

EBÜ'L-ULÂ MARDİN'İN MUKÂTAA-İ KADÎMELİ VAKIFLARIN İNTİKAL ŞEKLİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF EBÜ'L-ULÂ MARDİN'S VIEWS ON INHERITANCE AND SUCCESSION OF THE WAQFS WITH MUQÂTAA-I QADÎME

İrem Karakoç*

ÖZ

Araştırmamıza konu makale, Ebü'l-ulâ Mardin tarafından yazılmış ve Eylül 1338'de (M. Eylül 1922/H. Muharrem 1341) *Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuâsı*'nda yayınlanan "Mukâtaa-i Kadîmeli Vakıfların Sûret-i Tevârüs ve İntikâli"dir. 1920'lerin başlarında, 1913 tarihli Tevsî-i İntikal Kanunu'nun 8'inci maddesi, sahih mukâtaalı vakıfların müsakkafâtını da örfî miras hukukuna tâbî kılacak şekilde yanlış bir uygulamaya konu olmuştu. Bu makalede mukâtaa sözleşmesinin amacına ve kanunlara aykırı olan bu uygulamanın, mülkiyet ve vakıf hukukunu nasıl olumsuz bir mecrâyâ sürüklediği vurgulanmış ve hukukî delillerle ispatlanmıştır. Konu her ne kadar mukâtaa-i kadîmeli vakıflarla sınırlı da olsa, yazar aynı zamanda vakıfların eski kurallarını, dayanaklarını ve amaçlarını da değerlendirmekte ve böylece okuyucuya tarihsel bir perspektif de sunmaktadır. Bu bağlamda yazar ayrıca Ömer Hilmi Efendi'nin vakıf hakkında yazılan temel eserine atıflar yaparak, makalenin yazıldığı dönemdeki uygulamayla bu kadîm hükümler arasında oluşan çelişkiyi ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Arazi Hukuku, Mîrî Arazi, Mukâtaalı Vakıf, Mukâtaa-i Kadîmeli Vakıfların Tevârüs ve İntikali.

ABSTRACT

The article which we determined as the subject of our research was written by Ebü'l-ulâ Mardin and published at "Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuâsı", in September 1338 (M. September 1922/H. Muharrem 1341). The headline of this article is "Inheritance and Succession of the Waqfs with Muqâtaa-i Qadîme". This paper examines the question of how negative narratives can be dragged in the early 1920s because of the inaccuracies

* Doç. Dr. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

in practice and the rules of inheritance in the “waqfs with muqâtaa-i qadîme”, in other words, because of a practice contrary to the law. The subject of the article is the inheritance and transfer rules applied to them but not the definition of waqfs with muqâtaa-i qadîme. At the same time, however, the writer is also evaluating the waqf institution; its old rules and their aims thus presenting a historical perspective to the reader. In this context, it deals with Ömer Hilmi Efendi’s waqfs and reveals the contradiction between the practice of writing the article. The author searched for the answer to the question “even though the public land (arazi-i emîriyye) and public waqf land (arazi-i mevkûfe) are mentioned in the Law on Extension-Transfer, how is it possible to apply this law to a building built on a Muqâtaa land and on a Muqâtaa-i Qadîme land.

Keywords: Ottoman Land Law, Public Waqf Land, Waqf with Muqâtaa, Inheritance and Succession of the Waqfs with Muqâtaa-i Qadîme.

*

Giriş

Çalışmamızın konusu olarak belirlenen makale, altında “Dârülfünûn-ı Osmânî Hukuk-ı Tasarrufiye-i Arazi ve Ahkâm-ı Evkaf Müderrisi” nitelemesi olan Ebû’l-ulâ Mardin’in *Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuâsı*’nda yayınlanan bir yazısıdır¹. Bu makale, 1920’lerin başlarında, mukâtaalı vakıflardaki tevârus ve intikâl kurallarının uygulamada gelişen yanlışlıklar yüzünden, bir başka deyişle kanunlara aykırı bir uygulama yapıldığından dolayı nasıl olumsuz bir mecrâyâ sürükleneceği konusunu ele almaktadır. Dönemi itibariyle tartışmalı bir hususa dikkat çeken hukukçu, Defter-i Hakanî İdaresi’nin² yaklaşımının ne kadar önemli olduğunu makalesinin sonunda “halkın hukuk-ı tasarrufiye ve temellükiyyesini büyük bir tezebzübe [karışıklığa] uğratacak ve netâic-i sakîmesi [yanlış sonuçları] mahkemeleri asırlarca meşgûl edecek mâhiyette bulunan şu bariz hatânın bir an evvel tashîhi ve tatbik olunanlarda dâire-i

¹ Makalenin çeviriyazısı için bkz. EK.

² Tapu teşkilâtı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti kuruluncaya kadar “Defterhâne-i Hakanî Emaneti/Defter Eminliği/Emaneti/Defterhâne Emaneti/Defterhâne-i Âmire Emaneti/ Defterhâne-i Hakanî Nezâreti” gibi isimler altında varlığını sürdürmüştür. Burası, Osmanlı Devleti’nde arazi ve timar kayıt defterlerinin saklandığı ve bu defterlerle ilgili günlük işlemlerin yapıldığı yer olan Defterhâne olup tesis edilen ilk kayıtlar tamamen mülkiyete ve tapu işlemlerine yönelikti. Bu dönemlerde harita çalışması, kadastro tesisi ve güncelleştirilmesi konusunda çalışma yapılmamıştır (Erhan Afyoncu, “Defter Emini”, *DİA*, C. 9, 1994, s. 91; Erhan Afyoncu, “Defterhâne”, *DİA*, C. 9, 1994, s. 102). Defter Emîninin tarihî gelişimi için bkz. Erhan Afyoncu, *Osmanlı Devlet Teşkilâtında Defterhâne-i Âmire (XVI-XVIII. Yüzyıllar)*, Ankara, TTK Yayınları, 2014, s. 75 vd.

sirâyetinin [etki alanının] tahdîdi merâci-i âidesi için [ilgili mercileri] bir vecîbe-i vataniyedir” sözleriyle çarpıcı bir biçimde anlatmıştır.

Makalede ele alınan mukâtaa-i kadîmeli vakıflarda tasarruf hakkının miras yoluyla intikâli konusu, döneminde önemli sonuçları olan bir hukukî mevzu-
dur. 1935 tarihli Vakıflar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra mukâtaalı ve icâreteynli vakıfların kaldırılarak tümünün tasfiye edilmesi sebebiyle³ artık bu konu gündemden düşmüşse de, makalenin, yazıldığı dönem itibarıyla gerekli bir tartışmaya açıklık kazandırdığı düşünülmektedir. Bu bağlamda Ali Himmet Berki’nin, belki icâreteynin kaldırılmasını bir ölçüye kadar mümkün gördüğü fakat mukâtaanın kaldırılmasını hukuken hiç de doğru bulmadığını açıklayan görüşünü de zikretmek gerekir⁴.

Aşağıda Mardin’in konu ilgili görüşlerini günümüzde daha anlaşılır kılmak için gerekli açıklamalarla birlikte makalenin aslını aynen muhafaza etmeye çalıştık. Bu bağlamda, yazarın görüşlerinin bulunduğu *Toprak Hukuku Dersleri* kitabı ile özellikle kendisinin talebesi olduğunu beyan eden Bülent Köprülü’nün eserlerinde konuya ışık tutan açıklamalar vardır. O dönemde, doktrinde muhtemelen farklı görüşler de vardır, fakat çalışmada bunların karşılaştırılmasına girililmemiştir. Çalışmamıza başlarken, makaleyi sâde bir şekilde, günümüz Türkçesi ile yazmayı düşündük. Fakat bazen eski hukukî terim, müessese ve kâidelerin tam karşılığı bugün bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir terimin anlamını vermek bugünkü kelimelerle bazen bir paragraf, bazen de daha fazla yer tutabilmektedir. Makalede “mîrî arazi”, “mîrî hükmünde mevkuf arazi”, “mülk

³ 1935 tarihli Vakıflar Kanunu’nun Dördüncü Bâb, Birinci Faslına, 26’ncı maddesi “Bu Kanun’un neş-
rinden sonra vakıf mallar mukâtaaya ve icâreteyne bağlanamaz” şeklindedir. 27’inci maddede ise,
mevcut mukâtaalı toprakların veya icâreteynli gayrimenkullerin mülkiyetleri, icâre ve mukâtaalarının
yirmi misli bir tâviz karşılığında mutasarrıfına geçirilir...” denmiştir. Taviz Bedellerinin Ödenmesi,
Faiz ve Tasfiye Müddeti ile ilgili hususlar, İkinci Fasılda ayrıntısıyla düzenlenmiştir (Karînâbâdîzâde
Ömer Hilmi (Efendi), İthâfû’l-Ahlâf fî Ahkâmî’l-Evkaf, Ankara, VGM Yayınları, 1977 s. 217 vd). Ayrıca bkz.
Halil Cin-Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2018, s. 344; Mustafa
Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Atlas Akademi Yayınları, 2017, s. 333; Coşkun
Üçok-Ahmet Mumcu-Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Tamamen Yenilenmiş ve Tekrar Gözden
Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 156; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet
ve Mülk*, İstanbul, Arı Sanat Yayınları, 2008, s. 423.

⁴ “Mukâtaanın sûret-i mutlakada men ve tasfiyesi doğru değildir” (Ali Himmet Berki, *Vakıflar-İkinci
Kitap, Medenî Kanunda “Te’sis” ve Vakıflar Kanunu Hükümleri*, Ankara, Nur Matbaası, 1950, s. 108). Ali
Himmet Berki ayrıca yapılan tasfiyede belirlenen bedelin çok düşük olduğunu belirtmişti (Ali Himmet
Berki, *İslâmî Vakıf, Sahih ve Gayr-i Sahih Nev’ileri*, AÜİFD, 1957, S. 1, C. 6, s. 20).

arazi”, sahih ve gayrisahih vakıf”, “icâre-i vâhideli, icâreteynli ve mukâtaalı vakıf”, “tasarruf hakkı”, “şerî miras kâideleri/ferâiz” ve “örfî intikâl kuralları” gibi konular geniş şekilde ele alınmamış fakat hukukî terim olarak sıkça kullanılmıştır. Bu yüzden çalışmamızı iki kısma ayırdık. Önce genel anlamda makalenin daha kolay anlaşılmasına yardımcı olabilecek olan hukukî konularla ilgili açıklamalar ve yararlandığımız kaynaklar vardır. Ekteki çeviriyazıda ise açıklama yapılmayıp sadece yeri geldikçe bazı kelimelerin günümüz Türkçesindeki anlamları parantez içinde verilmiştir.

Vakfa Gelir Getiren Malların Tâbi Olduğu Statüye Göre Vakıf Türleri ve Kiracının Tasarruf Hakkı

A. Genel Olarak

Doktrinde vakıflar farklı ölçütler esas alınarak farklı ayrımlara tâbi tutulmuştur. Vakfa gelir getiren malların tâbi olduğu statüye göre vakıflar, tek kiralı (icâre-i vâhideli)⁵, iki kiralı (icâreteynli)⁶ ve mukâtaalı olmak üzere üçe ayrılır. Ayrıca bunlara, icâre-i vâhide-i kadîmeli ve mukâtaa-i kadîmeliler de eklenebilir⁷.

Mardin, çalışmasına “Mukâtaalı vakıfların sûret-i tevârüs ve intikâline mütedâir ahkâmın son zamanlarda emr-i tatbikinde (uygulanmasında) meşhûd olan (görülen) zühûller (yanılmalar) ve efrâdın (fertlerin) hukuk-ı temellükiye ve tasarrufiyesini tehdit eder bir şekil arz etmekte olduğu cihetle bu mevzûun mebâhis-i sâireye takdîmen (diğer bahislerin önüne alınarak) tedkîki fâideden gayr-i hâlidir” şeklinde bir giriş yapmıştır. Makalenin devamında yazar, konu ile ilgili kavram, kanun ve müesseseleri açıklamıştır. Açıklamaların başında,

⁵ Ali Himmet Berki, *Vakıflar*, İstanbul, Bazı İlâve ve Tashihlerle İkinci Tab’ı, Aydınlik Basımevi, 1946, s. 33, 134; Ahmed Akgündüz, “*İcâre-i Vâhide*”, *DİA*, C. 21, İstanbul 2000, s. 388.

⁶ A.H.Berki, 1946, s.32; Ahmed Akgündüz, “*İcâreteyn*”, *DİA*, C. 21, 2000, s. 389; Süleyman Kaya, *Osmanlı Hukukunda İcâreteyn*, İstanbul, Klasik Yayınları, 2014, s. 75; Bülent Köprülü, “*Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcâreteynli Vakıflar*”, *İÜHF*, C. XVIII, (1952), s. 1-2, s. 215-257; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Şubat 2017, s. 253; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 155; Cin-Akyılmaz, s. 344-345; Avcı, s. 329-330; Ekinci, s. 421.

⁷ A.H.Berki, 1946, s. 145; Aydın, *Tarih*, s. 253 vd; Ahmed Akgündüz, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 2013, s. 491; İrem Karakoç, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 285 vd; Suat Ballar, *Vakıflar Sözlüğü*, İstanbul, Der Yayınları, 2018.

şerî hukuka göre kurulan ve hükümleri bulunan sahih vakıf arazinin ne olduğu ve bundan yararlanmanın ne anlama geldiği ile yararlanma şekilleri bulunmadır.

B. Sahih ve Gayrisahih Vakıflar

1. Tanımı

Çalışmamızın konusu, Osmanlı arazi hukukuna dâhil olan arazi-i mevkûfe olduğundan bunun içine öncelikle hem sahih vakıf arazilerin hem de gayrisahih vakıf arazilerin girdiğinin belirtilmesi gerekmektedir⁸. Fıkıhta “mekuf arazi” dendiğinde, kelime olarak “vakfedilmiş olan arazi” anlaşılmakta ise de, “arazi-i mevkûfe” teriminin, Osmanlı toprak hukukundaki mîrî arazi ile doğrudan ilgisi vardır. İslâmiyet'in ilk devirlerinde Hz. Peygamber ve sonrasında halife Hz. Ömer'in uygulamaları Osmanlı arazi hukukuna esas oluşturan hükümlerin kaynağıdır. Hz. Ömer “toprağın rakabesi bizimdir” demek sûretiyle rakabesi devlete bağlı, tasarruf hakkı özel kişilere devredilebilen toprakları tanımlamıştır. Bu şekilde devletin ülke toprakları üzerindeki mutlak egemenlik hakkı vurgulanmış aynı zamanda da muhafazası sağlanmıştır⁹. Toprağı kullanan köylü rakabeye sahip olmadığından örneğin, borcunu ödeyememesi durumunda toprakların satılarak devletin mülkiyetinden çıkmasının önüne geçilmektedir. Fethedilen topraklardan kimseye verilmeyip beytülmal için alıkonulan ve fetih zamanında ne şekilde muâmele yapıldığı bilinemeyen ve memlûk araziden yani arazi-i haraciyye ve öşriyyeden iken mâliklerinin vâris bırakmayarak ölümüyle devlete geçen ve memlûk (mülk) araziden iken zamanaşımıyla mâlikleri meçhul kalan ve rakabe mülkiyeti devlette kalmak üzere ihyâ olunan araziye arazi-i

⁸ Ülken, sahih vakıf yerine “doğru vakıf” tabirini kullanmıştır (Hilmi Ziya Ülken, “Vakıf Sistemi ve Türk Şehirciliği”, *Vakıflar Dergisi*, S. IX, s. 13 vd, Ankara, Tıpkıbasım PYS Vakıf Sistem Matbaası, 2006, s. 17). Eren-Başpınar sahih-gayrisahih yerine “gerçek-gerçek olmayan” tâbirlerini tercih etmiştir (Fikret Eren-Veyssel Başpınar, *Toprak Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 70, 74). Ali Himmet Berki de sahih vakfı “hakiki vakıf” olarak vasıflandırmıştır (Ali Himmet Berki, *Vakıflar*, İstanbul, Basan ve Yayan Cihan Kitaphanesi, 1940, s. 133; A.H.Berki, 1946, s. 132).

⁹ Halil Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, 4. Baskı, Ankara, Berkan Yayınevi, 2016, s. 64-65; Halil Cin, *Mîrî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, 3. Baskı, Çağ Üniversitesi, Aralık 2005, s. 46 vd; Akın Düren, *Toprak Hukuku Dersleri*, Ankara, 1972, s. 14; Ekinci, s. 420; Ali Şafak, *İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı (İlk Devirler)*, İstanbul, Türdav Basım, 1977, s. 139, 143.

emîriyye (mîrî arazi/mîrî topraklar) denir¹⁰.

Mîrî topraklar hükümleri bakımından arazi-i emîriyye-i sırfe ve arazi-i emîriyye-i mevkûfe olmak üzere ikiye ayrılır¹¹. Bu bağlamda “arazi-i emîriyye-i mevkûfe”den farklı olan “sahih vakıf araziler/arsalar”, özel kişilerin tam mülkiyetine sahip oldukları gayrimenkulleri ile kurdukları vakıflara aittir. Başka bir deyişle, evkaf-ı sahihada mevkuf mülk olmalıdır. Sonuç olarak bir yerin sahihen vakfedilebilmesi için buranın kasaba ve köylerde bulunan mülk arsalardan; arazi-i öşriyye veya haraciyyeden; mülk olmak üzere ihyâ kılınan mevattan veya beytûlmalden sahih temlikle edinilen yerlerden olması gerekmektedir¹². Sahih vakıf, mâliki tarafından tam mülkiyetindeki gayrimenkulün, belirli bir hayrî gayeye tahsis edilmesiyle özel hukuk hükmî şahsiyeti (tüzel kişiliği) hâline getirilmesidir. Fakat mîrî arazinin vakfedilmesinden sonra bu araziye de “mevkûfe” dendiğinden birbiri ile karıştırılmamalıdır. O nedenle, doktrinde sahih vakıf

¹⁰ A.H.Berki, İntikal, s. 135; A.H.Berki, 1946, s. 16. İslâmiyet’in ilk devirlerinde de bazı topraklar devlet başkanı tarafından hazineye ayrılmıştır. Müslüman fâtihlere ganimet olarak dağıtılan yerlerin bir kısmı (1/5) toplumdaki muhtaçlara ve kamunun ihtiyaçlarına ayrılmış ve böylece “memleket arazisi” denilen ve kişisel mülkten farklı statüdeki topraklar oluşmuştur. Bunların rakabesi devlete ait olurdu. Kalan kısmı (4/5) fetihtе emeği olan fâtihlere mülk olarak dağıtılır, bir kısmı vakıf yapıldı. İktâ ve vakıf kavramları bu devirde yerleşmişti (Şakir Berki, *Toprak Hukuku*, Üçüncü Baskı, Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, AÜHF Yayınları, 1967, s. 59-60). Mîrî arazinin İslâm hukukundaki kökenleri için bkz. Şafak, s. 139, 143. İslâm hukukunda mîrî arazi, feyy, ganimet kavramları ve gelişimi hakkında bkz. Şafak, s. 141 vd. Ayrıca bkz. Karakoç, s. 157.

¹¹ Arazi-i emîriyye, rakabesi cânib-i beytûlmâle ait olarak ihâle ve tefvizi cânib-i hükümet-i seniyyeden “arazi memurları” tarafından icrâ olunagelen tarla, çayır, yaylak, kışlak, koru ve emsali arazidir (Arazi Kanunnâmesi m. 3) (Türkezâde Hâfız Mehmed Zıyâeddin Efendi, (Haz. Fethi Gedikli-İbrahim Enes Onan), *Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Mükemmel Istlâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hulâsası*, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2017, s. 30). Orman yerleri de, isterse yanıp ağaçsız kalsın, arazi-i emîriyyedir. Hattâ metruk araziden olan yollar da buna dâhildir (Şakir Berki, *Toprak Hukuku*, s. 79). Arazi-i emîriyyenin, “arazi-i emîriyye-i sırfe” ve “arazi-i emîriyye-i mevkûfe” olmak üzere iki türü vardır. Arazi-i emîriyye-i sırfede, menâfi-i mîriyye/mîrî yararları (vergi vb. gelirleri) hazineye aittir. Diğerinde ise, mîrî yararları ve bazen de hem yararları hem de tasarruf hakkı, hükümet tarafından, bir hayır cihetine tahsis olunur. Bu iki tür mîrî arazi arasında, sadece mîrî menfaatlerin verileceği yerler dışında, hükümleri bakımından bir fark bulunmaz (Ebû'l-ulâ Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1947, s. 19-20; Ş.Berki, *Toprak Hukuku*, s. 80-81).

¹² Berki, bu hususu “Hâlbuki hakikî manâsındaki vakıfda, vakfedilen gayrimenkulün rakabesi ve ondan doğan istimal ve intifa hukuku (hakları) vakıf hükmî şahsiyetine ait olur; vakfeden bu gayrimenkule sahip olmaktan her bakımdan ve dâimî olarak mahrum olur. Sahih vakıf, mülk araziden yapılır” şeklinde belirtmiştir (Şakir Berki, “Türkiye’de İmparatorluk ve Cumhuriyet Devrinde Vakıf Çeşitleri”, *Vakıflar Dergisi*, S. IX, s. 1 vd, Ankara, Tıpkıbasım PYS Vakıf Sistem Matbaası, 2006, s. 3-4; A.H.Berki, 1946, s. 17-18; Akgündüz, *Vakıf*, s. 196, 529).

arazilere, “arazi-i mevkûfe-i sahîha”; mîrîden vakfa dönüştürülenlere ise, “arazi-i emîriyye-i mevkûfe” denilmesi uygun görülmüştür. Doktrinde “arazi-i emîriyye-i mevkûfe”ye, “mîrî arazi hükmündeki vakıf arazi” de denmektedir.

Gayrisahih vakıflara, geçersiz olduklarından değil, mülkiyet unsurundaki eksiklikten dolayı sahih vakıflardan farkını belirtmek amacıyla “gayrisahih vakıf” (tahsisat/irsadî vakıf) denmektedir¹³. “Tahsis”, bir gayrimenkulün belli bir iş, kişi ya da vakıf için ayrılması veya özgülenmesi demektir. Tanımlarından da anlaşılacağı gibi sahih vakıf bir özel hukuk işlemi; gayrisahih vakıf ise, kamu hukuku işlemidir. Gayrisahih vakıflar (irsat/irsadî vakıf/vakf-ı irsâdî/ irsat kabîlinden vakıf/tahsisat), kuru mülkiyeti (rakabesi)¹⁴ devlete ait olan mîrî arazilerin yararlanma hakları ve/veya hazine gelirlerinin (menfaatlerinin¹⁵) bir vakfa ayrılması (tahsisi) ile kurulan vakıflardır¹⁶. Bu türden vakıflara sahih tahsis denir. Aslında her tahsiste, hazine menfaatlerinin kamu hizmetlerine yönlendirilmesi gerektiğinden tahsisin yapıldığı hizmet, doğrudan doğruya devletin yapmakla yükümlü olduğu (kamu menfaati /amme hizmeti) bir işi yerine getirme amacı taşımaktadır. Sahih tahsis, sonradan kaldırılamaz; şartları

¹³ Ş.Berki, *Toprak Hukuku*, s. 93; Öztürk, *Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar*, TDV Yayınları, Ankara, 1995, s. 31; Akgündüz, *Vakıf*, s. 196. Gayrisahih vakıf hakkında bkz. Aydın, *Tarih*, s. 252; Hamdi Döndüren, *Delilleriyle İslâm Hukuku Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras*, Konya, İslâm Hukuku Külliyyatı Yayınları, 1977, s. 430. Ayrıca doktrinde mîrî arazinin ilk olarak Kanunî Sultan Süleyman devrinde kanunlaştırıldığı (tedvin) belirtilmiştir (Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, s. 85).

¹⁴ Osmanlı Hukukunda mîrî arazinin rakabesi anlamına gelen kuru mülkiyete, Roma hukukunda çıplak mülkiyet (nuda proprietas) denmekteydi. Mülkiyetin gâyesi, bir malı (veya mülkü) kullanmak, se-merelendirmek ve yararlanmak ile tasarruf etmek, yani elden çıkarabilmek veya gereğinde tüketip yok edebilmektir. Dolayısıyla, eğer mülkiyet hakkı bu yetkileri sağlamıyorsa, başka bir deyişle mal, mâlîki tarafından kullanılmıyor, yararlanılmıyor veya elden çıkarılamıyorsa, söz konusu hak, tüm unsurlarından ârî kılınmış, bir anlamda soyulmuş; çıplak bırakılmış demektir (Vasfi Raşid Seviğ, *Toprak Hukuku Dersleri*, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik, 1953, s. 204).

¹⁵ Mîrî arazinin hazine menfaatleri (menâfi-i hazine/menâfi-i mîriyye), muaccele; müeccele; ferağ harcı ve intikal harcı olmak üzere dört unsurdan oluşmaktadır. *Muaccele*, bir arazi parçası, mutasarrıfa tefvîz edilirken, mutasarrıf tarafından peşinen ödenen ve yaklaşık olarak toprağın bedeli kadar mik-tardaki paradır. *Müeccele*, tefvîzden sonra her sene mutasarrıftan alınan ve muacceleye göre daha az olan paradır. *Ferağ harcı*, toprağın, mutasarrıfınca bir üçüncü kişiye devredilirken, rakabe sahibi olan devlete ödenen bedeldir. İntikal harcı, mutasarrıf öldüğünde tasarruf hakları (menfaat mülkiyeti) bazı mirasçılara intikal ederken devletin, bu aşamada intikal edenlerden aldığı harçtır (Bülent Köprülü, *Toprak Hukuku Dersleri*, İstanbul, C. I, İsmail Akgün Matbaası, 1958, s. 23, n. 19; Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, s. 20; Ş.Berki, *Toprak Hukuku*, s. 93; Seviğ, s. 228).

¹⁶ B.Köprülü, *Toprak Hukuku*, s. 23; Ş.Berki, *Toprak Hukuku*, s. 93; A.H.Berki, 1946, s. 18; A.H.Berki, 1950, s. 16; Ş.Berki, “*Vakıf Çeşitleri*”, s. 4; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye ve Istilâhat-i Fıkhiyye Kamusu*, C. 4, İstanbul, 1969, s. 285.

değiştirilemez veya iptal edilemez. Şartlar aynen bir sahih vakfinki gibi önemsenir ve saygı gösterilir¹⁷.

Mardin, tahsis işlemini iki kısımda incelemiştir. Vergilerin bu şekilde tahsisi biri, hastane yapmak, fakirlere yardım, devletin asker maaşlarını ödemek, savaş teçhizatının finansmanı gibi kamu hizmetlerinin ifası için yapılan (sahih tahsis); diğeri, hiç böyle bir gâye güdülmeden, örneğin sadece bir veya birkaç kimseyi memnun etmek için yapılan (gayrisahih tahsis) olmak üzere ikiye ayrılır. Gayrisahih tahsisin hükmü ise, sahih tahsisin tam tersidir. Devlet, gerekirse, bunları tümünden kaldırabilir veya şartlarını değiştirebilirdi¹⁸. Çünkü beytülmâle ait mallarda tasarruf maslahata uygun olmalıdır. Yetkili devlet organlarının ve aynı şekilde velî, vasî ve mütevellinin tasarrufları bu esas doğrultusunda gerçekleştirilmelidir. Hükümdar, hâkim gibi her hangi bir memurun kamunun işlerini yürütür veya kamu mallarında tasarrufta bulunurken göstermeleri gereken özen, velî, vasî ve mütevellinin yetim veya vakıf mallarını idarede gösterecekleri özen gibidir. Bu nedenle yapılmasında menfaat ve fayda bulunan tasarruflar muteber değildir¹⁹.

Yukarıda belirtilen bu farklı vakıf türleri, Osmanlı özel hukuku ve arazi hukukunda farklı hükümlere tâbî kılınmıştır. Bir yanda mevkufun, özel kişilerin rakabe, yed ve tasarruf hakkı tamamen kendilerine ait malları olduğu sahih vakıflar²⁰; diğer yanda ise, vakfa konu gayrimenkulün hazineye ait olduğu gayrisahih vakıfların bir arada bulunduğu bir yerde bunların hükümlerinin farklı olması doğaldır²¹. Sahih vakıflara İslâm Hukuku'nun fıkha ait hükümleri uygulanırdı. Gayrisahih vakıfta ise, örfî hukuk uygulanmıştır. Bu genel kural,

¹⁷ Örneğin tahsisat kabilinden olan bir vakfın meşrûtlehi mutlaka fakirler veya bir hastanenin yararı ise, bunun iptali câiz olmaz (A.H.Berki, 1946, s. 19, 135; A.H.Berki, 1940, s. 16-17, 132). Fakat Ali Himmet Berki sahih tahsislerin de, eğer tahsis gâyesi devlet tarafından yerine getirilmeye başlanmışsa, iptal edilebilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna hukuken bir engel yoktu. Örneğin bir çiftliğin rüsum ve tasarruf hakkı bir hastanenin masrafını temin için tahsis edilmişse fakat devlet bu hastanenin bütçesine tüm masrafını karşılayacak miktarda para koyarsa tahsis sahih de olsa, gerek kalmadığı sebebiyle, kaldırılabilirdi (A.H.Berki, 1946, s. 135). Ayrıca bkz. Ekinci, s. 420.

¹⁸ Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, s. 22, dñn. 26; A.H.Berki, 1940, s. 133; A.H.Berki, 1946, s. 19, 135. Ayrıca bkz. Ülken, s. 13 vd.

¹⁹ A.H.Berki, 1946, s. 19, dñn. 1, 135.

²⁰ Sahih vakıflarda kanun hükümleri değil, yalnızca vakfedenin şartları yürür. Şer'î hükümler geçerli, fakat tamamlayıcıdır (Seviğ, s. 228; Ş.Berki, *Toprak Hukuku*, s. 92; A.H.Berki, 1940, s. 15, 130 vd.

²¹ Bülent Köprülü, "Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcareteynli Vakıflar", İÜHFM, C. XVII, 1951, s. 3-4, s. 695, 696, dñn. 14.

verâset ve intikalde²² de kendini göstermektedir. Farklı nitelikli bu iki miras sistemi bazı yönlerden benzerlik göstermekteyse de örfî intikal hükümleri zaman içinde kanunnâmeler yoluyla birçok kez değiştirilmiştir²³.

2. Gayrisahih Vakfın Türleri

Osmanlı Devleti'nde gayrisahih vakıfların üç türü vardı. Başka bir deyişle, *arazi-i emiriyye-i mevkûfe* üç şekilde meydana gelirdi. Bunlardan biri, mîrî arazinin yalnız hazine menfaatlerinin (menâfi-i hazine) bir hayır cihetine yönlendirilmesiyle (terk ve tahsis) kurulanlar; diğeri, sadece tasarruf haklarının (hukûk-ı tasarrufiye) bir hayır cihetine yönlendirilmesi şeklinde kurulanlar²⁴; sonuncusu, her iki yararın da bir hayra sevk edilmesi şeklinde kurulanlardır. İlkinde vakıf sadece hazine menfaatlerini alır. İkincide, vakıf tüzel kişiliği, sanki bir gerçek kişi gibi toprağın kendisinden (zâtı) (menfaat mülkiyeti) faydalanır. Fakat hazine menfaatleri burada tahsis edilmediği için bunları alamadığı gibi kendisi bizzat hazineye bunları öder. Üçüncü şekilde, vakıf her ikisini birden elde etmiştir. Örneğin hem hazine gelirlerini alır, hem de toprağı birine kiraya verebilir ve ücretini de alabilir²⁵. Her üç durumda da rakabe devlette kalır²⁶.

²² İntikal, genel olarak bir hakkın belirli kişilere geçmesidir. Eğer bir mal üzerindeki haktan söz ediliyorsa, malın rakabesinin belirli kişilere geçmesine irs ve tevârüs, sadece tasarruf hakkının geçmesine ise intikal denmektedir. Bu açıdan intikal arazi-i emiriyye, icâreteynli ve icâre-i vâhide-i kadîmeli vakıflarla mukâtaa-i kadîmeli müstegallâtta geçerli olur. Çünkü arazi-i emiriyyenin rakabesi devlette, diğerlerinin rakabeleri vakıflarındadır (Ali Himmeth Berki, *Mirâs ve İntikal, Medenî Kanundan Evvel*, Ankara, Başbakanlık Devlet Matbaası, 1948, s. 134). Şer'î tevârüs için bkz. Halil Cin, *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 4 vd.

²³ Cin, *Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, s. 54.

²⁴ Bunların rakabesi ve gelirleri (mîrî yararları) hazinede kalıp sadece tasarruf hakkı bir cihete tahsis edildiğinden, bunun ferağı, intikali ve mahlûlü olmayacağından vakıf arazi, Arazi Kanunnâmesi'nin kapsamı dışında kalır. Devlet bunu dilediğine tapuyla verir, resim ve harçları kendisi alır. Örneğin, tasarruf hakları, bir medresenin eğitim kadrosuna tahsis edilmiş bir mîrî arazi söz konusu ise, vakıf bundan sadece yararlanır; yani, kiraya verebilir veya kendisi tarımda kullanır. Öşrü (mîrî yarar) vakfa değil, hazineye verilir (Seviğ, s. 231).

²⁵ Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, s. 20, Ş. Berki, "Vakıf Çeşitleri", s. 4; Düren, s. 14.

²⁶ Örneğin, hazineye (mirîye) 1000 birim yarar/gelir sağlayan 100 dönümlük bir mîrî arazinin yalnız menfaati vakfa tahsis edilse, zaten mevcut bir mîrî arazi mutasarrıfı tarafından kullanılan bu arazide yine aynı kişi tarafından tarıma devam edilir; öşrü (eğer olursa ferağ ve intikal harcı ile mahlûllük bedeli) vakfa verilir. Buradan hazine bir şey almaz. Eğer bu arazi vakfa tahsis edilmeyip sırf mîrî kalsaydı, bu gelirler hazineye verilir (Seviğ, s. 231).

3. Vakfın Sahih veya Gayrisahih Olmasında Temlikin Önemi

Temlik etmenin sözlük anlamı, mülk olarak vermek; hukukî terim anlamı ise, hükümdarın mîrî arazi veya kişilerden devlete intikal eden arazi ve binalardan bir kısmını devlete hizmeti geçene mülk şeklinde ayırıp vermesidir. Bunu gösteren belgeye temliknâme (18'inci yüzyıldan itibaren mülknâme) denir²⁷.

Padişahların temlik ettiği bu yerler, mutasarrıflarınca vakfa dönüştürmek istendiğinde ise hukukî bir sorun ortaya çıkmıştır. Çünkü buralar şer'î hukuka göre mutasarrıfın tam mülkü değil, rakabesi devlete ait hazine arazileriydi. Bu nedenle bunlarla sahih vakıf kurulamazdı²⁸. Bu durumda 1858 tarihli Arazi Kanunnâmesi'nin 121'inci maddesinde, "Bir kimse bâ-tapu mutasarrıf olduğu arazisini taraf-ı pâdişâhîden bâ-mülknâme-i hümayun kendiye *temlik-i sahih ile temlik olunmadıkça* bir cihete vakfedemez" denmiştir. Kanunnâme'nin şerhlerinde mîrî arazinin rakabesinin beytûlmâle ait olduğu, işleyenlerin mülkü sayılmadığından temlik-i sahih ile temlik edilmedikçe mîrî arazinin vakfının mümkün olamayacağı belirtilmektedir²⁹. Ama padişahın izniyle ihtiyaçlarının hazine tarafından karşılanması gereken bir vakfa verilirse bu, gayrisahih vakıf veya tahsîsat kabîlinden bir vakıf olabilirdi³⁰.

Eğer mîrî arazi, önce padişah tarafından satış yoluyla bir kişinin mülkiyetine kazandırılırsa, bu sahih bir mülkiyet devri olacağından bu durumda vakfeden dilediği yere vakfedebilirdi. Fakat bu satış işleminin, kolayca sağlanamayacak bazı özel şartları vardı. Böyle bir satışa temlik-i sahih-i şer'î³¹ denir ve bu şekilde mülk olunan yerler mülk topraklardan sayılırdı. Bunun şartları arasında temlik edilecek yerin mîrî araziden bi'l-ifraz (ayrılması) maslahat-ı âmme ve mesâğ-i şer'îye binâen berveçhi mülkiyet tasarruf olunmak üzere temlik olunması başta

²⁷ Bu uygulamanın Hz. Peygamber devrinde yaşanmış örnekleri vardır. Diğer İslâm devletlerinde de yöneticiler, kamuya ait arazi ve diğer bazı gayrimenkul malların mülkiyet, işletme veya yararlanma hakkını kişilere iktâ olarak vermişlerdir. Örnekler için bkz. Mehmet İpşirli, "Temliknâme", DİA, C. 40, İstanbul 2010, s. 430.

²⁸ Tanzimat'tan sonra (1847'den sonra) temliknâme şeklinde tasarruf edilen yerlerden bazılarını, aranan şartlara sahipse, mülknâme getirmesi karşılığında Defterhâne-i Âmire tarafından tapu senedi verilmeğe başlandı (İpşirli, "Temlikname", s. 431).

²⁹ Atıf Bey'den aktaran İpşirli, "Temlikname", s. 431.

³⁰ İpşirli, "Temlikname", s. 431.

³¹ Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, s. 6-7; A.H.Berki, 1946, s. 14.

gelmektedir. Burada geçen mesâğ-ı şer'î, hukuken cevaz verilen şeyler olup temlikin sahih olması için hazinenin müzâyakası (zor durumda kalmış olması) veya arazinin gelirinin masrafını karşılamaması gibi zorunluluklar bulunmalıydı. Her durumda satımda gabinin bulunmaması ve akdin kamu yararını ihlâl etmemesi de gerekirdi. Başka bir deyişle gerçek değerinin fâhiş altında vukû' bulan temlikler geçerli olmazdı. Örneğin ahâlinin ihtiyacı olan bir yerin veya ihtiyacı olmasa bile haketmeyen birine beytûlmâle ait bir yerin temliki –maslahat-ı âmmeye aykırı olduğundan- batıl sayılırdı. Mîrî arazinin geçerlilik şartları sağlanmadan temliki kim tarafından yapılırsa yapılsın sahih sayılmamıştır³².

Yukarıda açıklanan nedenlerle her temliknâme, mahkemeler tarafından o yerin rakabesinin de temlik edildiğine hükmetmek için yeterli bir delil olmaya-bilir. Örneğin, tam mülk olan bir arsanın mülkiyetini belirten bir temliknâmede, vakfedenin mevkufun mülkiyetine satın almak sûretiyle sahip olduğunun açıkça yer alması gerekmektedir³³. Doktrinde bu konuda, kanunnâmeler ile uygulama arasında çelişki olduğunu ileri süren görüş sahipleri vardır. Hangi arazinin temlike konu olduğu ve vakfedildikten sonra sahih vakıf statüsü kazandığı ile hangi arazinin mîrîden mevkuf olduğunun her vakıf için özel olarak araştırılması gerektiği vurgulanmıştır³⁴.

Bu farklılık, İslâm Hukuku'nun kendine özgü niteliğinden dolayı, gayrisahih vakıf türlerinin her birine uygulanan hükümlerde de farklılık vardır. Sadece hazine menfaatlerinin (gelirler) tahsisi ile kurulan vakıflarda rakabe ve yararlanma tahsis edilmediğinden rakabe devlette kalmakta; kullanma hakkı da zaten mîrî mutasarrıfında olmaya devam etmektedir. Bu anlamda şer'î hukuku ilgilendiren bir durum yoktur. Bunlara örfî hukuk düzenlemesi olan Arazi Kanunnâmesi uygulanmakta ve örneğin, bunlar tedâvül edebilmekteydi. Başka bir deyişle bunlar, mîrî toprakların ahkâmına tâbî olurdu. İkinci ve üçüncü türde ise, tasarruf ve /veya kullanma hakları da vakfa tahsis edildiğinden toprak/arazi mîrî niteliğini muhafaza etmekle beraber bunlara -kıyasen- sahih vakıfların şer'î hükümleri uygulanmaktaydı³⁵.

³² A.H.Berki, 1946, s. 14.

³³ Ş.Berki, "Vakıf Çeşitleri", s. 4.

³⁴ Zekai Mete, "Osmanlı Dönemi Arazi Vakıflarının Menşei ve Hukukî Konumuyla İlgili Yeni Belgeler, yeni Yaklaşımlar", *Vakıflar Dergisi*, Y: 73, Haziran 2011, s. 35, Ankara, VGM Yayınları, 2011, s. 4, 9. Mete, "mülknâme ile yapılan satışlarda temlik alanın araziye satamaması gerekir" derken, sırf mîrîlerdeki tasarruf hakkının temlikinden bahsediyor olmalıdır (Mete, s. 5).

³⁵ Mîrî toprak sisteminin kuruluşundan itibaren, arazinin mutasarrıfına, önceden temessük, sonradan

C. Hakir Kavramı ve Mukâtaa ile İlişkisi

Çalışmanın konusu bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus, hem bir hukukî terim ve müessese hem de bir usûl olarak tanımlanabilecek olan “hakir”dir. Mukâtaalı vakıf ile hakir aynı anlamda kullanılmaktaydı³⁶. Başlı başına istisnaî bir usûl olmasına rağmen hakirin hem mîrî arazide hem de sahih mukâtaalı vakıflarda yeri vardır. Zaman içinde vakıf gayrimenkullerde yıpranmalar olduğundan bunları kiralamaya istekli bulmak zorlaşmaktadır. Eğer vakıf arazinin üzerinde bina yoksa uzun süreli kiracı buraya bina yapmak veya ağaç, bağ kütükleri vb. dikmek isterse, zemin vakfın fakat üzerine yapılanlar kiracının mülkiyetinde olurdu. Aynı durum mîrî arazi mutasarrıfı için de geçerlidir. Hakir usûlünde, zeminin vakfın mülkiyetinde; yapınınsa, mukâtaa kiracısının mülkiyetinde olması bir sakınca yaratmazdı. Mîrî arazide de devlete ait zemin üzerinde, mâlikî mutasarrıf olan binalar yapılabilirdi. Fakat kiracı ya da mutasarrıf öldüğü zaman, üstündekiler mirasçısına ferâize göre intikal edeceğinden zemindeki tasarruf hakkı da buna paralel olarak ferâize göre geçmeliydi. Normal şartlarda, mîrî arazinin rakabesi devlete ait olduğundan toprağı işleyen köylünün bu tasarruf yetkisinin kendi mirasçısına geçmesi (örfi intikal) işlemi ferâize göre yapılmazdı. Fakat mutasarrıf arazi üzerine bina vb. yapmışsa yapılanların mülkiyeti kendisinin olduğundan şer’î mirasçılara ferâize göre geçecekti. Dolayısıyla topraktaki tasarruf hakkı da bunu takiben ferâize göre intikal edecekti. Mîrî toprağın hukukî durumunun normalde Arazi Kanunnâmesi’nin hükümlerine bağlı olması gerekirken, üstündeki mülkten dolayı ferâize bağlanmasına arazinin hakri denilmektedir³⁷. Aynı durum bir

tasarruf senedi adı ile bir belge verilirdi. Bu senet, tasarruf hakkının bir göstergesi olmakla birlikte, herhangi bir dava durumunda, kişinin tasarruf hakkını ispat vasıtası sayılmazdı (Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, s. 52). 30 Mart 1329 tarihli “Emval-i Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkında Kanun-ı Muvakkat”a kadar gayrisahih vakıfların sadece birinci türünde kişilerin, söz konusu yeri tasarruf ettiklerine ilişkin bir belge olan “tasarruf senetleri” mevcuttu. Bu Kanun’un 1’inci maddesi, diğer türleri de tasarruf senedi sistemine dâhil etmiştir (B.Köprülü, *Toprak Hukuku*, s. 24; B.Köprülü, *Vakıf Nevîyetleri*, s. 696, dpn. 14). Ayrıca bkz. Aydın, “Arazi Kanunnâmesi”, *DİA*, C. 3, 1991, s. 346.

³⁶ Mardin, “Mukâtaa-i Kadîmî”, s. 49. Sözlük anlamı “haksızlık yapma, azaltma, hapsedme, tutma”dır. Hakir mastarından türemiş olan kelime isim hâliyle “hıkr” (çoğ. ahkâr) olarak kullanılmaktadır (Mehmet İpşirli, “Hıkr”, *DİA*, C. 17, 1998, s. 525. İslâm hukukçularının hukuk, haker, hukr, istihkâr veya tahkir dedikleri bu kendine özgü uygulamaya, yöresel söyleyişler dışında, hıkr denmediği görüşü için bkz. Akgündüz, *Vakıf*, s. 491. Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri* adlı kitabında “hakir” terimini kullandığından biz de çalışmamızda bunu tercih ettik (Ebu’l-ülâ Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1947, s. 68).

³⁷ Hakir hakkında açıklama için bkz. Akgündüz, *Vakıf*, s. 491.

sahih vakfın arazisini icâreteyn veya mukâtaa ile kiralayan mutasarrıf öldüğünde de geçerli olurdu³⁸. Bu husus Mecelle'nin 1065'inci maddesinde "hakirli, yani mukâtaalı akarât-ı mevkûfenin arsası vakıf ise de, üzerindeki ebniye ve eşcâr ve kürûm mutasarrıfının mülküdür, binâenaleyh mutasarrıfının vefâtında arsanın mütevellîsi muhdesâtın vakfa aidiyetini iddia edemez. Muhdesât-ı mezkûre, müşârike (ortağa) ya gayra bey' ve hibe ve teslim ve vakfetmek sûretleriyle onda tasarruf-ı müllâk ile tasarruf etmek sahîh ve mâlikinin vefâtında verese-i şer'îyesine ilm-i ferâiz vechile mevrûs olur" şeklinde yer almaktadır³⁹.

"Emvâl-i Gayrimenkûlenin Tasarrufu Hakkında Kanun-ı Muvakkat"ın 5'inci maddesi, mîrî ve mîrî hükmünde mevkuf araziler üzerine yapılan bina ve dikilen ağaçları, tasarruf ve intikalde araziye tâbî kılınca mevcut şer'î-örfî hukuk uyumu bozulmuştur. Buna ek olarak bir de, hükümde mukâtaalı vakıf müsakkafatı sayılmamış olmasına rağmen, Defter-i Hâkânî İdaresi, bu hükme müsakkafâtı da dâhil sayınca, şer'î hukuka ve vakıfların kadîm hükümlerine aykırı bir durum ortaya çıkmıştır⁴⁰. Yazara göre bu hüküm, mîrî arazide, yeni bir "mütemmim cüz kuralı" getirmiş ve arazi üzerine yapılanları arazinin ahkâmına bağlamışsa da, hazinenin, rakabesi ile hiçbir ilgisi olmayan mukâtaa-i kadîmeli vakıfları, gayrisahih vakıflardan olan ve rakabesi hazineye ait olan arazi-i mevkûfe gibi saymıştır. Aşağıda aslından aynen aktarmaya çalıştığımız makale bu konuyu eleştirmektedir.

Sonuç

Çalışmamızın konusu olan makalede mîrî arazi, mîrî arazi hükmündeki gayrisahih vakıf arazideki tasarruf hakkı ile sahîh vakıflardan olan icâreteynli ve mukâtaalı vakıflardaki tasarruf hakkı arasındaki fark açıklanmaya çalışılmıştır.

³⁸ A.H.Berki, *İslamda Vakıf*, s. 24.

³⁹ Tasarruf-ı müllâk Mecelle'de, zilyetlik tanımlanırken "zilyed bir ayna bilfiil vaz'-ı yed eden yahut tasarruf-ı müllâk ile tasarrufu sâbit olan kimse" hükmünde geçmektedir (md. 1679). Buradan anlaşıldığı kadarıyla tasarruf-ı müllâk, bir malın mâliki olanın o malda ne şekilde tasarrufta bulunabileceksa aynı şekilde tasarruf edebilmesidir. (Şevket Topal, *"Zilyed"*, *DİA*, C. 44, İstanbul 2013, s. 417).

⁴⁰ Akgündüz, o dönemde idarenin bir müddet sürdürdüğü bu uygulamanın Osmanlı hukukçularınca epeyce tartışıldığını ve hiçbir zaman benimsenmediğini belirtmiştir. Zamanla idarenin yaklaşımını eleştiren hukukçuların görüşü ağır basmış ve uygulamanın da değişerek eski hâline dönmesini sağlamıştır (Akgündüz, *Vakıf*, s. 497). Ayrıca 2 Mart 1328 tarihli bir Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. Akgündüz, *Vakıf*, s. 497, dpn. 3). Çalışmamıza konu olan makale de muhtemelen bu konuda Ebü'lulâ Mardin tarafından yapılan eleştiriye gün yüzüne çıkarmaktadır.

Bu konu, Osmanlı toprak rejimindeki farklı mülkiyet türlerini ilgilendiren bütüncül bir konudur. Bu yüzden yazar, başlangıç kısmında genel olarak Arazi Kanunnâmesi'ne göre arazi türleri, sahih ve gayrisahih vakıflar hakkında da genel bilgiler vermiştir.

Çalışmamızın sonucunda edindiğimiz kanaate göre, makalenin yazıldığı dönemde yazar mîrî ve vakıf arazilerdeki intikal kuralları ile sahih vakıfların bir türü olan mukâtaalı vakıflardaki intikal şekli birbirinden farklı hükümlere tâbî olması gerektiğini ileri sürmüştür. Makalede bu iki grup araziden ilki “arazi-i emîrîyye-i sırfe”; diğeri ise, “arazi-i mevkûfe” olarak adlandırılmıştır. Bu ifade şekli, Arazi Kanunnâmesi'nde Osmanlı toprakları ile ilgili yapılan beşli temel ayırma da uygundur⁴¹.

Osmanlı Hukukunda arazinin rakabesi ile kullanma ve yararlanma mülkiyeti farklı kişilerde olabilmekteydi. Bunun en belirgin iki örneği, mîrî arazide ve vakıflarda görülmektedir. Mîrî arazinin vakfının sahih vakıflardan farkı, tasarruf hakkının (kullanma ve yararlanma) özel kişilere verilmesi işlemine (tefviz), devlete/beytûlmâle ait arazilerin konu olmasıdır. Sahih vakıflarda ise, vakfeden (vâkıf) kendi mülkiyetinde olan arazi ile vakfını kurmuştur ve bu yüzden devleti doğrudan doğruya ilgilendiren ve işleme dâhil olmasını gerektiren bir durum yoktur. Bunlar şer'î hukuka tâbîydiler.

Vakıflarda ihtiyaç durumunda vakfa ait arazinin tasarruf hakkı bazen bir üçüncü kişiye (mutasarrıf), uzun süreli kira akdi ile verilebilirdi (mukâtaa). Kiraya benzeyen fakat kiracı öldüğünde mirasçılarıyla devam edilebilen bu işlem yapıldığında, kiracı vakıf zemin üzerine bina yapmak, ağaç dikmek veya kiraladığı maksada uygun bir yapı veya tesis kurma ya da ağaç dikme hakkı kazanırdı. Mukâtaa denilen bu istisnâî işlemde zeminin mülkiyeti vakfın, üzerine yapılanların mülkiyeti ise, yapanın kendisine ait olurdu. Bu parçalı mülkiyet anlayışı Osmanlı Hukukuna hiç de yabancı değildir. Mukâtaa uzun süreli bir kira akdi olduğundan mutasarrıfın mirasçılarına da intikal edecektir. Zaten sözleşmenin amacı da budur. Fakat burada intikali söz konusu olan iki farklı hak vardır. Biri, mutasarrıfın, kendi mülkiyetine sahip olduğu malzemelerle vakıf zemin üzerine yaptığı somut yapılardaki mülkiyet hakkı; diğeri ise, mutasarrıfın rakabesi vakfa ait olan zemini kullanma ve yararlanma hakkıdır. Bunlardan birincisi, kiracının kendi mülkiyetinde olduğundan, mirasçılara

⁴¹ Aydın, “Arazi Kanunnamesi”, s. 346; Düren, s. 16-18.

intikalinde şer'î hükümler (ferâiz) geçerli olurdu. Diğerinde ise, şer'î hükümler geçerli olmayacağından intikalin örfî kâidelere göre yapılması gerekirken, işin niteliği gereği, zeminin tasarruf hakkı da ferâize göre kime ne kadar hisse düşmüşse, aynı şekilde bölüştürülürdü. Buna, mukâtaa ile aynı anlamda olmak üzere, hakir (hikr/hukr) denirdi.

Hakir yöntemi, "Emvâl-i Gayrimenkule Tasarrufuna Dâir" olan 5 Nisan 1329 tarihli Tasarruf Kararnâmesi'nden önceki klâsik uygulamaya göre, rakabesi devlete ait olup kullanımı ve yararlanması köylüye bırakılan tarıma elverişli topraklar olan mîrî arazideki tasarruf yetkisinde de uygulanmıştır. Mutasarrıf öldüğünde, önceden arazi üstüne yapılanların mâliki olanlar, ferâiz hisseleri oranında arazinin de tasarruf hakkını elde ederlerdi. Fakat üzerine yapılanlar tamamen ortadan kalkmışsa, Arazi Kanunnâmesi'nin 83'üncü maddesine göre arazi, mîrî niteliğini geri kazanırdı. Ebü'l-ulâ Mardin makalesinde bunun sadece mîrî ve mîrî niteliğindeki mevkuf arazilerde geçerli olduğunu belirtmiştir. Mîrî arazideki hakir usûlü, toprağın, üzerindeki mülklere tâbî bulunması nedeniyle, mîrî arazi ahkâmına değil, mülklerin ahkâmına (şer'î hukuk) tâbî tutulmasıdır. Başlangıçta bu konuda mîrî ve vakıf araziler arasında fark yoktu. Ancak Arazi Kanunnâmesi'nin 81'inci maddesine göre, mîrî arazideki bu hakir kâidesi, "Emvâl-i Gayrimenkûlenin Tasarrufu Hakkındaki Kanun-ı Muvakkat"ın 5'inci maddesi ile kaldırılmıştır. Buna göre, araziye yapılacak bina ve dikilecek ağaçlar ve teferruatının, intikal konusunda araziye tâbî olacağı kabul edilmiştir. Genel olarak bu hükümle birlikte hukuk sistemimize modern hukukun "mütemmim cüz" esasının getirildiği kabul edilmektedir. Artık uygulamada Tasarruf Kararnâmesi'nden öncesi ve sonrası olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaya başlanmıştır. Buraya kadar sorun yok gibi görünmekte ise de, önceden sahih vakıfların mukâtaası ile uyumlu olan hakir usûlünde artık farklılık meydana çıkmıştır. Mîrî ve mîrî hükmündeki mevkuf araziden (gayrisahih vakıf) olmayan sahih vakıf mukâtaası, bir örfî hukuk metni olan Tasarruf Kararnâmesi'nin kapsamına dâhil edilmiştir. Makaleden anlaşıldığına göre yazar, sahih vakıf mukâataalarında arazinin, binaların hukukuna tâbî olduğu Tasarruf Kararnâmesi'nden önceki hakir usûlünün uygulanmaya devam edilmesini savunmuştur. Ayrıca "Emval-i Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkında Kanun-ı Muvakkat"ın 5'inci maddesi sahih mukâataalı vakıflar hakkında hiçbir hüküm de taşımamaktaydı.

1329 (1913) tarihli "Emval-i Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkında Kanun-ı

Muvakkat"ın 5'inci maddesi ile mîrî araziye bina yapılmasına ilişkin sınırlamalarla birlikte, bazı konularda yetkili memurdan izin almak gibi birçok yükümlülüğün de kaldırılması, tasarruf hakkı sahibi ve aslında kiracı olan bu kişinin yetkilerini son derece genişleterek mülkiyet hakkına daha da yaklaştırmıştır⁴².

Yazara göre sahih vakıf mukâtaasında, yapıların Tasarruf Kararnâmesi'nden önce mi sonra mı yapıldığı değil, mutasarrıfın zemin üzerinde binası olup olmadığı ya da başka bir ifade ile, hayattayken bina yapıp yapmadığı önem taşırdı. Eğer bina yapılmış ise, mutasarrıfın malı ile yapıldığından; mülkiyeti kendisinin olduğundan; zaten mukâtaa tesisi için arsada vakfın bir binası olmaması gerektiğinden dolayı mutasarrıf tarafından yapılanlar, şer'î miras hükümlerine göre mirasçılara geçerdi. Ama bina vb. yapılmamışsa, zeminin, ayna bağlılığından da söz edilemezdi. Mutasarrıf mukâtaa bedelini vakfa ödediği müddetçe mukâtaa akdi devam eder; mütevellî akdi feshedemez; kiracıyı, boş ve vakfa ait bu araziden çıkaramazdı. Ancak bedel ödenmezse, fesih ve tahliye gerçekleştirilebilirdi. Bu açıklama kanaatimizce de mukâtaa işleminin tanımına daha uygundur.

Mukâtaalı sahih vakfın, arazi üzerinde bina bulunan hâlindeki hakir usulü uygulamada, mîrî arazideki, mütemmim cüz' genel kâidesine dâhil edilerek, gelecek nesilleri de etkileyecek çok önemli sonuçları olan bir karışıklığa yol açılmış gibi görünmektedir. Ele aldığımız makalede yazar tarafından o dönemde mîrî arazinin intikaline ilişkin kanuna bir madde eklenerek buna ilişkin intikal kâidelerinin icâreteynli ve mukâtaalı vakıfların müstegallesine de teşmil edilmesi bir dereceye kadar kabul edilebilirse de, uygulamada bu maddenin kapsamına mukâtaa-i kadîmeli vakıfların da dâhil edilmesi şer'î hukuk-örfî hukuk ilişkisi bakımından eleştirmiştir.

*

⁴² "Emval-i Gayrimenkulenin Tasarrufu Hakkında Kanun-ı Muvakkat"ın 5'inci maddesi: "...arazisi üzerine karye (köy) ve mahalle hâline getirilmemek şartıyla dükkân veya her nevi imalathâne veya ziraate müteallik ebniye ihdas ve inşa ve bir kısmını tefrik ile harman yeri ittihaz edilebilir" demek suretiyle Arazi Kanunnâmesi'nin memur iznine bağlıdığı hususlarda izin zorunluluğunu kaldırmıştır (Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, s. 133).

EK:

MUKÂTAA-İ KADÎMELİ VAKIFLARIN SÛRET-İ TEVÂRÛS VE
İNTİKÂLİ*
EBÜ'L-ULÂ MARDİN

Mukâtaalı vakıfların sûret-i tevârûs ve intikaline mütedâir ahkâmın son zamanlarda emr-i tatbikinde [uygulanmasında] meşhûd olan [görülen] zühûller [yanılmalar] efrâdın [fertlerin] hukuk-ı temellükiye ve tasarrufiyesini tehdit eder bir şekil arz etmekte olduğu cihetle bu mevzuun mebâhis-i sâireye takdîmen [diğer bahislerin önüne alınarak] tedkîki fâideden gayr-i hâlidir.

Arazi-i mevkûfe-i sahîha, sûret-i intifa [yararlanma şekilleri] itibariyle ikiye ayrılır:

1- Aynıyla intifa olunan vakıflar ki, müessesât-ı hayriyyeyi teşkil eder.

2- Vâridâtıyla [geliriyle] intifa olunan vakıflar ki, bunlarda dört şekil meşhûd olur [görülür]:

(1) İcâre-i Vâhideli Vakıflar: Emlâk-ı vakıf dediğimiz işbu a'yân-ı vakfiyede [vakıf aynlarda] tedâvül cârî olmayıp vakfı cânibinden alelâde îcar olunur; binâberîn [bundan dolayı] müstecirlerinin [kiracılarının] vefatı hâlinde tevârûs ve intikal gibi ahvâl meşhûd olmaz [görülmez].

(2) İcâreteynli Vakıflar: Bunlar da arazi-i emîriyeye şebîh olarak [benzer], rakabe vakfa alıkonulup mülkiyet-i menfaat [yararlanma mülkiyeti] mutasarrıflara yani müstecirlere temlik edildiği için ferâğ ve intikal gibi tedâvül cereyan eder. Bu kabîl a'yân-ı vakfiyede [vakıf mallarda] bina ve zeminin heyet-i mecmûası [tamamı] vakfa aittir. Müstecirin vefatı hâlinde, ilk usûle nazaran, vakfiyede sûret-i intikal hakkında sarahat [açıklık] bulunmadığı takdirde, yalnız evlâd-ı zükûr [erkek çocuklar] ve inâsa [kız çocuklar] intikal eden işbu a'yân-ı vakfiyenin akça esasına müstenid [dayanan] icâre-i müeccele-i kadîmesi bi'l-fesh [feshle] kıymet üzerinden binde bir kuruş müeccele tarhı ve ibtidâen [başta] binde otuz kuruş resm-i tevsîi istîfâsı [alınarak/ödenerek] ve mütefâzil

* Mardinizâde Ebü'lulâ (Dârülfünûn-ı Osmanî Hukuk-ı Tasarrufiye-i Arazi ve Ahkâmü'l-Evkaf Müderrisi), "Mukâtaa-i Kadîmeli Vakıfların Sûret-i Tevârûs ve İntikâli", *Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 11, Muharrem 1341/Eylül 1338/Eylül 1922, s. 40-53. Bazı kelimelerin günümüz Türkçesindeki anlamları köşeli parantez içinde verilmiştir.

[fazla] harc-ı intikal kabulü sûretiyle kâbiliyet-i tevsiiyesi [genişleme yeteneği] bulunduğundan şu sûretle muamele-i tevsiiyesi [genişletme işlemi] icrâ edilmiş ise, vaktiyle ber vech-i âtî [aşağıdaki gibi] yedi derece vereseye [mirasçılara] intikal etmekte idi: 1-Evlâd [kız ve erkek çocuklar], 2-Ahfâd [torunlar], 3-Ebeveyn [ana-baba], 4-Liebeveyn [ana-baba bir] erkek ve kız karındaş, 5-Lieb [baba bir] erkek ve kız karındaş, 6-Liüm [ana bir] erkek ve kız karındaş, 7-Ehad-i zevceyn [sağ kalan eş/karı-koca]. İntikâlât Kararnâmesi, tevsî-i mecbûriyi kabul ettiğinden şimdi arazî-i mîriyyenin intikal eylediği vereseye intikal etmektedir ki onlar da: 1-Evlâd ve fûrûu [alt soyu], 2-Ebeveyn ve fûrûu [ana-babası ve bunların alt soyu], 3-Ecdât ve ceddât ve fûrûu [ataları ve onların alt soyu], 4- Ehad-i zevceynden [sağ kalan eşi] ibarettir.

(3) İcâre-i Vâhide-i Kadîmeli Vakıflar ki, bunlar da icâreteyn usûlüne tâbidir; bina ve zemin vakıftır. Ber vech-i ma'ruz [arz edilen şekilde] vereseye yani Kararnâme'de muayyen [belirlenmiş olan] eshab-ı derecâta [intikal hakkı sahiplerine] intikal eylemektedir.

(4) Mukâtaalı Vakıflar: Bunlarda zeminin rakabesi vakfa ait olup üzerindeki ebniyenin [binaların] eşcârın [ağaçların] mülkiyeti mukâtaaten müstecirindir [mukâtaa kiracısındır] ve mukâtaa sûretiyle îcar [kiraya verilmesi], zemînin mâhiyet-i vakfiyesine [zeminin vakıf niteliğine] hâle îras etmeksizin [zarar getirmeksizin] ayn-ı mevkûfa [vakıf mala] kâbiliyet-i tedâvüliye ifâza eylemektedir [eklemektedir]. Akd-i vakfın urûzuyla [vakıf mallarıyla] temlik ve temellükten kalan arz-ı mevkuf [vakıf arazi] işbu akid neticesi olarak üzerindeki mülk ile birlikte tedâvül eder vakıf şahsiyet-i mâneviyesi bu hâle zarûreten rızâ-dâde [râzı] olmuştur. Bir vakıf harab olduğu takdirde mütevellî o vakfı, vaktiyle tefrik eylediği [o iş için ayırdığı] ihtiyat akçesiyle tamir ve tecdid eder [yeniler]. İhtiyat akçesi yok ise, mesârif-i tamiriyye [onarım masrafı] galle-i vakıftan [vakıf gelirlerinden] tediye edilir [karşılanır/verilir]; yani ihtiyat akçesi bulunmadığı ve galle-i vakıf, mevkûfu tâmire müsait olduğu takdirde mürtezîkaya [vakıftan rızıklananlara] eshâb-ı vezâife [vakıfta vazife sahiplerine] karşı tediât [ödemeler] tehir edilerek [ertelenerek] vakıf tamir olunur. İşbu gallenin de tamire adem-i müsaadesi [yetersizliği] anlaşılır ise, mütevellînin tamire sarf olunmak üzere hariçten para istikraz etmesi mevzubahis olur bu takdirde iki ihtimal mutasavverdir [akla gelmektedir]: Mütevellî, ya iltizam-ı ribh ile para bulur; veya iltizam-ı ribh etmeksizin istikraza muvaffak olur. İltizam-ı ribhsiz bulabilecekse istikraza mezun olan mütevellî kimseye danışmaya ihtiyaç mes

etmeksizin istikraz akd edip vakfı tamir eder. İltizam-ı ribhsiz para bulamadığı takdirde hâkimin müsaadesiyle ribh iltizam ederek para bulmaya çalışır. Bu suretle de vakfın tamir ve termîmine muktezi mebâliği [gereken miktardaki parayı] tedârik edemez ise, vakfı, hâl-i sâbıkına bi'l-irca' [eski durumuna döndürecek], ihyâ edecek ve bunun için sarf edeceği mebâliği âtiyen [gelecekte] ücrete mahsub eyleyecek bir tâlip arar. Bu akid, orada, icâre-i vâhîde ile bir seneden fazla isticâra muvaffak olamayan müstecire uzun müddet oturabilmek salâhiyetini bahşetmiş olur ki câzib addolunur; ve icâreteyne nazaran ehven telakkî edilir. Böyle bir tâlip de bulunamaz ise, artık ukûd-ı ma'rûfeden biriyle yalnız sahâ-i [meydan] arzdan istifade ciheti düşünülür, bundan da vakfa nâfi' [yararlı] bir netice elde edilemez ise, vakıf aynın tedâvülünü müeddî [tedavülüne yol açan] teklîfâta serfûrû etmek [baş eğmek] mecbûriyeti hâsıl olur ki bu teklifler iki şekilde tecellî ediyordu idi:

1- İcâreteyn şekli ki, müstecirden mevkuf akârın kıymetine karîb [yakın] bir muaccele alınıyor. Bu muaccele ile vakıf tamir ediliyor ve bu sûretle, arz gibi, ebniye de mevkuf oluyor ve heyet-i mecmûa [hem arz hem bina, tamamı] müstecirin yedine [eline] tevdi olunuyor. Yani artık o aynın mülkiyet-i menfaati müstecire aittir. Vefâtında muayyen eshab-ı intikaline geçer ve ister ise, hayatında başkasına ferağ edebilir; vakıf, o aynın yalnız rakabesine mâliktir; müstecirden her sene cüz'îyyü'l-miktar bir müeccele alır. Ferağda da harc-ı ferağ, vârise intikalde de harc-ı intikal istîfâ eder [alır] ve müstecirin, nâil-i intikal vâris terk etmeksizin [intikal hakkına sahip mirasçı bırakmadan] vefatı hâlinde de, mütevellî ma'mur olan aynı [tamir edilen aynı] tekrar tesâhuble [sahiplenmeyle], arzu ederse, artık mevkûfu, icâre-i vâhideli olarak ibkâ [bırakır] veya yeniden tâlibine icâreteyn sûretiyle tefvîz eyler.

2- Mukâtaa şekli ki, şu mâhiyettedir: Muaccele alınacak ise, icâreteynde olduğu gibi vakfı, hâl-i sâbıkına irca' [eski hâline döndürme] sadedinde [maksadında] sarf olunmayacaktır. Gallât-ı sâirede [diğer gelirlerde] olduğu gibi eshâb-ı vezâife [vakıfta vazife sahiplerine], mürtezâkaya verilecektir. Çünkü tâlip bu şekilde demiştir ki:

“Ben vakıf zemini, mülkiyeti bana ait olmak üzere vücûde getireceğim mebâniye [binalara] tahsis edeceğim. Mebânî pâyidâr oldukça [varlığını sürdürdükçe] vakıf olan zemin, onun hükmünü iktisab edecek; yani ister isem, hey'et-i mecmûayı satabilmeliyim, hibe edebilmeliyim, terhîne [rehin vermeye] muvaffak olabilmeliyim. Hülâsa, vücûh-ı envâ-ı mülkiyetle [mülkiyetin tanıdığı

yetki ve imkânlar] müstefid olabilmeliyim. Zeminin vakfiyeti bu kabîl tasarufatta aslâ mevzûbahis edilememeli; tâbiye ayrıca hüküm verilmemeli; ben ölürsem, hey'et-i mecmûa vereseme [mirasçılara] ber nehc-i şer'î [şer'î usule göre] geçmeli, imarına muvaffak olamaz isem, yani üzerinde mülk ebniye ve eşcâr vücûde getiremez isem, şu vakıf sahâ-i arazide işbu akd ile ihraz edeceğim hukuku [hakları] bir başkasına devredebilmeliyim. Devrettiğim zât da tamamen şu mukavelenin bana temin ettiği hukuktan istifade edebilmelidir. Mebânî vücûda getiremeden emr-i hak vukua gelirse, arz müstecirin evlâd-ı zükûr ve inâsına geçmeli; onlar isterler ise, mebânîyi vücûde getirerek mukavelenin bahşeylediği hukuktan istifade etsinler; vakıf, onlara karşı da müzâhamede bulunmamalıdır [sıkıntı verememeli/zorluk çıkaramamalıdır]". Şu şekilde görüyoruz ki müstecir, vakıf zemin üzerinde mülkiyeti kendisine ait olmak üzere mebânî vücûde getirmek salâhiyetini ihraz etmiştir [elde etmiştir]. Yani vakıf âdetâ o yeri, müddeti gayr-i malûm [süresi belirsiz] bir icâre ile mülk vücûde getirecek zâta [kişiyi] îcar eylemiştir [kiraya vermiştir] ki, buna hakir denir ve tâbî olan arzda artık mülk aksam pâyidar bulundukça, vakıf ahkâmını tatbik imkânı bertaraf olur ve hatta bey' ve tevârüsünde bile izn-i mütevellîyi istihsâl [almak] mecburiyeti görülmez; hâlbuki arazi-i emîriyyeyi hakirde, ebniyeyi, eşcârı zemin ile birlikte devir veya tevârüste izn-i memur aranır. Bu sûretle arz-ı vakfı hakir, arz-ı mîriyyeyi hakirden daha kuvvetli telâkkî olunur [mutasarrıf açısından daha güçlü bir durum yaratır]. Ve icâreteynli vakıflarda müeccele hey'et-i mecmûanın kıymeti üzerinden istîfâ olunagelirken [alınırken] mukâtaalılarda, yalnız zeminin kıymeti üzerinden alınır. Çünkü binâ vakfın değil bânînindir [bina yapanındır]; mukâtaalı vakıf müstecirinin vefatı hâlinde bakılır: zeminin üzerinde mülk aksam yani binâ veya eşcâr [ağaçlar] mevcut ise, işbu mebânîyi, eşcârı tevârüs eden verese-i şer'îyyeye [şer'î hukuka göre mirasçı olanlar] mesele-i mirâsiyeye tevfikân, yani ferâiz kavâidi dairesinde mülk aksama tebean zemin de geçer. Zeminin üzerinde mülk aksam mevcut değil ise, İntikâlât Kararnâmesi'nin neşrinden mukaddem [önce] yalnız evlâd-ı zükûr ve inâsa, seviyyen [eşit olarak], intikal eylerdi. Şimdi, Kararnâme ahkâmına tevfikân dört dereceye intikal etmektedir.

İntikâlât Kararnâmesi, emvâl-i gayrimenkuleden yalnız üç nev'in [türün] sûret-i tevârüs ve intikâlinden sâkıttır [düşer]. Yani ferâiz kavâidine tevfikân tevârüs-i şer'î cereyan eden emvâl-i gayrimenkulenin sûret-i tevârüsünden bahse lüzum görmemiştir ki şunlardır:

1. Arazi-i memlûke; yani kura [köyler] ve kasabât-ı kadîme [kadîm kasaba ve yerleşim yerleri] derûnunda [içinde] bulunan arsalarla kenarlarında tetimme-i süknâ add ve itibar olunan yerler, temlîk-i sahîh-i şer'î ile temlik olunan mahaller, arazi-i öşriyye, arazi-i haraciyye, hulâsâ emlâk-ı sırfe ıtlak olunan emval-i gayrimenkule ki mâliklerinin vefatı hâlinde verese-i şer'îyeye mesele-i mirasiye veçhile geçer, İntikalât Kararnâmesi'nin sahâ-i tatbikinden hariç kalır [uygulama alanı dışında kalır].

2. Arazi-i emîriyye-i sırfe ve arazi-i emîriyye-i mevkûfe (yani tahsisat kabîlinden olan evkaf) üzerinde Tasarruf Kararnâmesi'nin neşrinden mukaddem usûlüne tevfiķan bi'izn [izinle] mutasarrıfı cânibinden [tarafından] mülk olarak vücûde getirilen mebânî ve aralarında sapan işleyemeyecek derecede mağrus eşcâr [dikilmiş ağaçlar] ki, mutasarrıfın vefatı hâlinde verese-i şer'îyesine mesele-i mirâsiyeye [şer'î miras ahkâmına göre] tevfiķan zemin ile birlikte verilir, İntikalât Kararnâmesi tatbik olunmaz.

3. Mukâtaa sûretiyle îcar olunan a'yân-ı vakfiyeden mutasarrıfın yani müstecirin vefatında müsakkaf [çatılı/üstü örtülü] veya bu hükümde bulunanlar, ki bina her ne zaman inşa edilmiş olursa olsun ve vefat hangi tarihte vukûa gelir ise gelsin, verese-i şer'îyeye mesele-i mirasiyeye tevfiķan geçer.

Kararnâme bu üç nevi emval-i gayrimenkulenin tevârüsü hakkından vaz'-ı ahkâmı mevzûundan hariç addederek bunlardan ma'ada [başka] emval-i gayrimenkulenin sûret-i intikalini tâyin eylemiştir ki şunlardır:

1- Arazi-i emîriyye-i sırfe ve arazi-i emîriyye-i mevkûfe -yani tahsisat kabîlinden olan evkaftan menâfi-i emîriyyesi [mîrî yararları] cânib-i hayra [hayır konusuna] muhassas arazi- ki: bunlar vaktiyle sekiz dereceye intikal eylerdi: 1- Evlâd, 2- Ahfâd [torunlar], 3- Ebeveyn [ana-baba], 4- Liebeveyn ve lieb er karındaş [ana-baba bir ve baba bir erkek kardeş], 5- Liebeveyn ve lieb kız karındaş [ana-baba bir ve baba bir kız kardeş], 6- Liüm er karındaş [ana bir erkek kardeş], 7- Liüm kız karındaş [ana bir kız kardeş], 8- Ehad-i zevceyn [sağ kalan eş].

Şimdi Kânunnâme'nin tayin eylediği sunûf [sınıflar] ve derecâta [derecelere] intikal eylemektedir.

2- Arazi-i emîriyye-i sırfe ve arazi-i emîriyye-i mevkûfe üzerinde Tasarruf Kararnâmesi'nin neşrinden muahhar olarak [sonra] vücuda getirilen mebânî ve eşcâr ki, arz-ı mîrî-i sırf veya arz-ı mîrî-i mevkûfdan bir cüz' addolunarak- zira mezkûr Kararnâme, bu kabîl mebânîye ve eşcâra rakebenin beytûlmâle âidiyeti

şartıyla hakk-ı istikrar tanımıştır- İntikâlât Kararnâmesi ahkâmına tâbiyet zarûreti hâsıl olmuştur. Bugün bu kabîl emvâl-i gayrimenkulenin emr-i tevârüs ve intikâlini tayin ederken mebânînin, eşcârın hangi tarihte vücûde getirildiği tedkik edilmekte, Tasarruf Kararnâmesi'nin neşrinden mukaddem ise, emlâk-i sırf hükmüne tâbî tutulmakta ve Kararnâme'nin neşrinden muahhar ise, İntikâlât Kararnâmesi ahkâmı tatbik kılınmaktadır.

3- İcâreteynli ve icâre-i vâhide-i kadîmeli müsakkafat ve müstegallât-ı vakfiye ki, vâkıfları tarafından hilâfı mansûs (vakfedenin aksine bir belirlemesi) olmadıkça, vaktiyle muamele-i tevsîyesi icrâ kılınmamış ise, yalnız evlâd-ı zükûr ve inâsa; tevsî-i intikâl muamelesi icrâ edilmiş ise, yedi dereceye intikal eylerdi. Bâlâda [yukarıda] işaret olunduğu vecihle onlar da; evlâd, ahfâd, ebeveyn, liebeveyn er ve kız karındaş, lieb er ve kız karındaş, liüm er ve kız karındaş ve ehad-i zevceyndir.

Şimdi, Kararnâme'nin tayin eylediği sunûf ve derecâta intikal etmektedir.

4- Mukâtaa-i kadîmeli müstegallât-ı vakfiye yani müsakkaf olmayan mukâtaalı vakıf yerler ki, hîn-i vefâtta mukâtaaten istîcar olunan vakıf saha üzerinde mülk aksam mevcut değil ise, vaktiyle yalnız bir dereceye yani evlâd-ı zükûr ve inâsa seviyyen intikal ediyordu. Mülk aksam mevcut ise, yani mukâtaalı vakıf mahâl, meselâ müsakkaf ise, veya eser-i bina mevcut ise, ferâiz kavâidine tevfiikan vereseye veriliyordu. Bunlarda tevsî-i intikal muamelesi cereyân etmiyordu; zira tevsî; müstecirin elinde idi istediği zaman binâyı inşâ ederek “zemin binânın hükmünü almak sûretiyle” verese-i şer'iyeye yani her nevî vârise geçebiliyordu; şimdi hîn-i vefatta, mülk aksam mevcut ise, kemâkân [eskiden olduğu gibi] verese-i şer'iyeye geçer; çünkü mukâtaa mukâvelesinin esası budur. Mülk aksam mevcut değil ise, bir derece evlâd-ı zükûr ve inâsa bedel İntikâlât Kararnâmesi'nin tayin eylediği sunûf ve derecâta intikal eyler.

Hâlbuki Defter-i Hakanî İdaresi'nin mahallât [mahalleler] ve kurâya [köylere] ait ihzâr eylediği [hazırladığı] evrak-ı matbûası meşrûhâtından⁴³

⁴³ Defter-i Hâkânî İdaresi'ne mahalle veya karye heyet-i ihtiyâriyeleri tarafından bilimli [doldurularak] verilecek matbû ilmühaberler zahrında [arkasında] İntikâlât Kararnâmesi'nin 8'inci maddesi şu sûretle izah olunmaktadır: “Bu maddede mukâtaa-i kadîmeli müsakkafatın hariçte bırakılması sebebi, bu kanunun neşrinden mukaddem mukâtaa-i kadîmeli müsakkafatın zemini mukâtaalı ve ebniyesi mülk olduğu ve bunun ber nehc-i şer'î tevârüsünü, “Emvâl-i Gayrimenkûlenin Tasarrufuna Aid Kararnâme” ahkâmı taşıyıp etmediği cihetle mezkûr Tasarruf Kararnâmesi'nin 5 Nisan 329 tarih-i neşrinden mukaddem ihdâs olunan zemini mukâtaalı müsakkafatın tevârüsü bu Kararnâmeye tevfiik edilmeyecektir. Şâyet zemini mukâtaalı arsalara veya arazi-i mîriyye üzerine 5 Nisan 329 tarihinden

mukâtaa-i kadîmeli vakıfların intikâlâtında, üzerindeki ebniyenin Tasarruf Kararnâmesi'nin neşrinden mukaddem veya muahhar vücûda getirilmesinin tahallûf-i hükmü istilzam edeceği anlaşılıyor ve binnetice sûret-i tevrîs ve intikali tayin için [intikal şeklini belirlemek için], mukâtaa-i kadîmeli vakıflar üzerinde mutasarrıfın hîn-i vefâtında mülk binâ bulunup bulunmadığını aramağa lüzum kalmamış oluyor.

Bu tarz-ı tatbik tamamen muhalif-i hak ve hakikattir; zira “Emvâl-i Gayrimenkule Tasarrufuna Dâir” olan 5 Nisan 329 tarihli Tasarruf Kararnâmesi'nin 5'inci maddesi mukâtaalı arazi-i vakfiye hakkında hiçbir hükmü ihtiva etmiyor, mezkûr maddenin mesbûkunlehi [asıl konusu ve sevk ediliş maksadı] arazi-i emîriyye-i sırfe ve arazi-i emîriyye-i mevkûfe üzerindeki tasarrufatın ne gibi şeylerden ibaret olacağını beyan olup bu kabîl arazi üzerinde vücûda getirilecek ebniyenin, eşcârın arza tâbîyetini bi'l-işâre ifade eylemektedir. Arazi-i emîriyye-i sırfe ve arazi-i emîriyye-i mevkûfe tâbirine evkâf-ı sahîhadan olan mukâtaa-i kadîmeli âyân-ı vakfiye dâhil olamaz. Maddedeki “rakabesi beytûlmâle ait olmak üzere” kaydı da bunu gösterir; çünkü mukâtaa-i kadîmeli vakıflarda rakabe beytûlmâlin değil, vakıf şahsiyet-i hükmiyesininindir. Arazi-i emîriyye-i mevkûfededir ki, rakabe beytûlmâlidir. Bedîhiyattan olan bu cihete Defter-i Hakanî İdaresi'nin nüfûz edememiş olması ve rakabenin beytûlmâle âidiyeti maddede sarâheten mezkûr iken beytûlmâlin rakabesiyle aslâ alâkadar olamayacağı mukâtaa-i kadîmeli arazi-i vakfiyeyi, evkâf-ı gayrisahihadan olan ve rakabesi beytûlmâle ait bulunan arazi-i mevkûfeye dâhil farz eylemesi şâyân-ı hayrettir. Arazi-i mevkûfe tâbirinin medlûlünü tayin etmek için Arazi Kanunu'nun 4'üncü maddesini bir kere mütâlaa kâfidir⁴⁴. Kaldı

mukaddem [muahhar] ebniye inşâ ve eşcâr ve kûrum gars edilmiş ve ondan sonra da mutasarrıfları vefat etmiş ise, bâlâdaki [yukarıdaki] Kanun'a göre intikal eyler. Ve eğer mukâtaalı arsalarla arazi-i emîriyye üzerine 5 Nisan 329 tarihinden evvel ebniye inşâ ve eşcâr gars olunmuş ise, emlak-i sırfe ile beraber her vakit ber nehc-i şer'î tevârüs eder.

⁴⁴ Dördüncü madde: Arazi-i mevkûfe iki kısımdır: Kısım-ı evvel, sahîhan arazi-i memlûkeden iken şer'-i şerîfe tevfikân vakfolunmuş arazidir ki, bu makûle arazi-i mevkûfenin rakabesi ve bilcümle hukuk-ı tasarrufiyesi cânib-i vakfa ait olarak bunlarda muamelat-ı kanuniye cereyan etmeyip ancak şart-ı vâkıf her ne ise, ol vechile amel olunmak lazım geldiği cihetle arazi-i mevkûfenin bu kısmından işbu Kânunnâme'de bahsolunmayacaktır. Kısım-ı sâni: Arazi-i emîriyyeden bi'l-ifraz selâtin-i ızâm hazerâtının veyahut bizzat izn-i sultanî ile âharlarının (diğerlerinin) vakfeylemiş olduğu arazidir ki, bu misillü arazinin vakfiyeti yalnız arazi-i emîriyyeden bir kıt'a-i müfrezenin âşar ve rûsûmatı misillü menâfi-i miriyyesi taraf-ı saltanat-ı seniyyeden bir cihete tahsis demek olduğundan bu makûle arazi-i mevkûfe evkafı sahîhadan değildir. Memâlik-i mahrûsede kâin arazi-i mevkûfenin ekserisi bu

ki, mukâtaa-i kadîmeli vakıfların evkâf-ı sahîhadan olup olmadığı hakkında sarâhat-i kanuniyeye rağmen, Defter-i Hakanî İdaresi'nce şüphe hâsıl olmuş ise, hemân her hukuk müntesibinin kütüphanesinde bir nüshası bulunan Ömer Hilmi Efendi merhumun *Ahkâmü'l-Evkaf* nam eserine bilmürâcea [mürâcaat ederek/başvurarak] hall-i müşkil [bu sorunu çözmek] hiç de müşkil [zor] değildi. Beşinci maddede “mukâtaalı arazi” tâbiri yoktur, “arazi-i emîriyye ve mevkûfe” denmiştir ki, arazi-i mevkûfe tabiriyle de tahsîsat kabîlinden olan vakıflar kast edilmiştir. Nitekim rakabenin beytûlmâle aidiyeti maddede musarrahtır [açıktır]. Bu hususta artık ednâ [en küçük] şüpheyi mahâl kalmamıştır. Arazi-i emîriyyeye arazi-yi mevkûfe ıtlak ve tâbiri ise ıstılâh-ı kanunîdir [kanunî bir terimdir]. Vâkıa ıstılâh-ı fikhîde arazi-i mevkûfe, vakf-ı sahîh ile vakfedilmiş olan araziye ıtlak olunur [denilir]. Ve bu misillü tahsîsat kabîlinden olan araziye irsadât denilir. Fakat Arazi Kanunu'nun dördüncü maddesi arazi-i mevkûfe tabiriyle emvâl-i gayrimenkule kanunlarında rakabesi beytûlmâle ait olan yani tahsîsat kabîlinden bulunan arazi-i emîriyye-i mevkûfenin kast edilmekte olduğunu kâinata ilân eylemiştir.

Şu hâlde Kararnâme, mukâtaalı arazi üzerinde muhdes [sonradan yapılan] ebniyeden değil, arazi-i emîriyye ve mevkûfe üzerinde muhdes ebniyeden bahsediyor ve bunlardaki ebniyenin arza tâbi olacağını, yani rakabesinin beytûlmâle ait bulunacağını kabul ediyor. Bu hüküm mukâtaa-i kadîmeli

kabildendir. Ve böyle tahsîsat kabîlinden olan arazi-i mevkûfenin arazi-i mîriyye-i sırfe gibi rakabesi beytûlmâle ait olmasıyla bunlar hakkında bundan sonra zikr ve tafsîl olunacak muâmelât-ı kanûniye tamamıyla cârî olur. Fakat resm-i ferağ ve intikal ve bedel-i mahlûlat arazi-i mîriyye-i sırfede cânib-i mîrîye ait olduğu gibi bu makûle arazi-i mevkûfede dahi vakfî tarafına ait olur. Zîrde bast ve beyan olunacak arazi-i mîriyye ahkâmı bu makûle arazi-i mevkûfede dahi cârî olduğundan işbu Kânunnâme'de her ne zaman arazi-i mevkûfe tâbiri îrad olunur ise, işte böyle tahsîsat kabîlinden arazi-i mevkûfe murad olunur. Fakat bu makûle arazi-i mevkûfenin bir nevi daha vardır ki rakabesi beytûlmâle ait olduğu gibi âşar ve rûsûmatı cânib-i mîrîye ait olduğu hâlde yalnız hukuk-ı tasarrufiyesi veyahut rakabesi beytûlmâle ait olarak âşar ve rûsûmatıyla beraber hukuk-ı tasarrufiyesi [bir] cihete tahsis kılınmıştır. Bu nevi arazi-i mevkûfede ferağ ve intikal misillü ahkâm ve muâmelât-ı kanuniyye cârî olmayıp ancak taraf-ı vakıftan gerek bizzat ve gerek alâ-tarîkı'l-icâr (kira yoluyla) zîraat ve tasarruf ettirilerek menâfi-i hâsılâsı vakfın meşrûtünlehine sarf olunur. Tasarruf Kararnâmesi'nin beşinci maddesinin hadiseye taalluk ettirilerek istenilen fıkârâtı (fıkraları): “tarla ve sâir arazisini rakabesi beytûlmâle ait olmak üzere kürûm ve eşcâr-ı müsmîre (meyve veren) ve gayrimüsmîre (meyvesiz) dikerek bağ ve kuru ve bostan ve bahçe hâline ifrâğ eder.....arazi-i emîriyye ve mevkûfe üzerinde bu sûretle gars ve ihdâs olunacak kürûm ve eşcâr ve ebniye ve müştemilât ve teferruâtı emr-i tasarruf ve intikalde araziye tâbi olur ve öşr verilmeyecek sûrette istîmâl olunacak yerler için mukâtaa-i seneviyye tahsis edilir...”.

vakıflarda da cârî olmak lâzım gelse, binânın rakabesi beytûlmâlin olmaz. Arza tâbi bulunmak itibariyle cânib-i vakfın olur. (Zîrâ arazi-i mevkûfe-i sahîhada sâlifü'z-zikr dördüncü maddenin sarâhati [açıklığı] vechile mevkûfun rakabesi ve bilcümle hukuk-ı tasarrufiyesi cânib-i vakfa aittir). Ve mukâtaaten îcar mukâvelenâmesinin de ruhuna, sebeb-i vaz'ına mugâyir ve muhâlif düşer, zira mukâtaaten vakıf arzı isticârda, mutasarrıfın maksadı arz-ı vakfı hakirdir: Yani rakabesi kendisine ait olmak üzere vakıf zemin üzerinde mülk olarak yaptıracığı binaya, arzın tâbiyetini temindir. Yaptıracığı binâ arzın hükmüne tâbi olur ise, icâreteynli vakıftan mukâtaalı vakfın hiçbir farkı kalmaz ve icâreteyn akdi yaparak arzın kıymetine karîb [yakın miktarda] verdiği muacceleyle binaya sarfettirmek sûretiyle temin edeceği menfaatten, mukâtaalı müstecirin sarf-ı nazar etmiş bulunmasına artık bir mana verilemez. Gâye-i mukavele [sözleşmenin amacı] ifâte edildiği [kaybedildiği] için mutasarrıf; vakıf ile arasındaki akdi hâkime bi-hakkın [hakkıyla/tamamıyla] feshettirebilir.

Bütün bunları nazara alan vaz'-ı kanun ebniyenin arza tâbiyetini arazi-i emîriyye ile arazi-i mevkûfeye hasretmiştir. İcâreteynli vakıflarda, gasben yapılacak ebniyenin mülkiyeti müstahıkkü'l-kal' olarak bâni-i gâsıba [binayı gasben yapana] ait bulunduğu gibi mukâtaalı vakıflarda, yapılan ebniyenin mülkiyeti, mukavele icabınca, hakk-ı istikrârî hâiz olarak bi-hakkın mutasarrıfa ait olur; her iki ihtimalde de mebânî, müstakar bulunduğu mahallin hükmünü almış olmaz, yani cüz'-i vakıf addolunmaz. Hâlbuki arazi-i emîriye ve mevkûfede Tasarruf Kânunnâmesi'nin neşrinden sonra vücûda getirilen mebânî, Kararnâme'nin neşrinden mukaddem [önce] hüddâ-yı nâbî eşcârda ki tarz-ı telâkkiye mümâsil [benzer] olarak, cüz'-i arz itibar olunur. Hülâsâ Tasarruf Kararnâmesi'nin 5'ici maddesi, ne mukâtaa-i kadîmeli araziden bahsetmiştir. Ve ne de mukâtaa-i kadîmeli arazide ebniyenin araziye tâbi' olmasına imkân vardır.

Mukâtaa-i kadîmeli vakıfların -binâ vücûda getirilmiş ise- emlâk-i sırfe gibi tevârüsü ahkâm-ı şer'iyye ve hakr-i vakfa mütedâir mesâil-i fıkhiyye icâbindandır. Mutasarrıfın hîn-i vefâtında binâ yoksa yalnız evlâd-ı zükûr ve inâsa intikali de mukâtaaten îcar mukâvelenâmesi hükmü iktizâsından olup İntikâlât Kararnâme-i hâzırı [mevcut İntikâlât Kararnamesi] ise, bunlarda yani hîn-i vefatta üzerinde bina bulunmayan, sakftan ârî [çatısız] olan mukâtaalılarda, bir dereceye bedel muayyen derecâtı ikâme eylemiştir.

Arazi Kanunu'nun seksen birinci maddesi bâ-tapu [tapu ile] tasarruf olunan arazi-i emîriyye ve mevkûfe için sevk olunmuştur ki, sâlifü'z-zikr

[daha önce zikredilen] beşinci maddeden müteessir olan münhasıran arazi-i emîriyye-i sırfe ve kabiliyet-i tedâvüliyyi hâiz arazi-i emîriyye-i mevkûfedir.

“Madde 81: Bâ-tapu tasarruf olunan arazi-i emîriyye üzerine, memuru izniyle muahharan mülk, eşcâr ve kürüm [bağ/üzüm kütükleri] gars olunarak ittihaz kılınmış olan bağ ve bahçenin ve ihdâs olunmuş olan mülk ebniyenin sahibi fevt oldukta, ol eşcâr ve kürüm ve ebniye müteveffânın veresesine emlâk-i sâire gibi mevrûs olduktan sonra, eşcâr ve kürüm ve ebniye yerleri için takdir olunan bedelden yalnız resm-i intikal misillû [benzeri] harç alınarak; eşcâr ve kürüm ve ebniyeden hisse-i irsiyelerine göre ol yerler vereseye meccânen [karşılıksız] tefvîz kılınıp Defterhâne-i Âmire’de olan kayıtları bi’t-tashih [tashih edilerek/düzeltilerek] derdest bulunan senetlere hâmiş tahrir olunur [not düşölür]”.

Görölüyor ki, madde, münhasıran arazi-i emîriyyedeki hakir ve tevârüsü gösteriyor. Arazi-i vakfiyede hakir demek olan mukâtaalı a’yân-ı vakfiyye ise, arazi-i emîriyye değildir ki, bu maddenin daire-i şümûlüne dâhil olsun da bu maddeye herhangi sûretle târî olan [erişen] nesihden müteessir olsun. Mukâtaalı a’yân-ı vakfiyenin emr-i tevârüsünde bu madde hiçbir zaman mâ-bihî’t-tatbik [uygulanabilir] olmamıştır ki bugün herhangi bir sûretle hâdisede mevzûbâhs edilmeye imkân görölëbilsin. Hülâsa mukâtaalı arazi-i vakfiyenin sûret-i tevârüs ve intikali hakkındaki ahkâm-ı mer’iyye ve kanuniyyeye nesh ve ilgâ târî [arız] olmuş değildir⁴⁵.

⁴⁵ Mukâtaalı a’yân-ı vakfiyenin sûret-i tevârüs ve intikâline dâir olan ahkâm-ı mer’iyye-i hâzıra: 2 Zilkâde sene 1285 [tarihli] Evkaf-ı mazbuta Tevsî-i İntikal Nizamnâmesi’nin 8’inci maddesi: “Madde 8: Arsası mukâtaalı vakıf ve ebniyesi mülk olan müsakkafat ve müstegallât hakkında usûl-i kadîmesi vechile muamele icrâ kılınacaktır. Ve bu misillû müsakkafat ve müstegallâtın bey’ ve şira’ ve ferağ ve intikali vukûunda mukâtaa-i kadîmesi hadd-i lâyıkına iblâğ olunacaktır”. 4 Receb sene 1292 [tarihli] Bi’l-icâreteyn Tasarruf Olunan Mazbut ve Mülhak Müsakkafat ve Müstegallât-ı Vakfiyenin Tevsî-i İntikal Nizamnâmesi’nin 12’inci maddesi: “Madde 12: Arsası mukâtaalı vakıf ve ebniyesi ve eşcârı mülk olan müsakkafat ve müstegallât hakkında usûl-i kadîmesi vechile muamele olunacaktır. Ve bu misillû müsakkafat ve müstegallâtın bey’ ve şira’ ve ferağ ve intikâli vukûunda mukâtaa-i kadîmesi hadd-i lâyıkına iblâğ kılınacaktır”. Usûl-i kadîmeyi gösteren *Ahkâmü’l-Evkâf*’ın 277’inci meselesinin hadiseye müteallık (son) fıkrası: “Mukâtaalı vakıf yer üzerinde bulunan mülk ebniye ve eşcâr ve kürümün mâliki vefat edip de, ol ebniye ve eşcâr ve kürüm müteveffânın gerek ashâb-ı ferâizden ve gerek asabattan ve gerek zevi’l-erhamdan veresesine mevrûs oldukta, ol ebniye ve eşcâr ve kürüm tebean yer dahi mesele-i mirasları nisbetinde verese-i mezkûrenin tasarruflarına bilâ-bedel meccânen dâhil olmuş olur”. “278’inci Mesele: Bir kimse mukâtaalı vakıf arsa üzerine mebnî ebniyyeye veya mağrus eşcâr ve kürümâ mâlik ve arsaya bâ-mukâtaa mutasarrıf iken, bilâveled vefat edip, verese-i ol ebniye, eşcâr ve kürümü irsen ve arsayı dahi tamamen bilâbedel meccânen zapt etmek istediklerinde, mütevellî “mücerred arsa vakfolmakla üzerinde olan ebniye ve eşcâr ve kürüm dahi vakfa ait olmuş olur” deyû verese-yi [mutasarrıf verese-i] zapttan men edemez (277’inci meseleye mürâacaat oluna)”. “284’üncü Mesele: Mukâtaalı vakıf arsa üzerinde bulunan ebniye ve eşcâr ve kürüm menkûlattandır olmağla onlar hakkında emvâl-i menkûle muamelesi icrâ olunur. Binâen aleyh onlarda şufa cereyan etmez. Yani

İntikalât Kararnâmesi'nde ne emlâk-i sırfe dediğimiz arazi-i memlûkenin ve ne Tasarruf Kararnâmesi'nin neşrinden mukaddem arazi-i emîriyye üzerinde mülk olarak [i]hdâs olunan eşcârın, ebniyenin ve ne mukâtaa-i kadîmeli müsakkafat-ı vakfiyenin suver-i tevârusüne dâir ahkâm mevcuttur. Arazi-i vakfiye-i sahîha üzerinde muhdes mülk ebniye ve eşcâr meselesine beşinci maddedeki fıkranın hiçbir alâkası yoktur. Çünkü bu fıkra münhasıran arazi-i emîriyye ve mevkûfe üzerinde Kararnâme'nin neşrinden sonra ihdâs olunacak ebniye ve eşcârdan bahsetmektedir. Arazi-i emîriyye ve mevkûfe ise, mukâtaa-i kadîmeli müsakkafat ve müstegallât-ı vakfiyye demek değildir⁴⁶.

Fıkra-i kânuniye, arazi-i emîriyye ve mevkûfe deyip dururken mukâtaalı arazi üzerine muhdes ebniyeye bunu işmâl nasıl mümkün olur?

Mülk aksâmın mevcudiyeti hâlinde verâset-i şer'iyye esasının İntikâlât Kararnâmesi'nin 8'inci maddesine muhalif bir ciheti yoktur; zîrâ bu madde

onlar ne meşfû' ve ne meşfû'un-bih olabilirler". "285'inci Mesele: Bir kimse ebniye, eşcâr ve kürûmdan hâlî [boş] evkâf-ı sahîhadan bir arsaya mukâtaa ile mutasarrıf iken vefat etse, ol arsa, müteveffânın yalnız evlâd-ı zükûr ve inâsına seviyyen [eşit olarak] intikal eder. Verese-i sâiresine intikal etmez. Ama mukâtaalı arsa, tahsîsat kabîlinden olan evkâf-ı gayrisahîhadan ise, o sûrette onda arazi-i emîriyye ahkâmı cereyan edeceğinden arazi-i emîriyye misillü sekiz derece vereseye intikal eder" (Ömer Hilmi Efendi merhûmun *Ahkâmu'l-Evkâf* nâm eseri). İntikâlât Kararnâmesi işbu usûl-i kadîmeden yalnız ebniye ve eşcâr ve kürûmdan hâlî bulunmak ihtimâline ait hükmü nesh ve ta'dil etmiştir, bu babdaki madde ber vech-i âtidir [aşağıdadır]: "Madde 8: Mevâdd-ı sâbika (önceki maddeler) ahkâmı, icâreteynli ve icâre-i vâhîde-i kadîmeli müsakkafat ve müstegallât-ı vakfiyye ile mukâtaa-i kadîmeli müstegallât hakkında dahî câridir". Bu mesele hakkında Fetvâhâne-i Âli Kararı: "Mukâtaalı vakıf arsa üzerinde bulunan ebniyenin mâliki vefat edip de ebniye-i mezkûre müteveffânın verese-i şer'iyyesine mevrûs oldukta, ol ebniyeye tebean arsa-i mezkûre dahî verese-i mezkûrenin tasarruflarına bilâbedel meccânen (karşılıksız) dâhil olup da ferâiz kavâidine tatbikan mesele-i mirasiyyeleri nisbetinde taksimi sahih olur mu? İşbu arzuhal mütâlaa olundu. Me'aline nazaran mezkûr arsa mülk ebniye gibi beyne'l-verese tasarruf olunur. Fî 29 Cemaziyelevvel sene 1340 Heyet-i iftâiye, Emînü'l-Fetvâ". Fetvâ Emîni sâbık üstad muhterem Ali Haydar Efendi Hazretleri de (1340) tarih-i hicriyyesindeki -1337 ve 1338 sene-i mâliyesine müsadiftir- tab' ve neşrettirdikleri *Tertibü's-Sunûffî Ahkâmî'l-Vukûf* nâm eser-i müteberelerinde mukâtaa yani hakirli akarât-ı mevkûfe ahkâmının izahı sadedinde meseleyi şu tarzda tahrir buyurmuşlardır: "Madde 1065: Hakirli, yani mukâtaalı akarât-ı mevkûfenin arsası vakıf ise de, üzerindeki ebniye ve eşcâr ve kürûm mutasarrıfının mülküdür, binâenaleyh mutasarrıfının vefâtında arsanın mütevellîsi muhdesâtın vakfa aidiyetini iddia edemez. Muhdesât-ı mezkûre, müşârike [ortağa] ya gayra bey' ve hibe ve teslim ve vakfetmek sûretleriyle onda tasarruf-ı müllâk ile tasarruf etmek sahih ve mâlikinin vefâtında verese-i şer'iyyesine ilm-i ferâiz veçhile mevrûs olur". Görülüyor ki müşârûnileyh, meseleyi muhdesâtın Tasarruf Kararnâmesi'nin neşrinden mukaddem veya muahhar vücûda getirilmiş olması şeklinde bir tafsîle tâbî tutmuyorlar.

⁴⁶ Beşinci madde fıkrası: "Arazi-i emîriyye ve mevkûfe üzerinde bu sûretle gars ve ihdâs olunacak kürûm ve eşcâr ve ebniye ve müştemilât ve teferruâtı, emr-i tasarruf ve intikalde araziye tâbî olur".

aynen şu ibâreyi muhtevîdir: “Madde 8: Mevâdd-ı sâbika ahkâmı, icâreteynli ve icâre-i vâhide-i kadîmeli müsakkafat ve müstegallât-ı vakfiyye ile mukâtaa-i kadîmeli müstegallât hakkında dahî cârîdir”.

Görülüyor ki, madde, mukâtaa-i kadîmelilerin yalnız müstagallerini yani müsakkaf bulunmayanlarını [çatısız/üstü açık] İntikâlât Kararnâmesi ahkâmına tâbî’ tutuyor. Hâlbuki mesele mukâtaa-i kadîmelinin müsakkafına [çatılı/üstü örtülü] aittir, müstagal tâbirini, ıstılâhını medlûl-i lügavîsinin şümûlünü nazara alarak, müsakkafa işmâle, maddenin tarz-ı sevk ve tedvinine göre, imkân yoktur. Vâzî’-ı kanun icâreteynlide ve icâre-i vâhide-i kadîmelide müsakkaf ve müstegalli ayrı ayrı zikredip durur iken, mukâtaa-i kadîmelide yalnız müstegalli, müsakkafı da şâmil olmak üzere zıkr ve istimâl etmiş bulunmasını, ne akliselim kabul ve teslim eder ve ne kavâid-i istinbâtiye buna müsâade gösterir⁴⁷. Mecâlis-i teşriyyede henüz müzâkeresi hitam bulmayan işbu Kararnâme’nin mebdâ-i müzakerâtında mebuslarca mukâtaa-i kadîmeli müstegallât tâbiri müsakkafa da şümûl gibi bir su-i tefehhüme meydan vereceği yolunda irâ’e olunan [gösterilen] tehaşîye, ihtirâza [korkuya, çekinmeye] karşı hükümet nâmına müdâfaada bulunan zât tarafından burada müstegallât tâbirinin müsakkafat mukâbili olarak istimâl edilmiş olduğu ve icâreteynli ve icâre-i vâhide-i kadîmelilerde müsakkafat ve müstegallât dendiği hâlde mukâtaa-i kadîmelilerde yalnız müstegallât denmiş olması, korkulan su-i tefehhümü def’a bizâtihi kâfi bulunduğunda dermeyan olunarak esasen mukâtaa-i kadîmeli müsakkafât-ı vakfiyye mukâataaten icâr mukâvelenâmesi icâbınca, mülk olup emr-i tevârüsü; vakfolan zemin, üzerindeki mülke tâbî’ bulunmakta olduğu cihetle alâ-mâ-farazallah [Allah’ın farz kıldığı üzere] cereyân eyleyeceğinden hükm-i Kur’an’ı iptal demek olan hilâfının tasavvura bile sığar şey olmadığının beyan edildiği o zamanlar şâyi’ olmuştu [herkesçe bilinmişti].

Arazi-i emîriyedeki hakir de bu cihetin tervic edildiği yani mülk ebniyenin eşcârın arza tâbî’ tutulduğu yolundaki itiraz-ı cevabîye karşı da müşârûnileyh cânibinden “arazi-i emîriyyede sahib-i rakabe bulunan beytülmâl, Tasarruf Kararnâmesi’nin neşrinden sonra ihdâs olunacak ebniyenin ve eşcârın arz-ı

⁴⁷ Hadiseye müteallık Mahkeme-i Temyiz’in 25 Mart 1338 tarihli kararı: “Emvâl-i Gayrimenkulenin İntikâlâtı Hakkındaki Kanun’un intikâle müteallık mevaddı bu misillü mukâtaa-i kadîmeli müsakkafat hakkında gayr-i câri olduğu, 8’inci maddede yalnız müstegallâtta bahs olunmasıyla bedihî iken madde-i mezkûrenin müsakkafâta teşmîli yolunda ittihaz edilmiş olan karar muhâlif-i usûl ve kanun bulunduğundan... ilh”.

mîrî üzerindeki istikrârını mîrîye teberrû' sûretiyle kabul etmekte ve bu sûretle mülk aksam, arz-ı mîrîden bir cüz' olarak intikâlât kavâidi ahkâmına ma'ruz kalmaktadır. Nitekim beytûlmâl arazi-i memlûke envândan olan uşriyye ve haraciyyeyi tevârûs ettiği zaman işbu arazi-yi memlûke mâhiyet-i nev'iyesini kaybederek arazi-i emîriyyeye münkâlib [dönüşür] ve bi'n-netice kavâid-i intikâle mahal olur. Kezâ icâreteynlilerde yapılan şeyler vakfa teberrû' edilir ise, vakıftan cüz' addolunarak haklarında ahkâm-ı evkaf tatbik olunur. Mukâtaa-i kadîmelilerde ise, vakfa teberru' meselesi tasavvur olunamaz. Zîrâ yapılacak şeylerin mülk olarak müstecire âdiyeti mukavelenin ruhunu, esasını, gayesini teşkil eylemektedir. Yapacağı şeyin rakabesini vakfa ait olmak üzere kabul tarzında bir teklife, müstecir ma'ruz tutulursa, mahkeme-i şer'iyyeye mürâaatla, mukâataen icâr akdini bihakkın feshettirebilir. Mukâataen icâr usûlünün âkideyne temin eylediği menâfi ifâte edilmiş [yitirilmiş] olur" tarzında vukû bulan mukâbelesinin ma'kul ve musîb [isabetli] telâkkî olunduğu meb'uslar tarafından hikâye olunuyordu. Defter-i Hakanî İdaresi'nin tatbikat-ı hâzırasına nazaran meb'usların su-i tefehhümü tevîd [üretme] hususundaki endişelerinin muhik ve becâ [yerinde] bulunduğu anlaşılıyor. Mâmafih işbu izâhattan sarf-ı nazar, sahib-i teklif olan hükümetin buradaki müstegalli, müsakkaftan, yani mülk aksamdan ârî olarak tasavvur ettiğini müeyyid [doğrulayan] İntikâlât Kararnâmesi'nin esbâb-ı mûcibe lâyihasında bir fıkra vardır ki, aynen nakl ve mütâlaamızı işaret ediyoruz.

"Bir vakfa merbut müstegallât ile araziden bazı mahaller üzerinde ihdâs ve gars olunan ebniye ve eşcâr ve kürûm ekseriyetle diğer bir vakfa tahsis edilerek bu sebeple bir yerde iki vakıf teessüs etmekte⁴⁸ ve bunların her biri birer mukâtaa ve icâreye merbut bulunmakta olup, işbu vakıflara ait icâre ve mukâataalar için bir had ve nisbet tayini de muktezî görüldüğünden, ferağ ve intikal harçlarının vakfeyn beyninde tefrîki sûretindeki kâide-i mer'iyeye tevfiikan icârat ve mukâataatın da sülûs [1/3] ve sülûsân [2/3] veçhile tefrik ve tahsisi münâsîp mütâlaa edilmiş ve sekizinci madde bu vadiide tertip kılınmıştır"⁴⁹.

Hülâsâ herhangi noktadan tetkik edilir ise edilsin, tatbikat-ı hâzıranın [şu anki uygulamanın] muhalefet-i kanûniyesi [kanuna aykırılığı] âşikârdır.

⁴⁸ Mâlûmdur ki akd-i vakıf ancak mülke ârız [yapışık] olabilir. Yani vakfın mahalli, ayân-ı memlûkedir. Vakfa teberrû' olunan ebniye ve eşcâr vakıftan cüz' olacağı için akd-i vakfa mahâl olamaz.

⁴⁹ İşbu esbâb-ı mûcibe, mukâtaa-i kadîmeli müstegallât-ı vakıf üzerinde bulunacak mülk binanın vakfedilmiş bulunmasına ait bir ihtimal olup vakıf zeminin âid bulunduğu cihet-i hayriyyeden ma'adâsına imkân-ı vakfın kabul edilmiş bulunması mukâtaa-i kadîmelilerde binanın zemine tâbiyetinin vâzi'-ı kanunca aslâ mülâhaza edilmemiş olduğunu müeyyid [teyid eden] muhalled [daimi] bir vesikadır.

Halkın hukuk-ı tasarrufiyye ve temellükiyyesini büyük bir tezebzübe [karışıklığa] uğratacak ve netâic-i sakîmesi [yanlış sonuçları] mahkemeleri asırlarca meşgûl edecek mâhiyette bulunan şu bariz hatânın bir an evvel tashîhi ve tatbik olunanlarda dâire-i sirâyetinin [etki alanının] tahdîdi merâci-i âidesi için [ilgili mercileri] bir vecîbe-i vataniyedir.

*

KAYNAKÇA

- Afyoncu, Erhan, *Osmanlı Devlet Teşkilâtında Defterhâne-i Âmire (XVI-XVIII. Yüzyıllar)*, Ankara, TTK Yayınları, 2014.
- _____, “Defterhâne”, *DİA*, C. 9, İstanbul 1994, s. 100-104, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/co9/co90074.pdf>, 12.09.2019.
- _____, “Defter Emini”, *DİA*, C. 9, İstanbul 1994, s. 91-93, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/co9/co90074.pdf>, 12.09.2019.
- Akgündüz, Ahmed, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı*, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2013, (Vakıf).
- _____, “İcâre-i Vâhide”, *DİA*, C. 21, 2000, s. 388-389i (İcâre-i Vâhide).
- _____, “İcâreteyn”, *DİA*, C. 21, 2000, s. 389-391i, (İcâreteyn).
- Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, (Tarih).
- _____, “Arazi Kanunnamesi”, *DİA*, C. 3, 1991, s. 346-347, (Arazi Kanunnamesi).
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Konya, Atlas Akademi Yayınları, 2017.
- Ballar, Suat, *Vakıflar Sözlüğü*, İstanbul, Der Yayınları, 2018.
- Berki, Ali Himmet, “İslâmîde Vakıf, Sahih ve Gayr-i Sahih Nev’ileri”, *AÜİFD*, 1957, S. 1, C. 6, s. 19-26, (İslâmîde Vakıf). (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/739/9430.pdf> (11.09.2019)).
- _____, *Vakıflar*, İstanbul, Basan ve Yayan Cihan Kitaphanesi, 1940, (1940).
- _____, *Vakıflar-İkinci Kitap, Medenî Kanunda “Te’sis” ve Vakıflar Kanunu Hükümleri*, Ankara, Nur Matbaası, 1950, (1950).
- _____, *Vakıflar*, İstanbul, Bazı İlâve ve Tashihlerle İkinci Tab’ı, (Aydınlık Basımevi), 1946, (1946).
- _____, *Mirâs ve İntikal*, Medenî Kanundan Evvel, Ankara, Başbakanlık Devlet Matbaası, 1948, (İntikal).
- Berki, Şakir, *Toprak Hukuku*, Üçüncü Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, Yargıçoğlu Matbaası, 1967, (Toprak Hukuku).
- _____, “Türkiye’de İmparatorluk ve Cumhuriyet Devrinde Vakıf Çeşitleri”, *Vakıflar Dergisi*, S. IX, s. 1 vd, Tıpkıbasım, Ankara, PYS Vakıf Sistem Matbaası 2006, (Vakıf Çeşitleri) <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/202979>, 10.09.2019.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-u İslâmiyye ve Istilâhat-i Fıkhiyye Kamusu*, C. 4, İstanbul,

- 1969.
- Cin, Halil, *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, (Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali).
- _____, *Mirî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, 3. Baskı, Çağ Üniversitesi, 2005.
- _____, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, 4. Baskı, Ankara, Berkan Yayınevi, 2016, (Osmanlı Toprak Düzeni).
- Cin, Halil-Akyılmaz, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2018.
- Düren, Akın, *Toprak Hukuku Dersleri*, Ankara, 1972.
- Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle İslâm Hukuku Şahıs, Âile ve Çözümlü Miras*, Konya İslâm Hukuku Külliyyatı Yayınları, 1977.
- Düstur, Tertib-i Sâni, C. 1.
- _____, Tertib-i Evvel, C. 2.
- _____, Tertib-i Evvel, C. 3.
- _____, Tertib-i Evvel, C. 5.
- _____, 3. Tertib, C. 16. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/haandle/11543/67> Tarih: 1289.
- Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008.
- Eren, Fikret-Başpınar, Veysel, *Toprak Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- İpşirli, Mehmet, “Hikr”, *DİA*, C. 17, İstanbul 1998, (Hikr).
- _____, “Temliknâme”, *DİA*, C. 40, İstanbul 2010, (Temlikname).
- Karakoç, İrem, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Karînâbâdzâde, Ömer Hilmi (Efendi), *İthâfû'l-Ahlâf fî Ahkâmî'l-Evkaf*, Ankara, VGM Yayınları, 1977.
- Kaya, Süleyman, *Osmanlı Hukukunda İcâreteyn*, İstanbul, Klasik Yayınları, 2014.
- Köprülü, Bülent, *Toprak Hukuku Dersleri*, C. I, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958, (Toprak Hukuku).
- _____, “Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcâreteynli Vakıflar”, *İÜHFM.*, C. XVII, (1951), S. 3-4, s. 685-711, (Vakıf Nev'iyetleri).
- Mardin, Ebu'l-ülâ, *Toprak Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1947, (Toprak Hukuku Dersleri).
- _____, “Mukâtaa-i Kadîmeli Vakıfların Sûret-i Tevârüs ve İntikâli, *Dârülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuâsı*, *Hukuk, İktisadiyat*, Eylül 1341, Muharrem, Sene: 2, 1922, 1338 sayı: 11, (Mukâtaa-i Kadîmeli).
- Mete, Zekai, “Osmanlı Dönemi Arazi Vakıflarının Menşei ve Hukukî Konumuyla İlgili Yeni Belgeler, *Yeni Yaklaşımlar*”, *Vakıflar Dergisi*, Y: 73, 2011, s. 35, Ankara, VGM Yayınları, 2011, s. 1-20.
- Öztürk, Nazif, *Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar*, Ankara, TDV Yayınları, 1995.
- Seviğ, Vasfi Raşid, *Toprak Hukuku Dersleri*, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve -Gazetecilik Koll. Ort, 1953.
- Şafak, Ali, *İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı (İlk Devirler)*, İstanbul, Türdav Basım, Yayım Ltd. Şti., 1977.

Topal, Şevket, “Zilyed”, DİA, C. 44, İstanbul 2013, s. 417-420.

Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet-Bozkurt, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, (Tamamen Yenilenmiş ve Tekrar Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Ülken, Hilmi Ziya, “Vakıf Sistemi ve Türk Şehirciliği”, *Vakıflar Dergisi*, S. IX, s. 13 vd, Tıpkıbasım, Ankara, PYS Vakıf Sistem Matbaası, 2006. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/202979>, 12.09.2019.