitiminde vesayeti bırakırlar."

Bu dönemden sonra, vasinin, vesayet altındaki kişi adına hukuki işlemlerde bulunması halinde, vasinin yetkisizliği nedeniyle, yapılan işlemler hüküm doğurmazdı. Iust. Ins. 1. 22. 5.'de yer alan yukarıdaki metin aynı zamanda ***Digesta***'da da bulunmaktaydı.

D. 26. 1. 14. 3., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 37):

"***Sed et si ad tempus fuerit quis datus, tempore finito tutor esse desinit***."

"Belirli bir süre için atanan kişi bu sürenin dolmasıyla vasiliği bırakır."

Vasinin hangi dönemler içinde yetkili kılındığının açık olarak belirtilmesi gerekmekteydi. Vasinin atanması sırasında hiçbir dönemden bahsedilmemişse, kural olarak vasinin süresiz olarak atandığı kabul edilmekteydi. Vasi belli bir dönem için atanabildiği gibi belli bir şarta bağlı olarak da tayin edilebilmekteydi. Vasiyetname yoluyla belli şarta bağlı olarak atanan vasinin görevi şartın gerçekleşmesi ile sona ererdi[443]. Bu konuyla ilgili aşağıdaki metin hem ***Digesta***'da hem de ***Iustinianus***'un ***Institutiones***'inde yer almaktadır.

Iust. Ins. 1. 22. 2.; D. 26. 1. 14. 5., ***Ulpianus*** (***Sabinus***, lib. 37):

"***Sed et si usque ad certam condicionem datus sit tetamento, aeque evenit, ut desinat esse tutor exitente condicione***."

[443] MONIER, s. 329.

"Bir kimse, muayyen şarta bağlı olarak vasiyet yolu ile vasi tayin edilmişse, şartın tahakkuku ile vasiliği sona erer."

Vasinin görev yapacağı süre belirlenmemiş olsa dahi, bazı durumlarda vasinin görevi belli bir dönemin bitişi ile sona erebilmekteydi. Örneğin, on dört yaşından küçük iki kardeşe vasi atanması durumunda, kardeşlerden büyük olanın yaş haddini doldurması halinde, diğer küçük kardeşinin vasisi olabilmekteydi. Bu durumda, küçük kardeş için devam eden vesayet sona ererek, büyük kardeş yeni vasi olarak atanmaktaydı.

D. 27. 3. 9. 1., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 25):

"***Si duobus impuberibus fratribus tutor datus sit et alter eorum in legitimam tutelam fratris sui perfectae aetatis constituti reccidit, eum qui datus esset tutorem esse desisse Neratius ait***."

"İki küçük erkek kardeş için bir ***tutor*** atandıktan sonra, kardeşlerden biri gerekli yaşı doldurup diğerinin kanuni vasisi (***tutor legitima***) olursa, ***Neratius*** der ki: bu durumda vasi olarak atanan kişinin vasiliği biter."

Kadınlar da bilindiği gibi bazı hukuki işlemleri yapabilmeleri için vasiye ihtiyaç duymaktaydılar. Ancak zamanla, kadınlar üzerinde kurulan bu hakimiyet hafifletildi ve en son beşinci yüzyılda kaldırıldı. Burada bunu açıklamamızın nedeni, henüz vesayetin kaldırılmadığı ***Augustus*** Dönem'inde, ***Lex Papia Poppea*** Kanunu[444] gereğince, üç çocuklu hür veya dört çocuklu azat edilmiş

[444] Bu konu ikinci bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bkz. yukarıda s. 53.

kadın vesayetten kurtulmaktaydı. Yani daha önceden üzerinde vesayet kurulan kadının çocuklarının dünyaya gelmesiyle, bu vesayet ilişkisi sona ererdi[445].

E. VASİNİN ÖDEVLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİ

Bir vasi, vesayet altında bulunan kişinin mamelekini gerektiği gibi yönetmezse, mameleki zarara uğratıcı tasarruflarda bulunursa veya yapması gereken işleri tam olarak ve zamanında yapmazsa, vasinin iyiniyetli olduğu düşünülemezdi. Vasinin bu şekilde görevine devam etmesi vesayet altındaki kişi açısından büyük sakıncalar doğurmaktaydı. Bu nedenle, bu şekilde hareket ettiği ispatlanan vasinin vasiliği sona ererdi.

D. 26. 1. 14. 4., ***Ulpianus*** (***Sabinus*** lib. 37):

"***Praeterea si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor***."

"Bir kişinin güvenilmezliği anlaşıldığı takdirde, o kişinin vasiliği sona erer."

Bu nedenle, vesayeti kötüye kullandığından şüphe edilen vasilerin (***tutor testamentarius***) ellerinden, vasilik sıfatları alınmadan, idarenin fiilen alınması için bir dava açılması öngörülmüştü. Bu davaya yukarıda üçüncü bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı gibi "***accusatio suspecti tutoris***"[446] denmekteydi. Bu dava, bir ceza davası niteliğindeydi. Vasinin, vesayet altındaki kişinin mamelekini gereği gibi iyiniyet kuralları çerçevesinde idare etmemesi halinde, bu dava ile vasinin görevine son verilebilmekteydi. Vasinin zan altında bulunması halinde dahi, bu dava açılırsa, dava sonuçlanana kadar vasi mameleki idare görevinden men edilirdi.

[445] AYİTER, s.87; EMİROĞLU, s. 78.

[446] BONFANTE, s. 613; UMUR, lugat, s. 2; SERRAO, s. 312.

Iust. Ins. 1. 26. 7.:

"***Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est***."

"Bir kimse zan altında bulunduğu için takip edilirse, ***Papinianus***'un ileri sürmüş olduğu gibi, dava neticeleninceye kadar idareden men edilir."

Vasinin görevinin sona ermesiyle birlikte, onun yerine başka bir vasi atanırdı. Vasinin görevinin hangi nedenden ötürü sona erdiğinin önemi yoktu. Önemli olan, vesayet altındaki kişiyi korumasız bırakmamaktı.

Gaius, Ins. 1. 182.:

"***Praeterea senatus censuit, ut si tutor pupili pupillaeue suspectus a tutela remotus sit sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo facto prior tutor amittit tutelam.***"

"Senato kararına göre, kız veya erkek çocuğun vasisinin şüpheli görülerek veya tamamen hukuki temellere dayanan feragatla vesayetinin sona ermesi halinde, vasi vesayeti bırakır bırakmaz yerine başka bir vasi atanır."

Vasinin kendi çıkarlarını gözeterek mameleki idare etmesi veya vesayet altındaki kişi lehine hareket etmemesi hallerinde, vasinin kötüniyetle davrandığı ve görevini yerine getirmediği sonucunu çıkarmak mümkün olmaktaydı[447]. Bu şekilde, vesayet altındaki kişi için son derece zararlı hareketlerde bulunan vasinin

[447] D. 26. 10. 5. pr., ***Ulpianus*** (***Disputationum*** lib. 3).

bir an önce görevine son verilmesi, vesayet altında bulunan kişinin çıkarlarını korumak açısından en uygun yol olarak kabul edilmekteydi[448].

Iust. Ins. 1. 26. 12.:

"***Qui fraudulenter tutelam vel curam adminstrant, etiamsi satis offerant, removendos a tutela, quia satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat***."

"Vesayeti veya kayyımlığı hileli olarak idare edenler, teminat verseler de vesayetten uzaklaştırılabilirler, zira teminat, vasinin kötüniyetini değiştirmez, aksine vesayet altındaki kişinin mamelekini zarara uğratmak üzere kendisine daha uzun bir zaman imkan vermiş olur."

---

[448] Çağdaş hukukumuzda, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır (TMK. md. 346). Bu önlemlerin tesbiti hakime bırakılmıştır. Burada önemli olan çocuğun emniyetinin, menfaatinin ve güvenliğinin korunmasıdır. Çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim, ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi, çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması hallerinde velayetin kaldırılmasına karar verir. Velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa, çocuğa bir vasi atanır (TMK. md. 348)., ÖZTAN, s. 395; ZEVKLİLER, s. 925.

Vesayete ilişkin olarak, TMK. md. 483'e göre, vasi, görevini ağır surette savsaklar, yetkilerini kötüye kullanır veya güveni sarsıcı davranışlarda bulunur ya da borç ödemede acze düşerse, vesayet makamı tarafından görevden alınır. Ayrıca, vasinin görevini yapmakta yetersizliği sebebiyle vesayet altındaki kişinin menfaatleri tehlikeye düşerse, vesayet makamı kusuru olmasa bile vasiyi görevden alabilir. Aynı şekilde, TMK. md. 402'ye göre, aile meclisi görevini yapmadığı veya vesayet altındaki kişinin menfaati gerektirdiği takdirde, denetim makamı herzaman aile meclisini değiştirebileceği gibi özel vesayeti de sona erdirebilir.

Vasi atanırken, onun yaşam tarzı, ahlakı, çevresinde oluşturduğu izlenimler vasilik görevini gereği gibi yerine getirip getirmemesi açısından belirleyici olmaktaydı. ***Magistra***'nın yaptığı vasi atamalarında, bu ölçütler dikkate alınmaktaydı. Ancak, diğer atamalarda, yani kanuni vesayette en yakın baba egemenliğine dayanan hısım, vasiyetname yoluyla atamalarda ise, vasiyetnamede belirlenen kişiler otomatik olarak vasi atandıkları için, ancak göreve başlamalarından sonra kendilerinin karakterleri hakkında bilgi sahibi olunabilmekteydi[449]. Bu nedenle, görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde vasilikten alınmaktaydılar. Vasinin zengin veya fakir olması önemli değildi. Vasinin görevini düzgün yapıp yapmaması esas ölçü olarak alınmaktaydı[450].

Iust. Ins. 1. 26. 13.:

"***Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit: enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus***."

"Kötü ahlakı ile şüphe altında bulundurulan kimseyi de güven vermeyen kişi olarak kabul ediyoruz: bununla beraber bir vasi veya kayyım, fakir de olsa, güvenilir ve sadık ise, vesayetten uzaklaştırılamaz."

[449] D. 26. 10. 8., ***Ulpianus*** (***Edictum*** lib. 61).

[450] BUCKLAND, s. 160.

SONUÇ

Aile babasının hakimiyeti altında bulunan ve hukuken ona bağlı olan kişilerin oluşturduğu gruba aile (***familia***) denmekteydi. Roma'da iki tür aile bulunmaktaydı. Bunlardan ilki dar anlamda aileyi ifade etmekteydi. Bu aileye "***familia proprio iure***" denmekteydi. Bu aile, aile babası ve onun egemenliği altındaki kişilerden oluşmaktaydı. "***Familia communi iure***" denen geniş anlamda aileyi ifade eden aile ise, ortak asıl sağ olsaydı onun egemenliği altına girecek olan kişilerden oluşurdu. Roma'da ise, fiziki yönden çok geniş bir aile yapısı söz konusuydu.

Ius civile ailesi, ***pater familias*** ve onun egemenliği altında olan ya da ortak ***pater familias*** yaşasaydı, onun egemenliği altında kalacak olan kimselerden meydana gelen aileydi. Her ailenin başında bir aile babası (***pater familias***) bulunmaktaydı. ***Patria potestas***, bir aile babasının kendi ölümüne kadar geçen süre içerisinde kendi çocukları ve himayesi altındakiler üzerinde sahip olduğu güç ve yetkiydi. Tüm yetkiler aile babasında toplanmıştı. Aile babası aile içinde, gerçek anlamda bir baba olarak görülmemekteydi. O, ailenin başı (***capofamilias***) sıfatını taşıyan bir idareci konumundaydı. Aile babasının onayından geçmeden hiçbir karar alınamıyordu.

Aile babasının egemenliği altında bulunan veya bu egemenlik altına giren kişiler, aile evlatları (***filius familias***) ve evlilik nedeniyle aileye giren evli kadınlardı. ***Ius Civile***'ye uygun yapılan evliliklerden doğan çocuklar, "***ipso iure***" başka bir işleme gerek olmadan aile babasının egemenliği altına girerlerdi. Bunun yanında, bir aile babası "evlat edinme" yoluyla aileye yabancı bir kişiyi aile evladı statüsüne sokabiliyordu.

Evli kadın, eğer kocasının veya kocası da egemenlik altında ise, onun aile babasının egemenliği altına girmezse, kocasının ailesi dışında kalıyordu. Aile

babası (***pater familias***) statüsünde olan kocasının egemenliği altına giren evli kadın, kocasının bir çeşit kızı statüsünü kazanıyordu. Kocası, aile evladı statüsünde (***filius familias***) olan evli kadın ise, kocasının aile babasının egemenliği altına girince, kocasının bir çeşit kız kardeşi statüsü kazanıyordu. Her iki durumda da evli kadın üzerinde kurulan bu egemenliğe "***manus***" denmekteydi.

Patria potestas, aile babasına, hem aile fertlerinin şahısları üzerinde ve hem de ailenin malvarlığı üzerinde egemenlik yetkisi vermekteydi. Roma'nın ilk dönemlerinde, ***pater familias***, sahip olduğu mutlak egemenliğini aile fertleri üzerinde dilediği biçimde kullanabiliyordu. Ailenin yargıcı ve dini lideri sıfatıyla, aile içinde suç işleyen aile ferdini yargılayabilir, cezalandırmak için dövebilir, hapsedebilir ve hatta öldürebilirdi. İlk olarak ***Constantinus***, daha sonraları ise, ***Honarius*** ve ***Theodosius*** zamanlarında, aile evladını terkeden ***pater familias***'ın bu evlat üzerindeki ***patria potestas***'ının sona ereceği düzenlendi.

Aile babasının özgürlüğünü veya vatandaşlığını kaybettiği ya da aile babasının ***alieni iuris*** duruma düştüğü durumlarda da aile üzerindeki baba hakimiyeti sona ermekteydi. ***Iustinianus*** zamanında, ***patria potestas***'ın, bu egemenliğe sahip olan aile babalarınca kötüye kullanıldığı bazı durumlarda, ceza olarak kaldırıldığı görülmekteydi.

Aile babasının kendi ailesi içinde bulunan aile evlatları üzerinde sahip olduğu egemenliğe ***patria potestas*** denmekteydi. Aile evlatları doğumla veya evlat edinme yolu ile baba egemenliği altına giriyorlardı. ***Ius civile***'ye göre geçerli bir evlilik birliği içinde doğan çocuklar ***ipso iure*** yani başkaca bir işleme gerek olmadan, evliliğin ***manus***'la (***cum manu***) veya ***manus***'suz (***sine manu***) yapılmasına bakılmadan aile babasının hakimiyeti altına girmekteydiler.

İlk dönemlerde, köleninkiyle eş pozisyona sahip olan ***filius familias***'ın aile içindeki yeri, Cumhuriyet Dönemi'nin başlarında, köleninkinden biraz daha iyiydi. 0- 7 yaş arasındaki grubu oluşturan aile evlatlarına ***infantes*** denmekteydi ve

bunlar fiil ehliyetinden tamamen yoksundular. 7-14 yaş arasında bulunan ***impubes***'ler ise, sınırlı ehliyetli idiler. Kendisini alacaklı hale getiren işlemlerde akdin tarafı olabiliyor, bağış kabul ediyor ancak kendisi bağış yapamıyordu. Borçlandırıcı işlemleri yaparken vasisinin iznine (***auctoritas***) gerek duyuyordu. Fiil ehliyetine sahip olabilmek için 25 yaşın doldurulması gerekliydi. 14 – 25 yaş arasındaki küçüğün (***puberes minores***) vasisi ile ilişkisi kesilerek kendisine bir kayyım atanırdı.

Evlat edinilen çocuklar da diğer evlatlarla aynı statüde görülmekteydi. Evlat edinme ile baba egemenliği altına giren çocukla, aile babasının kendi çocukları arasında bir fark bulunmamaktaydı.

Ius Civile ailesi, aynı baba egemenliği altında olma hukuki esasına dayanmaktaydı. Bu nedenle kadının, kocasının ailesi içine girebilmesi için üzerinde ***patria potestas***'ın kurulması gerekmekteydi. Ancak, kadının evlenmesi, bu egemenliğin kurulması için yeterli olmamaktaydı. Kadının egemenlik altına girebilmesi, ***conventio in manum*** olarak adlandırılan işlemlerden birinin yapılmış olmasına bağlıydı. Bu işlemlerden sonra kadın üzerinde kurulan egemenlik ***manus*** olarak isimlendirilirdi. Manus kurumu 12 Levha Kanunları'na dayanmaktaydı. Bir yıl boyunca aralıksız olarak kadının kocasıyla birlikte bulunması halinde de, kadın, aynen taşınır malların kazanılması gibi, kocasının ***manus***'u altına girerdi.

Manus işleminin yapıldığı evliliklerden (***cum manu***) farklı olarak, ***manus*** işlemi yapılmadan gerçekleşen evliliklerde (***sine manu***) kadın, kocasının veya kocasının aile babasının egemenliği altına girmiyordu. Evli kadın, üzerinde ***manus*** kurulmasıyla, kendi ailesiyle olan ***agnatio*** akrabalığı sona erer ve tüm hukuki sonuçlarıyla kocasının ailesine dahil olurdu. Evli kadının üzerinde ***manus*** kurulmaması halinde, ***ius civile***'ye göre, ailesinin dışında kalmakta ve kocası ve bu evlilikten doğan çocuklarıyla arasındaki ilişkiler hukuken dikkate alınmamaktaydı.

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren kadın, hak ve hürriyetler açısından erkeğe yakın bir konuma gelmişti. ***Manus***lu evlilik uygulamadan hemen hemen tamamen kalkmıştı. Ancak kadın, vesayet altında olmaktan bu dönemde de kurtulamamıştı. Bu durum Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde dahi devam etmişti. M.S. 44-49 yıllarında İmparator ***Claudius***'un teklifi ile çıkarılan ***Lex Claudia*** ile kadınlar üzerindeki en yakın agnatik hısmın kanuni vesayeti sona erdi[1]. ***Augustus***, Romalıları evlenmeye ve çocuk yapmaya teşvik amacıyla, yaptığı bazı kanunlarla, hür olarak doğmuş ve asgari üç çocuğu olan veya azat edilmiş olup da asgari dört çocuğu bulunan kadınları vesayetten kurtarıyordu[2].

Vesayet, Roma Hukuku'nda dönemlere göre farklı özellikler göstermekteydi. Vesayetin üzerinde kurulduğu kişilerin durumları, cinsiyetleri, yaşları vesayetin çeşitlerini belirlemede esas teşkil etmekteydi. Vesayetin üzerinde kurulduğu kişilere ve vasinin atanması şekline göre ***tutela***'yı kendi içinde önce iki gruba ayırabiliriz. ***Tutela***, üzerinde kurulduğu kişilerin yaşlarına göre, 0 – 14 yaş arasındaki erkek çocuklar (***tutela impuberum***) veya kadınlar (***tutela mulierum***) üzerinde kurulabilmekteydi[3]. Bunun yanında, vasinin atanması şekline göre, ***tutela testamentaria*** (vasiyetname ile), ***tutela legitima*** (kanunen) ve ***tutela dativa*** (***magistra***nın atamasıyla) olmak üzere üç farklı vesayet çeşidi daha kabul edilmişti.

Vesayet, vesayet altındaki kişinin belli şartları taşımaması nedeniyle iradesinin tamamlanması ve hukuki işlemleri geçerli bir şekilde yapabilmesi için konmuş koruyucu bir kurumdu. Roma Hukuk Sistemi'ne göre, her Roma vatandaşı hak ve fiil ehliyetine sahip değildi. Bu ehliyetlere sahip olabilmek için belli şartların birarada bulunması gerekmekteydi. Roma Hukuku'na göre, Roma vatandaşı ve özgür olan, baba egemenliği altında bulunmayan ***sui iuris*** kişinin hak ehliyetine

[1] AYİTER, s. 86; UMUR, sözlük, s. 116.

[2] ***Gaius***, Ins. 1. 145; UMUR, Roma Hukuku, s. 150.

[3] Çağdaş hukukumuza göre, henüz reşit olmayanlar (18 yaşından küçük olanlar) velayet altındadır. TMK. md. 11'de "Ergenlik 18 yaşın doldurulmasıyla başlar." ifadesi bulunmaktadır. Yani, 18 yaşını dolduran kişi velayet altında olmaktan kurtulur.

sahip olduğu kabul edilmekteydi. Hak ehliyeti açısından, herhangi bir cinsiyet ayrımcılığına gidilmemişti. Bunun yanında, yirmi beş yaşını dolduran, akıl hastalığı ve müsrifliği olmayan erkekler ancak medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahipti. Bu bağlamda kadınların hiçbir koşulda fiil ehliyetine sahip olamayacakları kabul edilmekteydi

Çağdaş hukukumuzda hak ehliyeti, hak ve yükümlülük sahibi olabilmek, hak ve yükümlülüklerin süjesi olmak iktidarıdır. Hak ehliyeti konusu, Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu maddede, "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre, bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." ifadesi yer almaktadır. Bundan da açıkça anlaşılacağı gibi, hak ehliyeti, çağdaş hukukumuzda, yaş, fikri ve bedeni gelişme, hukuki işlemlere katılabilip katılamama gibi hususlar gözönünde tutulmaksızın, her şahsa tanınan bir ehliyettir. Türk Medeni Kanunu'nun 9. maddesine göre, " Fiil ehliyetine sahip olan kişi, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir." Ancak Türk Medeni Kanunu hak ehliyetinde olduğu gibi, herkesin fiil ehliyetine sahip olduğunu kabul etmemektedir. Bir kişinin fiil ehliyetine sahip olabilmesi için, reşit olması (18 yaşını tamamlaması), temyiz kudretine sahip olması ve kısıtlı olmaması gerekir.

Roma Hukuku'nda ***tutela*** kavramı, günümüz çağdaş hukukunda kullanılan hem velayet ve hem de vesayet kurumlarına karşılık gelmekteydi. Ancak günümüz hukukuna kıyasla Roma Hukuku'nun kabul ettiği "vesayet" kurumuna ilişkin düzenlemelerin daha dar olduğu söylenebilir. Roma Hukuku'nda belli yaş aralığındaki çocukların yanında kadınlar üzerinde de vesayet söz konusu olmaktaydı. Çağdaş Hukukumuzda cinsiyete dayalı bir ayrımcılık, kısıtlama yapılmamıştır. Bu yönüyle Çağdaş Hukukumuzla, Roma Hukuku'nda kabul edilen vesayet kavramları arasında farklar bulunduğu görülmektedir.

Velayet, küçüklerin ve bazı durumlarda da kısıtlı çocukların gerek şahıslarına, gerek mallarına özen gösterme onları temsil etme konusunda kanunun, ana babaya yüklediği görevler ile bu ödevlerin iyi bir şekilde yapılmasını sağlamak üzere tanıdığı hakların tümüdür. Çocuklar, istisnai haller dışında, reşit oluncaya

kadar ana ve babalarının velayeti altındadır. Bu nedenle, çocukların şahsının ve mallarının korunması “velayet” kurumu ile sağlanmaktadır. veli, velayet hakkına sahip olanlardan her birine denir. Bunlar, baba ile ana veya bunlardan biridir. TMK. md. 335 uyarınca, ana ve baba ergin olmayan çocuklarının velileridir. Velayetleri çerçevesinde, üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. Çağdaş hukukumuza göre, henüz reşit olmayanlar (18 yaşından küçük olanlar) velayet altındadır. TMK. md. 11’de “Ergenlik 18 yaşın doldurulmasıyla başlar.” ifadesi bulunmaktadır. Yani, 18 yaşını dolduran kişi velayet altında olmaktan kurtulur.

Ancak velayet hakkının bulunmaması veya bu hakkın veliden alınmış olması durumlarında, vesayet kurumu devreye girmektedir. Bir yandan velayet altında bulunmayan küçükleri, diğer yandan çeşitli sebepler nedeniyle kendi kendilerini yönetmekten aciz reşit kişileri, gerek şahısları gerek malları bakımından korumaya ve onları temsil etmeye yönelik kuruma “vesayet” denmektedir. Vasi, velayet altında bulunmayan küçüklerin ve mahcurların menfaatlerini korumak üzere sulh mahkemesi tarafından tayin edilen kanuni mümessildir. TMK. md. 403’e göre, vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür.

Çağdaş hukukumuzda, velayet, 18 yaşından küçüklerin ve bazı durumlarda ergin kısıtlı çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunması ile onların temsili konusunda ana babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin tümünü ifade etmektedir. Vesayet ise, aciz, sakat, korunması gereken kişilerin ve bunların korunmasına yönelik koruma sağlayıcı bir resmi kurumdur. Medeni Kanunumuzda, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, ayyaşlık, suihal, sui idare, hapis cezası gibi kısıtlılık halleri ile kişinin kendi isteği ile kısıtlanması ve küçüklük vesayeti gerektiren durumlar olarak sayılmıştır.

TMK. md. 404'ün 1. fıkrasında "Velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır." ifadesi bulunmaktadır. Bu madde ile, velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Vesayet, bir başka tanıma göre, herhangi bir sebepten dolayı korunmaya muhtaç olan ve kendi işlerini idare edemeyen ***sui iuris*** şahıslarda, ***patria potestas***'ın yerini tutan bir kurumdu. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, vasi, vesayet altındaki kişinin yararına hareket etmeliydi. Bir aile babası egemenliği altında olan kişilerin çıkarlarını nasıl koruyorsa, vasinin de aynen bu şekilde vesayet altında bulunan kişinin çıkarlarını koruyucu yönde davranışlarda bulunması gerekliydi.

Tutela , ***sui iuris*** olup henüz buluğ çağına ulaşmamış (***impubes***) küçüklerin (***pupillis***) ve her yaştaki ***sui iuris*** kadınların mameleklerini korumak için, eksik olan fiil ehliyetlerini tamamlamak üzere tesis edilmiş bir koruma kurumuydu. Küçükler üzerindeki vesayet bütün Roma Hukuku dönemleri boyunca devam ettiği halde, baliğ ***sui iuris*** kadınlar üzerindeki vesayet (***tutela mulierum***) son imparatorluk döneminde ortadan kalkmıştı. ***Tutor***, gerekli olgunluğa erişmemiş olmaları nedeniyle, kısıtlı sayılan erkeklere ve her yaştaki kadınlara atanıyordu.

İlk dönemlerde, vasi atanmasının nedeni, vesayet altındaki kişiyi korumaktan çok onun mamelekini güvence altına almaya yönelikti. Vasiyetname ile herhangi bir atamanın yapılmadığı durumlarda, küçüğün ölmesi halinde mirası alacak olan kişi, yani küçüğün agnatik hısmı kendisine vasi olarak atanmaktaydı. İlk dönemlerde vasi, küçüğün çıkarlarından çok ailenin malvarlığını korumak için görevlendiriliyordu. Vasi bir nevi gelecekte kendinin sahip olabileceği malvarlığının yönetimini üstleniyordu. Bu nedenle, küçüğün ölmesi ile mirası alacak olan en yakın agnatik hısım vasi olarak tayin edilmekteydi.

Vesayet ilk dönemlerde tamamen özel bir kurum olarak görülürken, daha sonraki dönemlerde bu özelliğini kaybetti. Cumhuriyet dönemi ile birlikte, vesayet kurumu bir kamu görevi "***munus publicum***" olarak görülmeye başlandı.

İlk dönemlerde uygulanan vesayet ilişkisi içinde, çocuğun çıkarlarından ziyade vasinin menfaati korunmaktaydı. Çocuğun ölmesi halinde, onun mirasını alacak olan kişi, yani küçüğün kanuni mirasçısı, ona vasi olarak atanmaktaydı.

Çağdaş Hukukumuz kabul edilen velayet, vesayet ve vasilik sıfatını sona erdiren nedenlerle Roma Hukuku'nda belirlenen nedenler çok büyük benzerlikler göstermektedir. Günümüz hukukukunda velayet hakkı, kanundan dolayı veya mahkeme kararı ile sona erebilir. Velayet normal olarak, günümüz hukuk düzenlerinde çocuğun ergenliğe kavuşmasına dek devam etmektedir. Çocuğun ergenliğe kavuşmasıyla TMK. md. 11 uyarınca, on sekiz yaşın doldurulmasıyla, velayet de kendiliğinden sona erer. Bunun yanında ana babanın veya çocuğun ölümüyle, hacir altındaki çocuğa vasi tayini ile kanun gereği velayet ilişkisi sona erer.

Vesayeti sona erdiren nedenler söz konusu olduğunda, yasal temsilcilik sona ermektedir. Çağdaş Hukukumuzda, vesayet altındaki kişinin ölmesi, küçüğün ergenliğe kavuşması, kısıtlı olanlar hakkındaki kısıtlama kararının kaldırılması, hapis cezası nedeniyle kısıtlanan kişinin cezasını çekip bitirmesi ya da affa uğraması ile vesayet de sona ermektedir. Vasilik sıfatını sona erdiren durumlarda vesayet ortadan kalkmaz ve vesayet altında bulunan kişiye yeni bir vasi atanmaktadır. Vasinin ölmesi, kısıtlanması, vasilik süresinin sona ermesi ve görevin uzatılmaması, vasinin istifa etmesi, vasinin vasiliğe layık olmaması, görevini kötüye kullanması, aşırı ihmalde bulunması, borcunu ödemekten aciz olması gibi nedenlerle yargıç kararıyla azledilmesi hallerinde sadece vasilik sıfatı sona erer, fakat vesayet devam ettiğinden, vesayet altındaki kişiye yeni vasi atanır.

SUMMARY

Guardianship was a very important area of Roman Law. Various categories of ***sui iuris*** persons were regarded as needing legal protection – children under the age of puberty, women, minors – a sizeable part of the population, which helps to explain the high incidence of guardianship in Roman society. These people were regarded as not capable of managing their own affairs. Tutelage is force and power granted and all owed by the civil law over a free person, for the protection of one who, on account of his age or sex, is unable to protect himself / herself of his / her own accord. Every Roman child that was ***sui iuris*** and ***impubes*** (below the age of puberty which is fourteen) had to have a guardian (***tutor***). This kind of tutelage was called ***tutela impuberum***.

The first period of pupilage extended from birth to the end of the seventh year. Children during this time are called infants (***qui non fari possunt***). An infant was considered incapable of performing any legal act whatever, even with the consent of his tutor. The power of the tutor extended to the entire management of the affairs of the infant so far as such management was not specially restricted by law. The tutor acted in his own name, but on behalf of his ward.

When the pupil passed his seventh year he acquired a great degree of legal capacity. He could engage in legal trasactionsin his own name so far as they were beneficial to him, but no act of his own could operate to his prejudice. The acts of the pupil might possess full legal force and be binding upon himself as well as upon the party with whom it came into relation, it was necessary for the tutor to add his authority (***auctoritatis interpositio***). This involved the active co-

operation on the part of the tutor by means of which a "natural act" would be converted into a "judicial act".

Women were also under permanent tutelage. Roman women who were ***sui iuris*** and had reached puberty were subject to the guardianship of women which is called ***tutela mulierum***. The origins of the institution dated from early Roman society. Even when a women married she retained her ***tutor*** unless and until she entered the ***manus*** of her husband. The principal design was to keep the property in the family. Practice allowed a wife in ***manus*** to be given by her husband the choice of her guardian. As a rule, women were under guardianship through all their lives. But the Evstal Virgins were, from respect to their office, made by the XII Tables free from guardianship. By the ***lex Iulia*** and ***Papia Poppaea*** freeborn women who had three children, and freedwomen who had four, were also freed even from statutable guardianship.

If a woman wished to change her ***tutor*** she could do so with the authority of her existing ***tutor***. The guardian of a woman in ***tutela mulierum*** had a very limited role compared to the guardian of a child under the age of puberty. The woman was responsible for managing her own affairs, although in practice the guardian often gave her assistance.

A tutor might be appointed to an ***impubes sui iuris*** either by operation of law or express direction of the ***paterfamilias***. By the Law of the Twelve Tables, parents were permitted to appoint tutors by will to their children, whether they are maculine or femminine gender. This kind of tutalege was called testamentary guardianship (***tutela testamentaria***). It was necessary that the person should be ascertained and that the appointment should be direct, not by way of trust; but it might be conditional or from a certain time. Only Roman citizens or persons recognised as on equality with them could be appointed by will.

If there was no testamentary guardian or if a guardian was appointed but died before the ward reached puberty, the guardianship vested under the Twelve

Tables to the nearest agnate. Agnates would first be called, apparently by an express provision of the Twelve Tables, all those above puberty in the same degree of relationship being called equally. When there were no agnates gentiles could claim the ***tutela***. Tutores in this category came to be known as ***tutores legitimi*** (statutory guardians). Since if the child died, these tutores would be his heirs, they had a particular interest in looking after the property as carefully as possible. In default of other tutors, in an other sence if there was no statutory or testamentary guardian an appointment was made by the ***magistrate*** under the ***lex Atilia*** 210 B.C. This form of guardianship was called magisterial guardianship (***tutela dativa***). Application for the appointment of a guardian for a person under the age of puberty could be made by relatives or friends.

Every Roman citizen could not have the capacity to act as guardian. The basic requirement was that a guardian had to be a male citizen and must have attained puberty. Women could not be guardians, as a general rule, but in the late Empire a widow was allowed to apply for the guardianship of her children or grandchildren. Anyone who was deaf or dump was also disqualified to act as a guardian.

A ward might have two or more guardians. If so, all must give their authority for the same matter. They could divide up the administratio between themselves. They had several options as how to perform their functions. No contract could be made between guardian and ward without the authority of another guardian.

A variety of excuses could be pleaded by those who wished to avoid guardianship. In early law a testamentary guardian had the right to refuse the office, but in the early Empire the right was limited to refusal only on set grounds. Statutory guardians had to accept, but could not be forced to act as guardians. Serous ill health, old age (70 or above), being under 25, illeteracy were the most common excuses. Unless he had a valid excuse, a guardian must have taken up the administration of his ward's affairs as soon as he knew of his appointment.

The guardian's major functions were to manage the affairs of the ward and to authorise his transactions. The guardian would not normally have physical control over the ward. Before a guardian started to administer the ward's estate, he normally gave security (***satisdatio rem pupilli salvam fore***) and made an inventory. Security was in the form of a promise by the guardian that the ward's property would be kept safe. All guardians were required to give security except those appointed by will or high – ranking magistrates. A tutor's principal duty was thathe should not have left the pupillus unprotected. The guardian acted for him, with wide powers of management, as he could buy and sell property, collect and pay depts, make investments and represent the ward in litigation. Contracts made by the guardian during ***administratio*** were binding on him, not on the ward. Only the guardian could enforce such contracts – the relationship of guardian and ward was not one of agency.

Another function of the guardian over the ***pupillus*** is to interpose his authority (***auctoritatis interpositio***). It was principle of law that the ward could not incur liability without his tutor's authority. Without it he might make his condition better as he could accept a gift, but not make it worse. Therfore unaided he could not accept an inheritence nor bind himself by a contract involving reciprocal rights and duties, though the other party was bound to him. The authority must be given by the tutor in person at the time of the act to be authorised. Auctoritatis interpositio was only possible when the ward was old enough to know what he was doing. He must have intellectus.

The liability of tutor in classical law was assessed according to ***dolus*** and ***culpa*** criteria. The guadian had to act with absolute good faith and the same care that a sensible man was expected to use in his own affairs. In the early law the guardian was only liable from his "***dolus***" (fraud). Unfortunately, the concept of ***dolus*** did not have a fixed meaning. The term most probably signified fraud, but later it seems that it included gross negligence. In classical law tutor's liability was not considered in terms of ***culpa*** and ***dolus*** but instead ***periculum*** and

bona fides. The tutor ought to exhibit bona fides or that he bears the periculum in respect of the administration of the ward's property and that he was liable for ***dolus*** and ***culpa***. Evevtually the liability of the guardian encompassed failure to match the standart of care shown in his own affairs.

There were remedies aginst tutorwho fails in his duty. The law had many contrivances to protect wards against maladministration and misconduct of guardians. It was open to any person other than the ward to take proceedings for the removal of a tutor on the ground, actual or anticipated (***accusatio*** or ***crimen suspecti tutoris***). This action had its origin in the Twelve Tables. After the termination of the guardianship the ward had the ***actio rationibus distrahendis***. This was an action for liquidation of accounts. It lay for double damages against a tutor who had been guilty of embezzlement. This was also dated from the Twelve Tables. A more general remedy was the ***actio tutelae*** dating from the later Republic. It lay in respect of an administration which had actually taken place, and was therefore brought only after the guardianship was at an end. It assumed a more general caracter and could be brought in respect of any dereliction of duty. The ex guardian also had on his side a contrary action against the ward for expences and indemnity which was called ***actio tutelae contraria***.

Tutela would be ended by the pupil's attaining puberty. When a boy came fourteen, as he would reach the age of puberty, ***tutela*** would end. Probably twelve was the age at which a girl reached puberty, but age was not important for the appointment of tutor to a girl, since the woman would continue to have the same ***tutor***. Adoption of a ward or deportation or cpture by the enemy could end the tutelage. Statutory guardianships are ended by any loss of civic status. By ward's death or that of the tutor, by ***capitis demunitio*** or as a result of an ***accusatio suspecti tutoris***, tutelage could end. The office of tutor was also terminated by the fulfilment of the condition on which the tutor was appointed.

SOMMARIO

Famiglia nel senso moderno della parola, indica il nucleo di persone formato da marito, moglie e figli, che convivono nella stessa casa. La ***famiglia proprio iure*** era costituita da un gruppo di persone. Nella piu antica società romana, era attribuita in stretta coerenza con l'ordinamento della familia come gruppo unitario, compatto e cementato dal carattere potestativo sia dal punto di vista personale che da quello patrimoniale. Questa famiglia patriarcale possiamo paragonare la famiglia romana. La ***famiglia proprio iure*** era pertando la famiglia di ciascun ***paterfamilias*** e, nella sua originaria La legge delle XII Tavole permise che il paterfamilias assenasse ai figli un tutore diverso dalll'erede.

Le persone ***sui iuris***, cioè non soggetto alla ***patria potestas*** né, se donne, alla ***manus***, né vincolate alcun rapporto di dipendenza, hanno piena capacità giuridica, ossia sono titolari di diritti ed oblighi, ma possono essere naturalmente od essere ritenuti dall'ordinamento giuridico totalmente o parzialmente incapaci d'agire. Le cause che escludono, in vari misura e in vari modi, limitano la capacità d'agire, secondo al diritto romano piu antico, sono: l'età, il sesso femminile, le

malattie mentali, la prodigalità. Gli istituti diretti a realizzare la funzione sin qui indicata erano la tutela e la cura nella loro varie applicazioni. La tutela e la cura sono due istituzioni protettive, che si esercitano principalmente su persone bisognose di difesa in generale per ragione d'età, entrambe relative nel diritto romano ai soli atti patrimoniali, non alla vigilanza sulla persona. Le persone soggette a tutela diconsi pupilli.

Tutela era una forma di assistenza predisposta per particolari categorie di soggetti ***sui iuris*** ritenuti incapaci di agire agli individui ***sui iuris***, di sesso maschile, maggiori di venti cinque anni. Nel diritto romano, fino a tutto l'epoca classica, soggetti alla tutela erano gli ***impuberi*** maschi o femmine ***sui iuris*** e le donne puberi ***sui iuris***: per gli uni vigeva la ***tutela impuberum*** per le altre la ***tutela mulierum***. La ***tutela impuberum*** entrava in funzione quando un ***paterfamilias***, morendo, lasciava dei ***filii familias impuberi*** che diventano ***sui iuris***, o pure emancipava un ***filius*** o una ***filia familias impubere***. La tutela dell'impubere é divenuta un ufficio publico e un onere per il tutore, un istituto protettivo per il pupillo.

Tutela mulierum era una particolare forma di tutela cui la donna era soggetta per tutta la durata della sua vita. Tutte le donne ***sui iuris*** quindi, ove venisse a mancare la ***potestas*** o la ***manus*** a cui erano sottoposte, entravano in tutela. Tutela diretto a proteggere gli interessi della famiglia e non quelli della donna, poteva essere tutore anche un impubere con la conseguente necessità. Questa poteva essere, come quella degli ***impuberi***, ***legittima***, ***dativa*** o ***testamentaria***. La scelta del tutore poteva essere lasciata dal ***pater familias*** alla stessa donna. Alla nomina del tutore da parte del magistrato si faceva luogo solo se la donna ne avesse fatto richiesta.

La donna ***sui iuris*** amministrava da sé, come si disse, il proprio patrimonio, ma non poteva senza l'***auctoritas*** del tutore, compiere i seguenti atti: adire una eredità, intentare una ***legis actio***, una manomissione solenne, la costituzione di dote, il testamento, ... In seguito la ***lex Iulia et Papia*** di Augusto

stabilì che cesseva di essere soggetta all tutela la donna che aveva generato tre figli se ingenua, o quatro se liberta.

Quando il paterfamilias dell'impubere designava a nominare un tutore nel testamento, questo tipo di tutela si chiama tutela testamentario. Tutela legittima era un altro specie di tutela. Se un paterfamilias moriva senza aver provveduto alla nomina del tutore testamentario ai suoi ***filii*** o ***filiae familias*** impuberi che, sottoposti alla sua ***patria potestas***, in seguito alla sua morte diventavano ***sui iuris***, la legge delle XII Tavole stabiliva che divenissero tutori degli impuberii loro agnati. Tutela legitima trovava il suo fondamento nella legge. In mancanza di tutela testamentario, deve gerire la tutela il più prossimo degli agnati e, in mancanza di questo, devono gerirla i gentili.

In mancanza di tutori testamantari o legittimi, oppure quando il tutore testamentario sia stato istituito sotto condizione o termine sospensivi o in pendenza di tali condizione o termine, oppure in caso di ***capitis deminutio maxima*** del tutore testamentario, la ***lex Atilia*** (anteriore al 186 a. Cr.) dispose che a Roma il tutore fosse nominato dal preatore urbano e dalla maggioranza dei tribuni della plebe. Il tutore poteva chiedere l'excusatio, se lui era più di settanta anni o malata oppure era gia tutore più di ter persone.

La tutela é stata prima un diritto ed un potere del tutore, una privata funzione in rapporto con la famiglia romana. I poteri del tutore, in origine illimitati, trovarono un freno nella responsabilità del tutore, tenuto a render conto del suo operato. Nel diritto delle XII Tavole la tutela é un potere tanto per il tutore legittimo quanto per il tutore testamentario.

La ***tutela dativa*** predicato é giustinianeo fu sino dalla sua introduzione con la legge ***Atilia*** (prima del 186 a. Cr.) un ufficio obligatorio. La legge, stabilendo la nomina publica del tutore, ha recato un pensiero nuovo nelle altre due specie delle tutela; é infatti nella ***tutela dativa*** che si svolge il concetto del ***munus publicum***.

Il tutore aveva l'amministratio del patrimonio dell'impubere. I suoi poteri si concretavano nella gestio e nell'***auctoritas interpositio***. L'***auctoritas interpositio*** é una cooperazione all'atto del pupillo. L'interposizione dell'***auctoritas*** presuppone che l'impubere sia abbastanza sviluppato, cioé abbia oltre passata l'eta dell'infanzia, il cui termine nel nuovo diritto é fissato ai sette anni. Con l'***auctoritas*** del tutore il pupillo può compiere invece qualunque atto patrimoniale. L'***auctoritas*** deve essere data del tutore in persona, presente all'atto del pupillo, non prima, ne dopo un intervallo da esso.

La "***satisdatio rem pupilli salvam fore***" era una ***stipulatio praetoria*** con la quale il ***tutor*** prima di assumere la tutela prometteva al ***pupillus*** di amministrareil suo patrimonio fecendo diligentemente tutto ciò che competesse al suo ufficio. In caso di inadempimento, il ***pupillus*** esercitava un actio al termine della tutela. Ma la satisdatio non era imposta in ogni caso. La si soleva imporre in due ipotesi. Prima, quando il ***tutor*** fosse ***legitimus*** o fossenominato da un magistrato municipale, secondo quando vi fossero più ***tutores*** di uno stesso pupillo, tra i quali ad uno soltanto si volesse affidare la gestione effettiva.

La responsabilità del tutor fu variemente determina col procedere dei secoli. In età classica il tutore era responsabile per le anomalie di gestione ***dolus malus***. In età postclassica egli fu ritenuto responsabile per ***dolus*** e per ***culpa***. Nel diritto giustinianeo la sua responsabilità si estese alla ***culpa in concreto***, cioè al mancato impiego nella gestione tutoria della ***diligèntia quam suis***.

Nel diritto giustinianeo si hanno contro il tutore una serie di mezzi giuridici, cresciuti via via di numero e di efficenza dal periodo delle origini all'epoca di Giustiniano, l'***accusatio suspecti tutoris***, l'***actio rationibus distrahendis***, l'***actio tutelae***. Contro le malversazioni del tutore legittimo competeva l'***actio rationibus distrahendis***; contro quelle del tutore testamentario l'***accusatio suspecti tutoris***. I due mezzi perfettamente paralleli; si intentavano entrambi durante la tutela ed avevano per effetto la sospensione, non la destudizione del

tutore dalla carica. L'***actio rationibus distrahendis*** era un'azione penale concessa dalle XII Tavole durante la tutela nel doppio della stima delle cose sottratte. Al tutore legittimo condannato, poichè era inamovibile, si proibiva la gestione. Il diritto giustinianeo ha esteso l'***actio rationibus distrahendis*** a ogni specie di tutela, l'ha trasformata in azione mista e vuole che competa dopo la fine della tutela.

Al rendiconto della sua amministrazione, finita la tutela, il tutore era tenuto con l'***actio tutelae***, una azione di buona fede e infamante, già conosciuta da ***Quinto Mucio*** console nel 95 a. Cr. Se il tutore non compiva alcun atto di gestione, era convenuto con l'***actio utilis tutelae***. Nel'***actio tutelae*** giustinianea il tutore risponde per la ***culpa inconcreto***. Ma se non v'ha dubbio che il limite della ***diligentia quam in suis rebus adhibetur*** é qui, come forse dappertutto, giustinianeo, la norma classica appare incerta. In diritto classico il tutore non rispondesse se non fino alla misura del dolo. Qualche autori avrebbero affermato la responsabilità del tutore per ***culpa*** e ***neglegentia***.

La tutela ha termine con la morte del pupillo e tutore, con la ***capitis deminutio*** del pupillo e con il raggiungimento dell'età pubere, che è il termine previsto e regolare. Cessa in fine la tutela con il sopraggiungere della condizione e del termine risolutivo, cui è stato subordinata, per incapacità sopravveniente ed ***excusatio a coepta tutela*** nei casi in cui questa è ammessa. Nel diritto classico, il tutore sospetto era rimosso dall'esecizio, ma non decadeva dall'ufficio, perché il ***crimen suspecti*** si applicava solo al tutore testamentario, ma nel diritto giustinianeo l'accusatio suspecti ha applicazione generale e rimozione del tutore sospetto è pur essa vera e proprio decadenza.