



Kocaeli **ilahiyat** Dergisi

ISSN: 2564-677X

Kocaeli **Theology** Journal

VAKFA DAİR BİR TETKİK

Yazar: Hüseyin NACİ^{1*}

Sadeleştiren: Ayhan HIRA

Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi

e-mail: ayhnhira@hotmail.com

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü / Article Types: Çeviri Makale / Translation Article

Geliş Tarihi / Received: 17 Şubat 2020/ 17 February 2020

Kabul Tarihi / Accepted: 21 Mayıs 2020 / 21 May 2020

Yayın Tarihi / Published: 25 Haziran 2020/ 25 June 2020

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Haziran /June 2020

Cilt / Volume: 4 Sayı / Issue: 1 Sayfa / Pages: **325-346**

¹ * Hüseyin Naci. "Vakfa Dair Bir Tedkik". Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası. 2/12 (Teşrinî Sani 1338/Kasım 1922): 94-114.

Öz

İslam hukukundaki vakıf, hakkın ıskatı ve basit bir tasarruftan ibarettir. Fıkıh kitaplarında vakfın kuruluşu, icap-kabul yoluyla kurulan bir akdi değil, bir fiilin mutlak olarak gerçekleşmesini; vakfedenin, malını vakfetmesini ifade eder. Cahiliye döneminde dinî hizmetlerde kullanılmak üzere malın süresiz tahsisi bilinmektedir. Fakat bu durum, vakfın İslam hukukuna ait ve kendine özgü hukukî nitelikleri bulunan bir müesseseye olduğu gerçeğini değiştirmez. Roma hukukunda kısmen benzerlik taşıyan müesseseler bulunmakla birlikte, bunların İslam hukukunda ibadet ve iyilik temelli vakıfla aynı olduğu söylenemez. Osmanlı döneminde vakıflar “vakf-ı âdi” adıyla asıl gayesinin dışında bir tür verasetin, mülkiyetin müsadereden korunmasının ve borcundan dolayı aleyhinde başlayacak adli takipten korunmanın aracı haline getirilmiştir. Ebu Yusuf’un, vakıf müessesesinin genişlemesine, vakıf lehtarlarının şükran duymasına, mülkiyeti elinde bulundurmamak suretiyle vakfedenin hayat tarzına hâle gelmemesine ve ahirette sevap kazanmasına imkân tanıyan görüşü bunun önünü açmıştır. Osmanlı uygulamalarını da dikkate alan Avrupalı hukukçuların bir kısmı, vakfi yeni bir veraset gibi, diğer bir kısmı da vasiyet ve hibe hükmünde bir akit gibi telakki etmişlerdir. Onlar batı hukukunun temel esaslarının etkisinden kurtulamayarak vakıf kurumuna kendi hukuk ölçütleriyle baktıklarından, bu benzetmeleri İslam hukuku bakımından hatalıdır. Zira İslam hukukunda vakıf, Fransız hukukundaki kendine özgü şartlara bağlı olan hibeye benzemediği gibi, hibe ve vasiyet ile vakıf arasında esaslı farklar vardır. Osmanlı’da ve diğer İslam ülkelerinde vakfın kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, vakıf lehtarlarından birisi vefat edince onu takip edenin vakıftan istifade hususunda ona halef olması, vakfın özel bir veraset nizamını oluşturduğu kanısına yol açmış ve bazı İslam ülkelerinde bulunan karma mahkemeler, vakfi, vakfedenin iradesine bağlı olarak çalışan bir tür veraset kurumu sayma yanlısına düşmüşlerdir.

Anahtar kelimeler: Vakıf, Akit, Tüzel Kişilik, Osmanlı Vakıfları, Veraset.

SADELEŐTİRİLMİŐ METİN

(Vakfın hukukî mahiyetiyle genişlemesi, yayılması ve Avrupa hukuk âlimlerinin vakfa yaklaşımlarındaki hataları)

İslam hukukunda özel bir mahiyet ile ortaya çıkan, İslam ülkelerinde çoğunlukla tatbik edilip diğer ülkelerde aynısına tesadüf edilmeyen vakıf müessesesi, muhtelif bakış açılarından mevzubahis ve incelemeye değer önemli maddelerdendir.

Muhtelif İslam memleketlerinde çoğunlukla bulunan vakıflar acaba ne gibi sebepler ve etkenlere binaen tesis edilmiştir? Bu ortak etkenler nelerdir? Bu, dinin daha ziyade maneviyatla ilgili bir emrinin uygulaması mı veya toplumsal ihtiyaçların neticesi midir? Böyle bir hukuk müessesesi Avrupa hukuk dünyasında mevcut mudur? Vakıflar, iktisat kuramlarıyla nasıl uyuşabilir? Avrupa hukuk âlimleri vakfı nasıl anlıyorlar? Velhasıl, bir kelime ile vakfın hukuk kuramları itibariyle yeri ve kıymeti nedir?

İşte vakfa dair dikkate değer birtakım meseleler ki burada bunlardan bir kısmının incelemesine çaba göstereceğim.

1.Vakfın hukukî mahiyeti. - Vakıf bir hukuk sözleşmesi midir? Yahut basit hukukî tasarruflardan bir tasarruf mu veya ibadetler mahiyetinde bir dinî iş midir? İslam hukuku lisanında vakıf, kamu yararlarına ait olmak üzere bir malın aslını süresiz hapsedmektir. Bu tarife nazaran vakıf, malvarlığında basit bir tasarruf yapmaktan ibaret demek oluyor. Mülkteki tasarrufların bütün türleri mutlaka akit türlerinden bir şekil altında meydana gelmez. Bazı basit tasarruflar vardır ki bir akit mahiyetinde değildir. Tasarrufların bir kısmı da bedelli değiş tokuşlar (muâvazât) ve akitler kabilindedir. Vakıf bunlardan hangisine dâhildir? Fıkıh kitaplarında vakfın kuruluş şartlarından bahsedilir. Kuruluş şartları ancak bir akitte incelenebileceğine göre vakfın da bir akit olması lazım

gelir. Hâlbuki kuruluş (in'ikad) tabiri İslam hukukunda icap ve kabulün şer'î yönden birbirine bağlanmasını ifade etmekle beraber bazen mutlak olarak bir fiilin, bir işin var olması ve gerçekleşmesi manasına gelir. Vakıfta kuruluş bu ikinci mana ile kullanılmıştır. Vakfın kuruluşu demek vakfın var olması demektir. Vakfın bir akit olmadığına delil şudur ki her bir akitte mevcut olan iki taraf burada mevcut değildir. Vakıfta yalnız bir taraf vardır. Vakfeden kişi, malını vakfetmekle vakıf gerçekleşir ve vakıf lehtarının sözlü veya fiilî kabulü şart değildir. Hatta vakıfta teslim etmenin ve teslim almanın (kabz) şart olması, tartışmalı olmasına bakılarak vakfî teberru türlerinden saymak da mümkün olmaz. Teberruların tamamlanması teslim almaya bağlı olduğu halde, fakihlerden bir kısmının ve örneğin İmam Ebû Yusuf'un görüşüne göre vakıfta teslim almak şart değildir ve binâenaleyh vakfın tamamlanması teslim almaya ihtiyaç duymaz. Böyle olunca vakıf mahiyet bakımından bir akit olmadığı gibi temlik de demek değildir. Sıradan bir hak ıskatıdır, malvarlığından çıkarmaktır yani basit bir tasarruftur. İmam Ebu Yusuf vakfî bir hak ıskatı mahiyetinde telakki ettiği için vakıftan dönmenin geçerliliğini caiz görmemiştir.

Vakfın mahiyetini tayin hususunda diğer taraftan İmam Muhammed'in dile getirdiği bir kuram vardır ki buna nazaran vakıf temlik içerir ve binaenaleyh sadaka mahiyetindedir ve bu sebeptendir ki vakfın tamamlanmasında teslim etmek ve teslim almak şarttır. İmam Ebu Yusuf, vakfî çoğaltmak taraftarıydı, vakıf için kolaylaştırma gereği olabilecek fikirleri ve mütalaaları dile getirmiştir. Vakfî sadece bir ıskat ve malvarlığından çıkarma diye anlaması da bundan doğmuştur. Bu tarz yaklaşımın neticesidir ki adı geçen İmamın görüşüne göre meşgul (ifraz edilmemiş) veya şâyi hisseli malın vakfî caizdir. İmam Muhammed'e göre vakfın tamamıyetinde kabz şart olmakla meşgul veya şâyi hisseli malın vakfî câiz olmaz. Fûrudaki ihtilaflar hep bu iki ilkedeki ihtilaftan meydana gelir.

2. Vakfın ortaya çıkışı biçimi ve tarihçesi – Çoğunluk fakihler vakfî tamamıyla İslami bir kurum sayarlar, İslam öncesinde bilinen bir şey olmadığını söylerler. Hatta İmam Şafii "*Bildiğim kadarıyla cahiliye halkı vakıf yapmamış, Müslümanlar vakıf yapmıştır*"² demişlerdir. Bununla birlikte İslam öncesi Araplar nezdinde o zaman dinî kurumlarının bazı hizmetlerine süresiz ait kalmak üzere bazı malların tahsis edildiğini tarihî araştırmalar göstermektedir. Bu tür

2 "لم يحبس اهل الجاهلية فيما علمت و إنما حبس اهل الإسلام"

mallara “emvâl-i muhaccere” tabir olunurdu. Fakat bu emvâl-i muhaccerenin İslam hukuku içinde vakfın tarihi bir esasını teşkil ettiği iddia olunamaz.

Buhârî'nin (194'de doğmuş ve 256 vefat etmiştir.) güvenilir mecmuasında nakil ve rivayet ettiği bir hadis, vakıf müessesesini Hazreti Peygamber'e kadar çıkarır: Hazreti Ömer Hayber'deki arazisini Allah'ın rızasını kazanacak şekilde nasıl kullanabileceğini Hz. Peygamber'e sormuş ve şu cevabı almıştı: “İstersen aslını vakfeder ve gelirini sadaka olarak verirsin.”³ Bu hadis-i şerife binnaen o zaman vakfa sadaka tabir olunurdu. Vakıf tabiri hicrî ikinci asırda kullanılmaya başlamıştır. İslam'da gerçekleşen ilk sadakada yani vakıfta ihtilaf edilmiştir. Bazıları İslam'da olan sadakaların birincisi Rasulullah'ın “yedi bahçesi” idi. Bundan sonra hicri yedinci senede Ömer b. Hattab'ın “Semğ” namındaki sadakasıydı demiştir. Bu cihetler hakkında fazla ayrıntı için Ebubekir Ahmed b. Ömer eş-Şeybânî'nin *Ahkâmü'l-evkâf*'ına veya Muhammed Hamdi Efendi'nin *İrşâdü'l-İhtilâf fi Ahkâmi'l-Evkâf* adındaki eserine müracaat olunmalıdır.

Bu cihet, yani vakfın asıl kökeni meselesi böyle tarihen sabit olduğu halde bazı Avrupa müellifleri vakfın Roma hukukundan alıntılanmış olduğu mütalaasında bulunmuştur. Ezcümle vakfa dair eserler yayınlayan Avrupa müelliflerinden Gateşi (Gattèschi) şu fikirde bulunuyor:

Vakıf müessesesi, diğer birçok İslam müesseseleri gibi (Main-morte) ve (Emphytéose) usullerini bilen Romalılara bağlı kavimlerden alıntılanmıştır. Gerçekten bu müessese Roma hukukunun “Res_sacroe” sine benziyor. Roma hukukunun “Res.sacroe” dedikleri şeyden kimse istifade edemez ve o kimseye ait değildir. Romalıların “Res.sacroe”leri Müslümanların en çok vakıf konusu olan camilerine benzer. Her ne olursa olsun Hz. Muhammed gerek evvelce mevcut bir şeyi tanımış ve teyit eylemiş ve gerek vakfı yeniden kendisi ortaya koyup tesis etmiş olsun, herhalde şurası muhakkaktır ki o bunu sadece ibadet türü bir nasihat şeklinde yapmıştır. Diğer taraftan Hz. Peygamber'in vakfa dair olan hadis-i şerifi ancak şer'i vakfa aittir.

Vakfın esasen millî ve mahallî bir İslamî müessese olduğuna yukarıda nakledilen hadis-i şerif ve benzerleri delâlet ettiği gibi İslam öncesi vakfa benzer millî bir müessesenin mevcudiyeti de tarih araştırmalarından anlaşılmış olmak-

3 “إن شئت حبست أصلها و تصدقت بثمرتها”

tadır. Bu tarihi gerçekler karşısında vakfın Roma hukukundan iktibas edilmiş olduğu yolundaki mütalaalar sıhhat ve isabetten mahrum telakki edilmelidir.

Gateşi, vakıftan başka birçok İslam müesseselerinin daha Roma hukukundan iktibas edilmiş olduğunu beyan ediyor ki bu ayrıca bahsetmeye ve araştırmaya değerdir. Gateşi'nin naklettiğimiz fıkrasının son cümlesi de dikkate değerdir. Bu cümle vakfın esasen İslami bir müessese olduğunu göstermekle beraber vakfın “şer’î” ve “âdî” diye bir sınıflandırmaya tabi tutulduğunu da beyan ediyor. Böyle bir taksim hakikaten mevcut mudur? Vakfa dair ilk eserleri telif eden müctehid fakihlerin kitaplarında böyle bir taksime tesadüf edilmez. Vakfın İslam hukuku nazarında yeri ve daimî mahiyeti vardır ki ibadet ve toplum yararıyla alakalı bir tasarruftan ibarettir. Gerçekte sonraları vakıf asıl mahiyetinden çıkarılarak başka maksatlara hizmet eden bir akit haline getirilmiştir. Çeşitli tarihi sebeplerin etkisiyle oluşan ve bir vakıflaşma yüzyılı ortaya koyan vakıflar, bu hayır kurumunun yeni bir veraset usulü, İslam hukukunun hükümlerinin dairesinden kurtulmaya eğilimli bir vasiyet şeklinde tatbik edildiğini gösteriyor. Malların müsadere edilmesinin mubah sayıldığı devirlerde vakıf, taşınmazlar (emlâk) için bir kurtuluş sığınağı gibi itibar edilmiş, mülkiyet hukukunu temine hizmet eden bir müessese halini alarak mülkiyetin hamisi olmuştur. Diğer taraftan bu tür vakıfların oluşumu samimi bir dinî işin ifası maksadına yönelik değildi. Çoğunlukla vakfedenin hayatında kendisine ve vefatında evlât ve torunlarına şart koşulmuştu. O dini bir müessese değil, daha ziyade iktisadi bir müessese mahiyetini almış oluyordu. Bu sebeplerle bu tür vakıfları âdî vakıflar saymak mümkündür. Fakat onların âdî olması, sonuçta şer’î olmasını gerektirmez. Vakıflara dair hükümleri koyan büyük fakihler vakfın, vakfedene ve evladına şart koşulmuş olması esasını kabul etmişlerdir. Maksatları farklı olan bu vakıflar aynı hukuki hükümlere tâbidir.

Moraca Dûson Monradja d,Hosson “Devlet-i Osmaniye'nin Umumî Tablosu (Tableau genéral de l'Empire ottoman)” adındaki eserinde vakfı (Halebî'ye atfen) üçe taksim ediyor: Birincisi camilerin vakıflarını ihtiva eder. Bunlar milletin dinî mallarını teşkil eyler. İkincisi fakirlere yardım ve kamu yararı esaslarını temin etmek üzere tesis edilen vakıflardır. Üçüncüsü âdî vakıflardır ki camilerin tamir ve ihyasına mahsustur.

Gateşi (Gattèschi) bu taksimi ikiye indiriyor: Şer'î vakıf, âdî vakıf. Âdî vakıfta yararlanma, mülkiyetten ayrılmıştır ve bunda ibadet fiiline ait (mülkiyetin aslı Domium direct) ile (intifa mülkiyeti, intifa hakkı Dominium util) i fark ve temyiz etmek mümkündür.

Böyle bu taksim esasen mevcut olmakla beraber Nizamiye uygulamalarında bu farkın varlığını kabul eden hükümlere tesadüf edilmektedir. Bizde vakıfların zaptı ve bir bakanlığa verilmesi, bazı vakıfların müstesna sayılması böyle bir ayırmadan doğmuş olacaktır. Mısır'da bu fark birçok kanun maddesinde ve bilhassa mahkemelere dair olan Nizamname'nin 62. maddesinde dikkate alınmıştır.

Hulasa vakıf, konuluş esası dinî müesseseler kurmaya, kamu yararını temin etmeye hizmet eden bir ibadet ve itaat mahiyetinde olmakla beraber daha sonra bu maksattan uzak diğer maksatların teminine vasıta olacak hukukî bir müessese halini almış ve bu ikinci tür vakıflar yavaş yavaş İslam geleneklerine nüfuz etmiştir. Bazen bir vakfeden, vakfettiği malların gelirlerinden bir kısmını bir hayır işine tahsis etmekle beraber geri kalan önemli kısmını kendi evlat ve torunlarına şart kılar. Bu suretle vakfın esas konuluşundan uzaklaşmamakla beraber kendi maksadını da temin etti. Onlara bu yetki verilmeseydi İslamiyet'in vakıftan beklediği yararlar gerçekleşmezdi. Malların ve din yolunda kullanılan malzemelerin (cihâz-ı dînî) çoğalmasını görmek arzusu ilk halifeler ile mezhep imamlarını bu konuda izin verici hükümler koymaya sevk etmiştir: Vakıf kuranlar kendi arzu ve iradelerine göre vakıf lehtarları tayin etmek iktidarını elde ettiler.

İslam'ın koyduğu yeni veraset hükümlerine henüz alışamayan ve eski veraset şekillerine henüz bağlılıkları sona ermeyen kimseler için bu vakıf usulleri pek uygun geliyordu. Zamanın bu eğilimleri karşısında fakihler bu usulün meşruiyetini kabul etmekte tereddüt etmediler. Bu usulün bazı kere miras hükümlerinden yararlananların hukukunu ihlal ettiği inkâr olunamaz. Bu şekilde vakıf, emlak sahibi Müslümanlar için, emlakini miras yoluyla intikalden kurtarmak ve hanımının, annesinin, kızlarının hukukuna tecavüzle bütün malvarlığını erkek torunlarına ayırmanın vasıtası olmuştur. Hatta bu hükümlerin mevcudiyetidir ki bazı Avrupa müelliflerine vakfı yeni bir veraset müessesesi gibi göstermiştir. Bu yönü aşağıda inceleyeceğiz.

Vakfa dair hükümler ilk olarak dört imamın birincisi olan İmam Azam hazretleri tarafından *Fıkhu'l-Ekber* adındaki eserinde düzenlenmiş ve bunun ardından İmam Mâlik, İmam Şafii ve nihayet İmam Ahmed b. Hanbel tarafından vakıf hakkında özel hükümler konmuş ve tedvin edilmiştir. Üstad-ı azamın öğrencileri İmam Ebu Yusuf ve Muhammed eş-Şeybânî de vakıf meselelerini inceleyip derinleştirerek bazen ilkelerde ve çoğunlukla füruda birbirine muhalif hükümler ve kurallar koymuşlardır.

Dört mezhebin kurucularıyla onların öğrencileri vakıf hakkında, Kur'ân'da tefsiri mümkün olan ve aksine hareket edilemeyen açık özel hükümlere tesadüf etmediler. Vakfın naklî delili, yukarıda nakledilen hadisi-i şeriftir. Kur'ân'ı Kerim'de vakıfla ilgili bir nas mevcut değildir. Vasiyete dair olan ayet-i kerimenin delâlet yoluyla vakfı da kapsadığını iddia edenler bulunmuştur. Fakat fakihlerin bu meselede dayandıkları naklî delil zikredilen hadisten ibarettir. Hadis-i şerif süresiz sadakanın meşruiyetini göstermekte olup hükümleri kapsamadığından vakıf hakkındaki hükümler tamamıyla imamların eser icat etmeleridir ve bu sebeptendir ki gerek dört imam ve gerek onların öğrencileri arasında vakıf meselelerinde çok derin ihtilaflar ortaya çıkmıştır. Dört imam ile öğrencilerinden her birisi, bu yeni müessesenin ilkelerini tesis etmeye çalışırken, kendi fikrine göre araştırmalara girişmiştir. Yalnız Hanefî mezhebi dikkate alınsa bile görülür ki mezhebin kurucusu Ebu Hanife'nin başlıca öğrencileri olan İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed hem üstatlarıyla, hem de kendi aralarında daimi bir ihtilaf halinde bulunmuşlardır. Ebu Hanife'ye göre vakıf bağlayıcı olmayan bir akittir. İmam Ebu Yusuf ise vakfı bağlayıcı bir akit sayar. Onun koyduğu hükümler, zamanında çok istenerek kabul edilmiştir. Zira bu kaideler bir vakıf tesis etmek isteyen kimsenin menfaatlerine uygun bulunuyordu. İmam Muhammed, üstadı Ebu Yusuf'un şu hürriyet taraftarı kaidelerinin aleyhine ayağa kalkmıştır. Zira o, son derslerinde bulunduğu İmam Malik'in muhafazakâr fikirleriyle doluydu. İmam Ebu Yusuf'a ve hatta bazı kere İmam Ebu Hanife'nin pek fazla aklî ve teorik bulunduğu kuramlarıyla her an mücadelede bulunmuştur.

Vakıf hususundaki şu ihtilaflar dikkate alınırca büyük fakihlerin metne dayanmadıkları zaman kendi fikirlerine, daima meseleleri ve sorunları aklî ve naklî deliller ile ve incelikle, ferâset ve maharetle çözmek hususundaki kulağa

küpe gayretlerine nasıl geniş bir hareket zemini verdikleri ve her birisinin hatta en yetkin hasımlarının bile fikirlerini dikkate almadan, mantikî olmaktan ziyade faydalı görünen şeyi talim ettikleri görülür. Nassın kayıp yetersiz olduğu konularda bu ihtilaflar derinleşir.

Dört büyük imam önemli noktalarda farklı fikirlere sahip olmakla beraber vakfın tesisini kolaylaştırmak için, veraset kanununu itibardan düşürmeyecek ve bir varsayım ile veraset kanunu bertaraf edilemeyecek, onun hükümlerinden sıyrılmak mümkün olmayacak surette bazı çareler, tedbirler almışlardır. Mesela vakfedenin vakfettiği maldan derhal elini çekmesi esasını koydular. Bu surette vakıfta yararlanma hakkına sahip olanların derhal vakıf malına el koyması ve vakfedenin, kendisi tarafından hapis ve vakfedilen maldan istifade edememesi kuralı kabul edildi. Bundan başka vakfiyenin kadılar tarafından tescilini bağlayıcı saydılar. Hatta İmam Malik vakfedene birinci derecedeki evlâdını vakıftan istifade ettirmek yetkisini vermemiştir. Fakat insanları vakfa teşvik etmek hissiyle hislenen ve dolu olan İmam Ebu Yusuf müessesenin genişlemesine mani olabilecek her şeyi kaldırıp ilga etmek taraftarıydı. Hatta vakfedenin fiilen el çekmesinin mecburi olmadığını kabul etmiştir. Bu surette vakfeden hapsedilmiş mala yine sahibi olmak üzere kalıyor yani vakfeden bir hayır işini vücuda getirerek, hayat tarzına hâlel getirmeden, malvarlığını eksiltmeden hem vakıftan yararlanma hakkına sahip olanların şükran ve minnetini hem de ahiret mükâfatını kazanıyor. Ebu Yusuf, bundan başka hâkimin tescil etmek suretiyle vakfa müdahalesinin pek zorunlu bir şey olmadığını beyan etti. Bu fikir İslam ülkelerinin bir kısmında yürürlükte değildir ve bir kısmında caridir. Osmanlı memleketlerinde de bu esas takip edilmiyor, yani tescil şart kabul ediliyor. Cezayir’de ise vakıfların dokuzda onu şahitler huzurunda tamamlanıyor. Ebu Yusuf’un bu nazariyesine göre vakıf, isteği dışı vurmaktan başka bir şey değildir demek olur. Şu mütalaalara, Hanefî mezhebinin, bütün evlat ve torunların vakıf lehtarını yapılabileceğine dair olan müsaadesi de ilave edilecek olursa vakfî yeni bir veraset kurumu gibi göstermek isteyenlerin iddiası kuvvet kazanmış olur. Bununla birlikte, verasetle vakıf arasında esasen ve hukuken mevcut olan farklar bunların ayrı ayrı birer müessese olduklarını açıkça gösterir.

Müctehid fakihlerden bazıları bu şekildeki vakfın meşruiyetini inkâr etmişlerdir Kadı Şureyh diyor ki: “Allah tarafından tesis edilen veraset kanununa muhalif bir vakfın varlığı kabul edilemez.”

Ebu Yusuf’a karşı olan müçtehitler, Şureyh kadar ileri gitmemekle beraber işaret edilen imamın, kendi hukuki fikirlerine uygun bulmadıkları ilkelere bütün kuvvetleriyle hücum etmişlerdir. İmam Muhammed, iki mualliminin, Ebu Hanife ile İmam Malik’in fikirleriyle dolu olarak, vakfa dâhil edilmek istenilen bidatleri reddetti. Fakat bu bidatler vakfedenlerin işine geldiğinden, zamanın diğer müçtehitleri tarafından hücumla maruz kalmakla beraber kabul edildiler. Hükümleri koyan müçtehitler ilke ve esaslara dair mücadelelerde ve münakaşalarda bulunurken Müslümanlar, kâmilen, Ebu Yusuf’un içtihadını kabul ve tatbik ederlerdi. O suretle ki nihayet bu fikir bir emrivaki ile pekişmiş oldu. Ebu Yusuf’un ustalıklı teorileri ve incelikleri zamanın ihtiyaçlarına ve eğilimlerine uygun gelmişti.

3.Adî vakfın genişlemesi ve yayılmasını gerektiren durumlar. Vakfın tarihçesinden, pek umumi bir bakışla bahsettikten sonra şimdi de adî vakfın süratle genişlemesi ve yayılmasını gerektiren durumlar ve sebeplerden bahsedeceğiz.

Bu sebepler çeşitlidir. Evvela şurasını hatırlamak gerekir ki İslam’ın başlangıcındaki Müslümanlar İslam şeriatının koyduğu yeni hukuki hükümlere alışabilmek, eski millî geleneklerle yerleşen hükümler ve kaidelerden birden bire uzaklaşmak hususlarında az çok uğraşmaya, yeniliği kabul edivermekteki sorunlara katlanmaya mecbur olmuşlar ve hukuki hükümler müsait oldukça eski geleneklerin izlerini muhafazaya devam edegelmişlerdir. Her milletin hukuk dünyasındaki geçiş devresinde tesadüf edilen bu hal pek tabii ve olması zorunlu sayılmalıdır. Hukuk tarihi bunu ispat edebilecek vakalar ve olaylar ile doludur. İşte bu geçmiş eğiliminin sevkyledir ki ikinci ve üçüncü hicri asırda Ebu Yusuf’un hürriyet taraftarı fikirleri toplum tarafından kabul olunuyor ve tatbik ediliyordu. Vakıf hakkında koyduğu yenilikçi hükümler, eski hükümleri ve gelenekleri unutamayan kimselerin bu eğilimlerini okşuyordu: İslam’dan önce kadın, verasetin dışında kalırdı. Arapların birçok gelenekleri ve hükümleri alıntılıdıkları İbrani hukukundakinden daha şiddetli bir surette kadın, verasetten mahrumdu. Hz. Muhammed kadınlara miras nizamında

kanuni bir hisse verip onları varisler sınıfına yükselterek yeni bir hukuk koymuş oluyordu. Bu hukuk ilahi konuştuktan münakaşa edilemez ve değiştirilemezdi. Fakat vakıflara dair konulan hükümler ile aile reisine, hayatında iken mallarını kendi patrimonundan (Patrimoine) hukukî sorumluluğundan çıkarmaya ve bu suretle o halde verasetin cereyan etmemesini temine hizmet eden bir vasıta verildi. Daha doğrusu mevcut olan bu vasıttan emlak sahipleri istifade etmek yolunu buldular. Âdî vakıf ise bu sebeple genişleme ve gelişme imkânına kavuştu.

Vakıf müessesesinin güzel karşılanmasını sağlayan ikinci sebep, vakfeden emlakini müsadereden kurtarmak imkânını vermesinden ibarettir. Yararlanmayı salt mülkiyetten yani rakabeden ayırıp bu mülkiyeti, o günde en büyük memurların bile boyun eğeceği bir ibadet müessesesine terk ve tahsis etmekle bir gayrimenkulün sahibinin menfaatini kendisine ve torunlarına temin edebiliyordu.

Vakfın kabul ve gelişmesine ön ayak olan bu iki sebepten başka vakfeden temin ettiği diğer menfaatler onu bu yolda teşvik etmiş oluyordu: Vakfedenin sonradan ortaya çıkan borçlarından dolayı aleyhinde meydana gelecek adli kovuşturmadan kendisini korumuş oldu. Zira bir vakıf, üzerinde hiçbir alacaklının hak iddia edemeyeceği bir mal idi. Aynı şekilde vakıf, malı şuf'a hakkının uygulama konusu olmaktan kurtarırdı. Nihayet vakfeden erkek ve kız evlâdına eşit olarak mallar bırakmak, intikal edecek hisseleri istediği gibi tayin ve tespit etmek iktidarını elde etmiş oluyordu.

Velhasıl Müslümanlar başlangıçta vakfı bir hayır işi gibi gördüler. Bilahare onu keyfi müsaderelere karşı bir siper, intikal hisselerini kendi iradelerine göre tayin ettirebilecek bir vasıta gibi kullandılar. Bununla beraber vakfı yeni bir veraset müessesesi gibi görmenin mümkün olmadığını aşağıda izah edeceğiz.

4. Vakfa dair Hanefî fıkhnın başlıca eserleri.

Fıkha dair tasniflerde bulunan müçtehit fakihler, eserlerinde vakıf hükümlerinden bahsetmişlerdir. İmam Azam'ın *Fıkhu'l-Ekber*'inden sonra İmam Ebu Yusuf'un *Âdabu'l-Kazâ* adındaki eseri gelir. Muhammed eş-Şeybânî birçok eserler bırakmıştır ki en meşhurları *Câmiu'l-Kebîr* ve *Câmiu's-Sağîr*'dir.

Bunlardan başka meşhur eserler şunlardır:

Şemsüleimme Ebubekir es-Serahsî'nin *el-Mebsût* adlı eseri.

Burhânüddin Muhammed b. Ahmed'in *el-Muhîtu'l-Burhânî*'si

Alâüddin'in *Tuhfetü'l-Fukaha* ismindeki eseri.

Burhânüddin Ali b. Ebubekir'in *el-Hidâye*'si.

Emîr Kâtib b. Emîr Ömer'in *el-Kifâye*'si.

Kemâlüddin Muhammed es-Seffal'in *Fethu'l-Kadir*'i.

Abdullah b. Mes'ûd'un *el-Vikâye*'si.

Şeyh İbrahim b. Muhammed el-Halebî'nin *el-Mülteka'l-Ebhur*'u.

Muhammed el-Hazkafi (Haskefi)'nin *ed-Dürri'l-Muhtâr*'ı.

Şeyh İbn Âbidîn'in *er-Reddü'l-Muhtâr*'ı.

Ömer Hilmi Efendi'nin Türkçe olarak *Abkâmu'l-Evkâf*'ı.

Muhammed Hamdi Efendi'nin yine Türkçe *İrşâdü'l-Ahlâf fi Abkâmi'l-Evkâf*'ı.

5. Avrupa hukuk müelliflerinin vakıf hakkındaki mütalaaları. İslam hukukuna dair eserler telif eden Avrupa hukuk âlimlerinden bazıları vakfı yeni bir veraset müessesesi gibi, bazıları ise vasiyet ve hibe hükmünde bir akit gibi telakki etmişler, bazıları da vakfi Fransa hukukundaki bazı akitlere benzetmişlerdir. Onlar vakfı mütalaa ederken batı hukuk manzumesinin genel kurallarının etkilerinden kurtulamayarak doğu hukukunu kendi ilim mercekleriyle müşahede etmiş olduklarından İslam hukuku bakımından bazı hatalara düşmüşlerdir. Vakıf hususunda olduğu gibi diğer birçok meselelerde de bir Avrupa hukuk âlimi için en mühim sorunlar, küçükten beri genel olarak hukuk hakkında edindiği malumattan soyutlanmakta ve batı kanunlarının esaslarını teşkil eden bakış açılarına göre değil, İslam hukukunun esaslarına göre muhakeme etmeye muvaffak olmaktadır.

İslam hukuku tetkik edilirken çoğunlukla, güya birbirine benzer iki müessese arasındaki etkenler mukayeseden uzak olarak Roma hukukuyla ondan çıkan kanunlar dikkate alınıyor. Gerçekte son derece açıktır ki, bir kavmin kanunlarının asıl varlık sebebi toplum hayatındaki ihtiyaçlar olduğu ve bu ihtiyaçların insanlar için az çok benzer bulunduğu cihetle yeni ve eski

muhtelif kanunlarda bir dereceye kadar aynılık ve benzerlik bulunabilir. Bu kısmî benzerlik hiçbir zaman çeşitli kanunların esaslarının ve hükümlerinin aynı olması sonucunu doğurmaz. Binaenaleyh İslamiyet'e has bazı müesseselerin mahiyetini anlamak için Roma hukukundan delil getirmek hatalı bir yoldan gitmek demektir. Müçtehit fakihler o zaman her tarafa yayılan Roma hukukunu tanımış olabilirler. Fakat bu tanıma, hiçbir vakit İslam hukukunun asıl kökenlerini terk etmek ile hukuki hükümleri başka taraflarda aramaya dış ve iç sebep olmamıştır. Bu sebeptendir ki İslam hukuku daima tamamıyla kendine özgü (original) bir mahiyeti taşımayı sürdürmüştür.

Bu yönleri şöylece kayıt ettikten sonra Avrupa hukuk müelliflerinden bazılarının vakıf hakkındaki yaklaşım şekillerini ve bu yaklaşımlardaki hatalarını göstermek uygundur.

Müelliflerden Gateşi (Gattèschi) Arazi Mülkiyeti, Vefa Yoluyla Ferağ ve Vakıflar Hakkında Araştırma (Etude sur la propriété foncière, les hypothèques et les Wakfs) adlı eserinde (Emphytheose)'den alıntı olduğunu beyan eder. Vakıf bedelsiz ve tek taraflı bir akitir. Hâlbuki Emphytheose bedel ile ve iki taraflı bir akit olması yönüyle bu fikir kabul edilemez. Gerçekte vakıf, bazen Emphytheose⁴ denilen akde pek benzer bazı akitleri doğurur. Hukr, icareteyn gibi. Fakat bu benzerlik bizzat vakıfta mevcut değildir.

Diğer birtakım müellifler vakıf ile eski Fransız hukukunun vasiyet, hibe, vekâlet akitleri arasında bir benzerlik müşahede etmişlerdir. Bu muhtelif müesseseler vakıf ile çeşitli ilişki noktaları gösterebilirler. Fakat şu benzerlik noktaları yanında vakfî zikredilen müesseselerden mutlak suretle ayıran ve vakfa bir özgünlük veren ihtilaf noktaları zikredilebilir.

Cezayirli meşhur hukukçu (Rûb M. Robe) bu maddeye dair derin incelemeler ihtiva eden eserinde şu şekilde fikir beyan ediyor: "Vakfın hukukumuzda eşi benzeri yoktur. Bu, ne bir vasiyet ne bir hibe, hatta ne de bir Substituton'dır (kendine özgü şartları olan hibe)."

4 Emphytheose: Özel bir mahiyete sahip bir kiradır ki kiracıya pek geniş haklar temin eder. Müddeti, yüz seneyi geçemez.

Vakıf, Fransız hukukunun bu müesseselerine benzemediği gibi bizde de hibe ve vasiyet ile vakıf arasında pek esaslı farklar vardır. Gerçekte vakfı vasiyet gibi düşünmek doğru değildir: Vasiyette, vasiyet eden kişi mallarını ölümden sonrasına bağlı olarak düzenler. Bu zaman ise hâlihazırda mevcut olmayıp geleceğe ait ve belirsiz bir zamandır. Vakfın hükümleri ise kurucunun hayatında işlemeye başlar. Vasiyet miras nizamının (Statut successorale) bir kısmıdır. Vasiyet eden kişi miras nizamına o kadar riayet eder ki vasiyet lehtarlarını tayin hususunda vasiyet edene verilen yetki, dini hükümler ile varislere tahsis edilen hisseden fazla onlara bir şey vermesine müsait değildir. Vakıf, bilakis miras hükümlerine aykırı olabilir. Vakfeden kişi, mallarının terk şekillerini ve intikalini tamamıyla kendi arzusuna göre, serbest, engelsiz tanzim eder, vasiyette olduğu gibi belirli hisseleri ve hakları mahfuz varisler yoktur. Vakfeden kişi, bütün mallarını yabancıların yararına hatta bir kısım varislerin zararına olarak diğer bir kısım varislerin yararına vakfedebilir ve tahsis edebilir.

Velhasıl, evvela yabancıya yani varis olmayan kimseye vasiyet, ancak malın üçte biri hakkında geçerlidir ve kabul edilir; vakıfta ise böyle değildir. Bir kimse bütün mallarını istediğine bir engel olmadan vakfetmek yetkisine sahiptir. İkinci olarak, bir kimse varislerinden birisine vasiyet ederse vasiyeti diğer varislerin icazetine bağlıdır. Onlar izin verirse kabul edilir ve izin vermezse kabul edilmez. Vakıfta böyle bir icazete lüzum yoktur. Üçüncü olarak, vasiyet ölümün ardından borçların ödenmesinden sonra yerine getirildiği halde vakfın hükmü derhal yürürlükte olur. Fıkıh hükümlerine göre borçlunun vakfı geçerlidir. Fakat 950 tarihinde Şeyhülislam Ebussuud Efendi merhumun arzı üzerine ortaya çıkan padişah emri ile borçlunun vakfını tescil etmekten hâkimler men edilmiştir. Binaenaleyh borçlu sağlığında emlakini vakfettikten sonra vefat edip borcu ödemeye yeterli diğer malı olmasa alacaklılar vakfı hâkime bozdurup o emlakten alacakları tahsil edebilirler. Bu noktada vakıf ile vasiyetin hükümleri birdir. Fakat bir kimse borçlu değil iken sağlığında bazı emlakini tescilli şekilde vakfedip ardından borçlu olarak aslen terekesi olmadığı halde vefat etse bile alacaklılar vakfedilen emlake müdahale edemezler. İşte bu noktada vasiyetin hükmüyle vakfın hükmü bir değildir.

Vakıf ile vasiyet şu esas noktalarda farklar göstermekle beraber ayrıntı noktalarda da muhtelif hükümlere tabidirler.

Vakıf bir hibe midir? Bu iki müesseseyi idare eden hükümler ve ilkeler arasında bir ilişki ve benzerlik var mıdır?

Avrupa hukuk müelliflerinden bazıları böyle bir ilişki ve benzerlik bulunduğu fikrini öne sürmüşlerdir. İskenderiye Karma Mahkemesi'nin 3 Nisan 1895 tarihli bir kararı⁵ bu iki müessese arasında hakiki bir ilişki bulunduğunu kabule kadar gitmiştir. Bu karara göre vakıf, birisi sadece mülkiyetin yani kuru mülkiyetin (rakabe) terk edildiği hayır işi için, diğeri vakfedilenlerin yararlanmasına yönelik olmak üzere bedelsiz bir çifte/ikili hüküm (hükm-i muzâaf) tesis eden bir karma hibedir. Mahkeme bu ilkeden hareket ederek müessesenin mutlak butlanı doğurduğunu göstermek için tabii hukuk ve adalet bahanesiyle Roma hukuku ilkelerini ve Fransız hukukunun (Donner et retenir ne vaut) genel kuralını (Adage) dikkate alıyor.

Bu muhakemedeki sakatları göstermek güç değildir: Evvela Roma hukuku ilkeleriyle Fransız hukukunun ve tabii hukukun bu hususta ne ilişkisi vardır? Eğer kıyas yoluyla muhakeme edilmek isteniliyorsa karşılaştırma etkenlerinden olmak üzere İslam hukukunun ilkelerini de düşünmek lazımdır. Bu halde vakfın bir hibe olmadığını görmek kolaydır. Vakıf, hibenin esas niteliklerini aslen taşımamaktadır. İlk olarak hibenin esas şartlarından birisi hibe eden kişinin hemen terk etmesi ve el çekmesidir. Bir vakfın kurucusu ise kurduğu andan itibaren kuru mülkiyetinden el çekerse de hayatı boyunca yararlanmak hakkını kendisine saklayabilir ve tahsis edebilir. Vakıfta sahih olan böyle bir kayıt hibeyi iptal eder. İkinci olarak, vakıf geri dönüşlü değildir. Hanefiye göre hibe bilakis, esasen geri dönüşlüdür. Hibe eden kişi belirli şartlar dâhilinde hibe edilen malı geri almak hakkına sahiptir. Hatta kendisinden bu hakkı ıskat etmiş olsa bile. Roma ve Fransız hukukunda hibede geri dönüşlü olmamak bir kural ve esas olduğu halde İslam hukukunda bir istisnadır.

İşte görülüyor ki vakıf ile hibe birbirinden pek ayrı şeylerdir. Vakıf ile hibe arasında diğer birtakım temel ihtilâflar daha zikretmek mümkündür: Vakfı kurmaya yönelten his ile vakfedilen mal, hibedeki his ile ve hibe edilen mal ile benzerlik arz etmez. Bundan başka istisna olarak caiz görenlerden başka menkul malların vakfı caiz değildir. Hibede böyle bir kayıt yoktur. Aynı şe-

5 “Le wakf on habous – Eug. Clavel”, c. 1, s. 34.

kilde, hibe edilen malın mülkiyeti hibe eden kişiden hibe edilen kişiye intikal eder. Hâlbuki vakıfta mülkiyet yalnızca yani rakabe ilahi mülkiyette kalarak yararların intikali vakfeden kişi tarafından seçilir ve arzuya göre tanzim edilir.

Vakıf, eski Fransız hukukundaki Substitution'lara benzer mi?

Substitution'da muhafaza ve sonra da iade etmek vazifesiyle mülkiyeti terk etmek vardır. Yani bir kimse diğerine bütün malvarlığını devreder. O şartla ki o kimse bu malı muhafaza ve ölümünden sonra iade etmek vazifesine sahip olacaktır. Bu adeta bir hibedir, bir miras veya hediye tesisidir. Hâlbuki vakıfta yararlanma hakkına sahip olanın, hibe dilen kişiye veya tayin edilen bir varise benzemediğini gösterdik. Substitution'da vekil kendi menfaatine olan hakiki bir şahsî kayıt (Servitude personnel) ile bir şeyin maliki oluyor. Fakat intikalin niteliği ancak birincinin hukuk sorumluluğundan (Patrimoine)⁶ ikincinin hukuk sorumluluğuna bir halef bırakmak yoluyla (Par voie successive) ile meydana gelir. O kadar ki vekil hibeyi reddederse hüküm batıl olur. Zira vekil vekâleti kabul etmekle kendi menfaatine ait olan yön mahvoluyor. Vakıfta ise belirli olmayan vakıf lehtarlarının kabulü şart olmadığı gibi belirli lehtarın kabulünün bulunmaması da vakfın butlanını doğurmaz. Şunu da ilave edelim ki Substitution'da bütün bir mülkiyetin yani rakabe ile beraber menfaatlerin sürekli intikali vardır. Vakıfta ise yalnız yararlanma intikal eder. Böylece birçok durumda vekilin rızasına ihtiyaç olmadan ve bütün durumlarda vekilin rızasıyla vekâletin konusunu teşkil eden mallar satılabilir ve tapuda başkasının üzerine geçirilebilir (ferağ). Bu hal vakıfta mevcut değildir. Şu yönü de unutmamalı ki Substitution çoğunlukla sonuçlarını ancak müvekkilin vefatından sonra meydana getirir. Hâlbuki vakıf, vakfedilen malı, vakfeden kişinin mülkiyetinden derhal çıkarır. Müelliflerden bazıları da vakfı bir veraset müessesesi gibi telakki ederler ve bunu asıl miras hükümlerine aykırı bulurlar.

6 Patrimoine hukuk terimi olarak Türkçeye zimmet, hukukî şahıs, kul hakları gibi tabirlerle nakledilmiştir. (Zimmet) yalnız aleyhte olan yükümlülükleri gösterir, (hukukî şahsiyet) daha başka manalarda kullanılır. (Kul hakları önceki iki terime nispetle daha iyi ise de aciz yazar "hukuk sorumluluğu (uhde-i hukukiye)" tabirini koymayı ve bunu diğerlerine tercihen, şimdilik, kullanıyoruz.

Kadı Şureyh'in açıkladığı şekilde vakıf, hakikaten en büyük kanun koyucunun koyduğu miras hükümleri ile çelişki halinde midir ve yeni bir veraset müessesesi midir?

Bu soruya cevap vermek için ilk olarak batı kanunlarını idare eden miras hukuku ilkelerini zihinden çıkararak İslam şeriatı bakış açısından meseleyi düşünmek gerekir.

Fransa ve hemen bütün Avrupa kavimlerinin kanunlarına göre miras hakkı, bir şahsa doğal bağlarla bağlı olan bir şahsın canlı ve yaşayabilir olarak dünyaya geldiği andan itibaren var olmakla beraber bu hak (muris Decujus)'in hukuk sorumluluğunu (Patrimoine) onun hayatında bir dereceye kadar sınırlar. Kayıtlı varislerin ve bunların dışındaki haleflerin /meşrûta (Heritiers reservataires) varlığı, gerçi bir malvarlığını mülkünü istediği bedel ile mülkiyetten çıkarmaya hiçbir engel oluşturmazsa da, patrimonun yalnız bir kısmında bedelsiz tasarrufa ehliyetini sınırlar. Bu sınırlamanın neticesidir ki veraset kaidesi, hibe edenin vefatıyla, kayıtlı varislerin ve bunların dışındaki haleflerin zararına olarak haksız bir surette terk ve teberru edilen malı onlara intikal eden malların içine dâhil eder. Bu suretle miras hakkı, verasetin açılmasından önce miras bırakanın (Cecujus) hayatında bile itiraz edilemez bir şekilde sonuçları meydana getirir.

İslam hukukunda ise durum asla böyle değildir. Şer'î varislerin sıfatı, miras bırakanın malları üzerinde ancak onun vefatından sonra bir hak temin eder. Şunu da hatırlamalı ki miras, vasiyetin ve borçların ifasından sonra kalan malları içerir. Çocukları ve diğer halef olabilecek olanları bulunan insan, miras hisselerinde vasiyet yoluyla değişiklikler yapamazsa da, hayatında bütün mallarını gerek bir yabancıya ve gerek kendine halef olabileceklerden birisine hibe etmekle bütün varislerini mirastan mahrum bırakabilir. Hayatta olanlar arasında teberru serbestliği sınırsızdır; varislerin hakkı ancak murisin vefatından sonra gerçekleşir ve vefat günündeki malları üzerinde cereyan eyler.

İslam hukukunda ihtilafı olmayan bu ilkeler vakfin mahiyetini daha adil bir tarzda takdir etmeye uygundur. Vakıf, hayatta olanlar arasında bir hibe olmadıktan başka Kuran-ı Kerim'in tayin ettiği şahıs hükümleri ile şahıs ve miras nizamıyla (Statut successorale) da ilgili değildir. Bunda da dâhil de-

ğildir. Zira bu nizamın⁷ uygulanması ancak murisin vefatından sonra başlar ve bu esnada vakfî teşkil eden veya bir hibenin konusu olan mallar, vakıf ile hibenin yapıları arasında ve çoğunlukla yıllarca önce kurucunun patrimonundan çıkmış bulunur. Bu o kadar doğrudur ki büyük fakihler ölüm hastalığında yapılan vakfî muteber saymazlar ve böyle bir vakıf vasiyete benzetilerek şer'î varislerin hisseleri üzerinde bir etki meydana getirmez.

Önceki düşünceler gösteriyor ki vakıf asla miras nizamına dâhil değildir ve şahıs nizamıyla ilgili değildir. Bu ancak Müslümanlarca kabul edilen özel ilkelere uygun olarak yapılan bir özel şekilli ferağdır.

Vakıf, miras nizamına o kadar az benzer ki birçok müellif muvakkat vakfî kabul ve bunun, vakfedenin vefatından önce bile son bulabileceğini kabul ederler. İmam Ebu Yusuf bir aydan fazla bir zaman için fakirlerin menfaatine olan vakfî muteber sayar. Diğer müçtehitler bu müddetin hiç olmazsa bir sene olması fikrindedir. İşte muvakkat vakfın, velev ki bazı müçtehitlerin fikrinde mevcudiyeti, vakfî miras nizamında bir değişiklik meydana getiren bir akit gibi göstermek istenilerek fikirlerinin ne kadar hatalı olduğunu gösteriyor.

Vakfeden mal, vakfeden kişinin hukuk sorumluluğundan çıkar, fakat vakfedenin kendi arzusuyla ve belirli bir maksadı ile çıkar ve bu maksadın meydana gelmesini temin için adeta kısıtlı kalır. Bu maksat da malikin ilahi mülkiyette hapsedilmiş kalmasıdır. Hapsedilmiş mal özel hukuk kurallarına ve bilhassa veraset intikali kanunlarına tabi olmaktan kurtulur. Fakat vakfın gayesi olan şey meydana gelmezse mal serbest kalarak aktif ticaret alanına dâhil olur; mülk sıfatını kazanarak kurucuya veya şer'î varislerine geri döner ve şer'an belirli olan miras nizamı asıl işleyişini alır. Zira engel olan vakıf olma durumu ortadan kalkmıştır. Aynı şekilde, vakıf yürütülemeyince münfesihe olur ve sonuçta vakfeden mal vakfın kurucusuna veya varislerine geri döner. Aynı şekilde vakfın ilgili olduğu hayır işi veya umumi menfaat ortadan kalkınca vakfeden mal hürriyet kazanır.

Müçtehit fakihler bir Müslümanın, kendi mezhebinden başka bir mezhep hükümlerince bir vakıf inşasını kabul ederler. Fakat vakfeden kişi, yalnız

7 Statut réel, personuel successoral tabirlerini aynı, şahsî, irsi nizam diye tercüme etmek uygundur zannedirim. Daha uygun tercümeleri buluncaya kadar bunları kullanacağım.

vakıf hususunda o mezhep hükümlerine tabi olur. Büyük müçtehitler tarafından vakfeden kişilere verilen bu hürriyet –ki böyle bir hürriyet yalnız vakıfta kabul edilmiştir- şunu ispat ediyor ki: Vakıf kuralları, uyanların arzu ve iradelerine göre değiştirilebilir ve düzeltilebilir olmayan şahıs ve miras nizamından hiç birisine ait değildir. Hiç kimsenin zihninde oluşmaz ki bir Hanefî, mirasını Malikî mezhebi kurallarına göre düzenlesin ve vasiyetini o mezhep hükümlerine uygun edebilsin. Müslümanların şahıs ve miras nizamı uydukları mezhep tarafından tayin edilmiştir ve bunun hükümleri değiştirilemez. Bir vakfın kurucusuna verilen haddinden fazla ve kural dışı izin, eğer vakıf miras nizamıyla ilgili olsaydı, hiçbir zaman verilmezdi.

İslam şeriatının bu kesin ve açık hükümlerine karşı bazı müellifler ile beraber muhtelif İslam memleketlerinde bulunan bazı karma mahkemeler vakfı bir veraset kurumu gibi düşünmekten çekinmemişlerdir.

Mesela:

Aile reisi bir vakıf kurarak mirasçı belirleme usulünü değiştirebilir. (Cezayir İstinaf Mahkemesi 6 Nisan 1868)

Vakıf, özel bir veraset nizamı ortaya koyar. (Aynı mahkeme 15 Şubat 1864 1 Mayıs 1879)

İslam kanunu mirasçı belirlemeyi iki şekilde kabul eder: Biri kanun ile belirlenmiş, diğeri insan iradesi ile belirlenmiş intikal usulü. (Aynı mahkeme 23 Mart 1874)

İntifa hakkına sahip olanlardan her birisinin vakıf gelirlerinden bir hissesini belirlemek, özellikle şahıs nizamına bağlı bir veraset meselesini meydana çıkarır.

(İskenderiye Karma Mahkemesi 1 Haziran 1892)

Şu zikrettiğimiz ve daha birçok örneklerin zikredilmesi mümkün olan kararların içinde yer alan kuram, adli bir bakış açısından kabul edilemez. Vakıf, Kur'ân'ın koyduğu mirasçı belirleme usulünden başka bir mirasçı belirleme usulünü ortaya koymuyor ve miras hukukunu asla kayıtlamıyor. Şer'î varisler daima Kur'ân'ın koyduğu sıralanış içinde miktarlara maliktir.

Yalnız onlar, murislerinin hukuk sorumluluğundan (Patrimoine) daha evvelce çıkmış olan mallara varis olamazlar. Zira o mallar mutlak şekilde kanunî ve şer'î bir yetkiyle miras dışına çıkarılmıştır.

Yukarıda zikredilen kararlarda tesadüf edilen hatanın sebebi evvela kelime karmaşasıdır. Bir vakfın kurucusu, intikal şekillerini kendi arzusuna göre tayin eder yani vakfedilmiş malların yararlanma hakkına peşi sıra ulaşacak olan şahısları belirler. Yararlanma hakkına sahip olanlardan birisi vefat edince onu takip eden sıradaki kişi vakıftan istifade hususunda onun yerini alır. Fransız hukukunda "Succession" kelimesi adliye anlamında "L'herèdité"ye ile ilgilidir. Bundan şu sonuç çıkarılmıştır ki: Mademki yararlanma hakkına bir kişi, diğer birisinin yerine geçiyor, bu ancak Suceèder kelimesi genellikle Venir-après manasında kullanılmak şartıyla doğrudur, demek ki vakıf, özel bir miras sıralaması oluşturuyor, bu şekilde miras nizamına dâhildir.

Hatanın kaynağı işte buradadır. Bazı kanunların vakıfla ilgili maddelerinde uygun olmayan terimlerin kullanılması, ortadan kaldırma amacıyla olduğumuz hatanın ve yanlış düşünüşün ortadan kalkmamasına, devam etmesine ve yayılmasına sebep olmuştur. Mısır Karma Kanununun 77. maddesinde şu sözlerle tesadüf olunur: Miras, ölenin mensup olduğu milletin kanunlarına göre düzenlenir. Bununla birlikte, vakfedilmiş malların intikal hakkıyla ilgili olan miras hukuku (Droit de succession) yerel kanun ile düzenlenir (Droit de succession) deyişi yerine takip hakları, intikal hakları gibi bir mana ifade eden bir tabir konulsa hata ortadan kalkar.

Bununla birlikte Mısır kanunlarının genel yapısı, zikrettiğimiz hatalar ile beraber, vakfî şahıs ve miras nizamına değil, mülk nizamına dâhil eder. Mısır Adalet Teşkilat Kanunu'nun 26. maddesi Mısır hükümetini "yerlilerin şahıs nizamıyla ilgili kanunları çıkarmaya mecbur kılıyordu. 1875'de bu neşriyat gerçekleşti. Şahıs nizamına ve başlıca verasete, vasiyete, hibeye dair hükümleri içeren bu kanunların mecmuasının vakfa dair hükümleri içermediği görülüyor. Eğer vakıf herhangi bir yönden miras nizamıyla ilgili olsaydı bu mecmuaya dâhil olurdu.

Osmanlı kanunlarının vakfî ne şekilde düşündüklerine yani onu şahıs ve miras nizamı ile mülk nizamından hangisine dâhil ettiği meselesine gelince:

Görev Dağılımı (Tefrik-i vezâif) hakkında şimdiye kadar yapılan düzenlemeler ile 31 Teşrin-evvel 1333 tarihinde neşredilen Usul-i Muhakemat-ı Şer'iyye Kanunu vakıf davalarının görülmesini Şer'iyye Mahkemeleri'nin görevlerine dâhil ediyor. Şer'iye Mahkemeleri'nin yetkisi içindeki maddeler genellikle veraset, vasiyet, nikâh gibi miras ve şahıs nizamıyla ilgili olan maddelerdir. Vakfın bu arada bulunması onun da şahıs ve miras nizamı içinde düşünüldüğünü gösterebilir. Eğer görev dağılımı meselesinde esas, mutlak olarak şahıs nizamı ve mülk nizamı davalarının davaya bakma yetkisini ayırıp dağıtmak fikri olsaydı bu düşünce çokça üzerinde durmaya değer sayılırdı. Hâlbuki görev dağılımında böyle bir esas takip edilmemiştir. Zira adli hükümlerin böyle bir bölüşümü İslam ve Osmanlı hukukunda tanındık ve kanunların bu esasa göre tertibi alışıl gelmiş değildir. Böyle bir ayırımın sebebini daha ziyade kanunlaştırılmamış maddelerin Şer'iyye Mahkemeleri'nin görevleri içine terk edilmiş olmasında aramalıdır. Bundan başka şahıs nizamına dâhil maddelerden bazılarını çözümleyip karara bağlama yetkisi Nizamîye Mahkemeleri'ne terk edilmiştir. Şu sebeplere binaen bizde görev dağılımı, şahıs nizamı ve mülk nizamının bir ayırımı gibi düşünmek ve ondan vakfın şahıs ve miras nizamına dâhil sayıldığı sonucunu çıkarmak doğru değildir.

Üstü tavanla örtülmüş yerlerin (müsekkafât) ve diğer vakıf gelirlerinin (müsteğallat) intikalleri kanunu, vakfı bir veraset müessesesi gibi gösteremez. Çünkü icareteynli sıfatıyla üstün tutulan, elden ele dolaşabilen vakfın müsekkafatı ve müsteğallatı kendine özgü aslını çoktan kaybetmiş ve yeni bir çeşit mal ortaya çıkarmıştır. Bu ise konumuzun dışındadır.

Hukuk kuramları ve çeşitli adalet teşkilatlarından çıkardığımız, ortaya konan deliller vakfın şahıs ve miras nizamına dâhil olmadığını ve onun yeni bir veraset müessesesi gibi düşünülemeyeceğini ve gerek İslam hukuku ve gerek Avrupa hukukunda başka hiçbir akit ve tasarrufla kıyaslanamayacağını göstermeye yeterlidir.

İslam hukukunun kendine özgü ve aslı bir müessesesi olan vakfın toplum hayatındaki öneminden ve etkilerinden ve iktisaden olan mevki ve kıymetinden bahsetmek münasip olacaktı. Fakat elde adı geçen konuyu aydınlatacak vesikalar ve istatistik deliller kayıp ve bunların tedariki şimdilik hemen

imkansız olduğundan ve bu hususta esasen malum olan mülâhazalar ve nazariyelerin tekrarından bir fayda hasıl olmayacağından bahsimizin bu yönünü mecburen erteliyoruz.

Beyrut Hukuk Mekteb-i Arazi ve Evkaf Muallimi Çopur Kadızade Hüseyin Naci