

Özel Hukuk

VAKIF KURUMUNA HUKUK TARİHİ AÇISINDAN GENEL BİR BAKIŞ

Hüseyin HATEMİ*

I Genel Giriş:

Çok genel bir ifade ile; "Vakıf" adını verdiğimiz kurumun temelinde: "belirli bir eşyanın daha sık rastlanan şekli ile bir taşınmazın, veya -bu taşınmaz ile birlikte- birden fazla malvarlığı unsurlarının bir amaca (gayeye) tahsis edilmesi (özülenmesi) olgusu vardır.

Bu olguya, sürekli ve "meşru" bir amaca bazı malvarlığı unsurlarının özülenmesi olgusuna, yerleşik düzene geçmiş insan topluluklarının tamamen tümünde rastlanabilir. Göçebe topluluklarda ise, Yeryüzü'nde belirli bir konuma bağlanılmadığı için özülemeler (tahsisler) de geçici ve belirsiz olabilir.

İslâm Öğretisi'ne göre, yerleşik düzene geçilmesi ve ilk "sürekli bir amaca bir taşınmaz tahsisi" olgusu; Âdem ile başlamıştır. **Kâbe** de, insanlık için kurulan ilk Ev; diğer bir deyişle ilk Birleşmiş Milletler binasıdır:

"İnsanlık için kurulan ilk Ev; kutlu bir vadide (Mekke'de) kurulan ve alemler için yol gösterici olan (Kâbe)dır. Orada apaçık deliller ve İbrahim'in makamı vardır. Oraya giren, güvence altındadır .." (Âl-i İmrân 3, 97).

İnsanlık için kurulan ilk ortak yapı ilk ma'bed olduğu için; Kâbe'nin Kur'an-ı Kerim'deki bir adı da "**Beyt-ul-Atıyk**" dir (Eski Ev). (Hacc, 22/29; 33). Âdem'den dört bin yıl kadar sonra İbrahim aynı yapıyı Âdem'in attığı temel üzerinde ve oğlu İsmail ile birlikte tekrar yükseltmiştir (Bakara, 2/125-127).

* Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Bu anlamda "vakıf" olgusu "**Doğal (Tabiî) Hukuk**" kurumudur. İnsanlık yerleşik düzene geçmekle, ortak amaçları olan bir topluluk, Kur'an terimi ile "Ummah" (Ümmet) olunca; Tabiî Hukuk'ta ilk "kişi topluluğu" örneği bu "insan topluluğu" (ümmet) şeklinde belirmiş, bu insan topluluğunun yönetimi; bütün topluluk için ortak bir mabed kurunca da, "bir amaca özgülünen malvarlığı unsuru" kavramı ortaya çıkmıştır. İşte bugün de iki tür Medenî Hukuk tüzel kişiliği "kişi topluluğu" (Corporation) ve "bir amaca özgülünen malvarlığı" (fondation) olgusu gözlemlenmektedir.

Yerleşik düzene geçen insanlığın ilk kişi topluluğu, "toplum"un kendisi; ilk "özgülünenmiş malvarlığı" da bu toplumu bir arada tutan inancın ortak mabedidir. Bir süre sonra; bu kişi topluluğu içinde karşıt menfaatler olgusu belirir. Medenîleşme ve yerleşik düzene geçme olgusundan önce; insan ancak "**güçlünün kanunu**"nu; bir ahlâkî kanun, bir "**norm**" olarak değil, bir "tabiat ve sürü kanunu" olarak kabul edebilirdi. Henüz insan ahlâkî sorumluluk bilincine ermiş değildi. "**Güçlü'nün Kanunu**" veya diğer bir deyişle "Orman Kanunu"; Âdem'den sonra Ahlâkî bilinç düzeyine erişmiş "insan"ın elde ettiği "Tabiî Hukuk"un temel ilkesi değildir. Tam aksine, "olması gerekeni emreden" Ahlâk Kanunu'nun hâkim olamadığı bir ortamda ortaya çıkan bir toplumbilim kanunudur: Ahlâkî bilinçten yoksun olan bir toplum, uygarlaşmadan önceki Orman Kanunu'na döner: **Kaba güce sahip olan, diğer canlıları ezer ve sömürür.**

Gözlemden çıkarılan bu Kanun; "müsbet ilim" anlamında bir kanundur. Tabiî Ahlâk ve Hukuk Kanunları ise, insanın Yeryüzü'ndeki ödevini gerçekleştirebilmesi Yeryüzü'nü bir "ahlâk ortamı" kılabilmesi için "determinizm" alanı dışında iradesi özgür olan insana yöneltilen "direktifler" (buyruklar)dır. Bu "Tabiî Hukuk" kuralları da insan yaradılışına ve bütün insanlığın tabiî ihtiyaçlarına uygun olan, müsbet ilim kanunlarına dayanan kurallardır. Bütün insanlığa ortak olan bu Tabiî Hukuk ve Ahlâk'ı da kapsayan dinin bir adı; Kur'an-ı Kerîm'de "**Hanîf Din**"dir. "**Artık yüzünü hanîf dîne döndür, Allah'ın insanlığı o esas üzerinde yarattığı dîne! Allah'ın yaradışında değişiklik yoktur. (Tabiî Hukuk ve Ahlâk insanlık için ortaktır). Sürekli olarak yürürlükte kalacak, geçerliğini yitirmeyecek dîn (Dîn-ul-kayyim) budur. Fakat insanların çoğu bilmezler**". (Kur'anı Kerîm, Rum Suresi, 30/30).

İnsanlar niçin ortak bir Tabiî Hukuk ve Ahlâk bilincine varmazlar? Çünkü toplum içinde karşıt menfaatler belirince; insanların aynı Yaraticı'nın eşit kulları oldukları gerçeği güçlü olan çıkar zümresi (çıkar, menfaat grubu) tarafından unutturulur. Gerçek Tanrı'nın sadece kendilerine özgü olduğu, diğer insanların bu gerçek Tanrı ile ilişkileri olmadığı için, bu "yabancı"ların ezilebilecekleri görüşü ortaya atılır. Bu görüşün toplumda belirmesi, "yabancılaştırma" (alienation) olgusunun başlangıcıdır. Bu "yabancılaştırma" olgusundan sonra çeşitli topluluklar arasında "yabancılaştırma" ve dolayısı ile "karşıtlıklar" belirdiği gibi, aynı toplum içinde de "**Brehmen**" ve "Parya" karşıtlıkları belirir. Toplum", tek bir "kişi topluluğu" olmaktan çıkar ve her topluluk kendisini ayrı bir kişi topluluğu olarak algılamaya başlar. Tanrı ve inanç birliği bozulduğu için de, farklı tanrılar

adına mabed ve malvarlığı tahsisleri ortaya çıkar. Aynı topluluk içinde de "çok tanrılık" inancı belirir. Bu "çok tanrılık", kişi topluluğuna ve ortak amaca özgülünen malvarlığı unsurlarına dokunulmazlık sağlamak için gerekli olur. Bu gelişim; Hans Liermann'ın Handbuch des Stiftungsrechts (I, Tübingen 1963) adlı eserinde çok başarılı bir şekilde açıklanmaktadır.

İbrahim Peygamber oğlu İsmail ile birlikte o sırada Mısır yönetiminin egemenliği altında olması gereken Arap Yarımadası'ndaki Kâbe'yi yeniden kurduğu sırada, o civardaki insan topluluğunda bu "yabancılaşma" olgusu yoktu. İbrahim "Beytul-Atıyk"i yeniden bina etmeden önce, ileride Musa Peygamber'in yenileyeceği mabedin, Kudüs mabedinin esasını da atmış olacaktır (Ahd-ı Atıyk, Tekvin-Genesis 12. bab, 7-8). Bu yörelerde "yabancılaşma" ve çok tanrılı kavimlerin egemenliği altına girme olgusu belirinceye kadar, bütün toplum tek bir "ümme" teşkil ettiği için, ümmetin kişi topluluğu dışında malvarlığı tahsisi olgularına da rastlanmamıştır. Ancak; toplumun başlangıçta ruhanî ve cismanî vasıfları bir arada bulunan ve Roma egemenliği altında ise sadece ruhanî nitelikleri kalan önderlerine ortak amaca ve hayır işlerine harcanmak ve kullanılmak üzere bağış yapma olgusuna rastlanıyor ve bu bağışlar teşvik ediliyordu. "Allah rızası için", dince tasvib edilen amaçlarla yapılan bağışlamaları diğer bağışlamalardan ayırabilmek için de, birincileri için "**sadaka**" terimi kullanılıyordu. İbranca, daha sonra Hazret-i İsa'nın dili olan Aramca ve sonra da Arapça'da, bu üç samî dilde, "**sadaka**" terimi ortak olarak mevcuttur ve İslâm Hukuku'nda "**vakıf**" kavramının temelini oluşturacaktır.

Hıristiyanlığın ortaya çıkışından sonra, "Kilise" (Ecclesia, Ümmet) birliği sürdüğü ölçüde, "Ümmet" in manevî şahsiyetinden ayrı olarak "bir amaca özgülünen malvarlığı" türünden tüzel kişilik kavramına ihtiyaç duyulmadı. Bu gibi tahsisler, "Kilise"ye yapılmış yükümlü (mükelleffiyetli) bağışlamalar olarak ele alınabilir ve Kilise (Ümmet) yönetimi tarafından, tahsis amacına uygun olarak yönetilebilirdi. Ancak; bu dinî birliğin bozulmasından sonra ve Cermen Hukuku'ndan yararlanılarak özellikle Protestanlığın hakim olduğu yörelerde "bir amaca özgülünen malvarlığı" türünden "tüzel kişilik" kavramı da belirlemeye başlayacaktır (Stiftung).

Fransız Devrimi; Katolik Kilisesi'nin güçlü olduğu bir ortamda Katolik Kilisesi'ne ve buna bağlı kurumlara bir "tepki" olarak belirdikten sonra, eski toplumun "kişi toplulukları"na karşı da kötümser bir zihniyet hakim olacak ve Fransız Devrimi'nden etkilenmeye elverişli toplumsal şartlar içindeki toplumları bu arada Türk toplumunu da etkileyecektir. Fransız Devrimi'nden bir yüzyıl kadar sonra Fransa'da bir "Dernekler Kanunu" çıkabilecek ve Osmanlı Dernekler (cemiyetler) Kanunu'na da örnek olacaktır. "Vakıf" kurumunun İslam-Osmanlı Hukuku'ndaki gelişimini biraz daha yakından ve ayrıntılı olarak ele almalıyız.

II- Vakıf kurumunun İslâm-Osmanlı Hukuku'nda gelişimi

İslâm Hukuku; Katolik Kilise Hukuku'nun aksine olarak, Roma Hukuku gibi kendisi dışında gelişmiş güçlü bir yazılı Hukuk'a sahip olan bir Devlet karşısında, Devlet'den ayrı örgütlenmiş bir "ümme" manevi şahsiyetinin Hukuku olarak ortaya çıkmış e üçyüz yıl sonra da bu Hukuk ile ve Devlet ile uzlaşma zorunda kalmış değildir. Ne var ki, şeklen Devlet-Kilise ve Dînî Hukuk-Roma Hukuku karşıtlığı İslâm Hukuku çevresinde şeklen ortaya çıkmadı ise de, "İslâm'ın örnek Devleti" olarak İslam'ın tebliğinden kısa bir süre sonra kurulan "Medîne" (Polis, civitas, cité) kuruluşundan (M.S. 622) kırk yıl kadar sonra, bir tür karşı-devrim sonucunda, yerini Roma İmparatorluğu gibi bir imparatorluğa, Emevî Devleti'ne terketti. Roma'nın "Civitas" dönemi gibi, "Medîne" Devleti devam ettiği sürece, Kâbe örneğine göre mabedler kuruluyor, ancak Kâbe'den farklı ve Hıristiyan Dünyası'ndaki gelişimden de bir ölçüde farklı bir şekilde, bu mabedlerin yönetimi ne Devlet'den ayrı bir "Kilise" kişiliğine veriliyor, ne de bunlara ayrı bir tüzel kişilik tanınıyordu. Kâbe'nin ise kendine özgü bir kişiliği vardı. Özellikle Hazret-i Ali'nin, Devlet'in gelişimi hakkında endişeleri olduğu için, Kâbe'nin Devlet'den ayrı tüzel kişiliğini ve Devlet karşısında dokunulmazlığını vurguladığını görüyoruz. Kâbe dışında ve doğrudan doğruya "ibadet yeri" olarak özgüleme niteliği söz konusu olmayan "sadaka"ların bir kısmı "ânî edimli" ve Allah rızası (Kurbet kasdı) ile yapılan tahsisler şeklinde idi. Sadaka; İslâm öğretisine göre "doğru", Allah'a yakınlaşmaya ve Allah'ın rızasını kazanmay elverişli tahsisler, ivazsız (karşılıksız) kazandırmalar olarak algılanınca, geniş anlamı ile, Allah rızası için ödenen mecburî ve aynı zamanda dînî olan Devlet Devlet vergileri, bu arada zekât da geniş anlamda "sadaka" kapsamına giriyordu (bkz: Kur'anı Kerim 9/60). Bunun dışında kalan ihtiyarî sadakalar da ikiye ayrılabilirdi: Bir kısmı "bir yoksula bir miktar yiyecek veya para verme" gibi, sürekli olmayan sadakalardı. Oysa bir taşınmazın, bir çeşmenin bir hurmalığın hiç değilse bir süre için "extra commercium" (alışveriş hayatı dışında) tutularak yararlanma hakkının kamuya veya yoksullara tanınması gibi sürekli sadakalar da vardı ve Resûl-i Ekrem (S.A.) bunları "sadaka-i cariye" olarak nitelemiş, yapılmalarını da teşvik etmiş idi. Şu halde "sadaka-i cariye" terim ve kavramı ile, "vakıf" kurumuna doğru bir adım daha atılmış oluyordu. Ancak; bir yüzyıl sonra İslâm Hukukçuları arasında tartışılacak ve üzerinde oybirliği sağlanamayacak noktaların hiç değilse elimizdeki kaynaklar karşısında çok açık olmadıklarını görüyoruz: Acaba Resûl-i Ekrem'den (S.A.) rivayet edilen "malın aslını habs et, semeresini ise halkın yararlanmasına bırak!" öğüdüne uyarak, bir taşınmazını "sadakai cariye" kılan kimse, artık "dönülmez" (gayr-i kaabil-i rücu) bir tahsis işlemi mi yapmış oluyordu? Yoksa bu "habs" süreye mi bağlı idi? Sürenin dolmasından sonra, "tahsis" yapmanın dilediği gibi tasarrif edeceği bir mal konumuna mı dönüyordu? Belirli bir süre konmamış ise, "extra commercium" kılarak özgüleme" (habs, affectation, Widmung) işleminde dilediğinde dönmek mümkün mü idi? Ölünceye kadar dönmemiş olan mâlikin ölümünde, mirasçılarının dönme hakları var mı idi? Yapılan tahsis terekenin üçte birini (sü-

lüs) aşacak değerinde değil ise, bu tahsis artık mirasçılar için bir nev'i "**vasiyet**" (son arzu tasarrufu) olarak geçerli ve bağlayıcı sayılacak üçte biri (sülüs) aştığı oranda ise, ancak mirasçılarının kabulü ile bağlayıcı olacak, mirasçılarının talebi ile üçtebiri aşan miktarda mirasçılara karşı etkili olmadığı ileri sürülebilecek mi idi? Bu noktalar tartışmalı kalmış, ne var ki "**vak(ı)f**" terimi belirdikten ve aradan bir yüzyıl geçtikten sonra, Şi'î Fıkhı da Sünnî mezhep fıkıhları gibi "**Vakf**" işlemini bağlayıcı saymış, ne var ki süreye bağlı tahsisleri de ayrı bir "**sadaka**" türü olarak "**habs**" adı altında yine geçerli olarak kabul etmiştir. MS. 7. yüzyılda, henüz "**Aile fideicommissum**"u türünden aile içi tahsisler "**sadaka**" türünden sayılmakta idi.

Hazreti Ali, Hazret-i Osman dönemi Emevî yönetiminden sonra Şam Valisi'nin isyanı ile karşılaşmış ve daha kırk yıllık bir geçmişi olan İslâm Devleti'ni (Medine) eski temel ilkelerine döndürememişti. Bütün toplumun ortak malvarlığı niteliğinde olan "**Bey-ul-Mal**", artık "**Beytullah**" olarak nitelenmeye başlanmıştı. Bunun da sebebi şu idi: İslâm'ın temelinde çok açık bir "**demokrasi**" vardı. Ul-ül-emri (Yönetici) belirleme hakkı topluma ait idi ve toplum; Beyt-ul-Mal'in özel amaçlarla kullanılmaması konusunda da denetim hakkına sahip idi. Beyt-ul-Mal'e "**Beytullah**", "**Ul-ül-emr**"e "**halîfetullah**" (Allah'ın halifesi) adı verilmekle, halkı yabancılaştırmak ve sürüleştirmek mümkün olacaktı. Artık kesin ve değişmez "**Adalet**" ilkesinin yerini maslahat (opportunité) mülâhazaları alabilecek ve Devlet reisi; halkın denetiminden kurtularak, "**Allah'ın malı**"nı, "**Allah'ın halifesi**" olarak, dilediği gibi kullanabilecek idi. Hazret-i Ali; bütün gücü ile uğraşmasına rağmen, halk çoğunluğu bilinçsiz ve bilgisiz olduğu için, bu gidişe engel olamadı ve hiç değişse kurtarabildiği kamu mallarını ileride gerçekleşebilecek keyfî tasarruflardan koruyabilmek için, kamu malları alanında, Özel Hukuk tahsisleri alanında kullanılan **sadaka-i câriye** terim ve kavramından da bir adım öne geçen yeni bir hukukî kurguya, yeni bir yapıya başvurdu: Sürekli olarak kamu yararına tahsis edilen kamu malları için "**sadaka-i mevkufe**" hukuki kurumunu ortaya attı. Bu sadakalar, konusu olan taşınmazlar için, sürekli ve dönülmez, "**extra commercium**" kılınmış taşınmazları konu alan "**ebedî**" bir tahsis ifade ediyordu. Hazret-i Ali'nin bu tahsisler için senet yazması; ileride "**vakfiye**" uygulamasına yol açacak "**sadaka-i mevkufe**", daha sonra "**emâl-i mevkufe**" ve "**mevkufat**" terimleri "**vakıf**" teriminin doğması için başlangıç olacak, ayrıca, bu "**sadaka-i mevkufe**" kurumu, hizmet ve orta malı şeklindeki kamu malı tahsisleri ile sınırlı kalmayıp Özel Hukuk alanında da örnek alınacaktır. Vakıf terimi de bir yandan bugünkü "**fon**" uygulamalarına benzer tahsisler ile, kamu malı (hizmet ve orta malı) tahsislerini, diğer yandan da Özel Hukuk alanındaki sürekli "**sadaka**"ları karşılayacaktır.

"Vakıf" kurumunun, İslâm'ın ikinci yüzyılının ilk yıllarında böyle geniş bir uygulanmaya namzet görünmesi, bu kez de İmam Ebu Hanife gibi Hukukçuları endişelendirmiştir: Onlara göre; Hazret-i Ali'nin kamu yararına tahsisler alanında başlattığı bu uygulamanın hiçbir çekince (réserve, kayd-ı ihtirazî) ve kayıt söz konusu olmaksızın Özel

Hukuk alanına da aktarılması; İslâm Miras Hukuku kurullarının dolanılmasına, bunlara karşı "hîle"ye başvurulmasına yol açabilirdi. Bu sebeple mezarlık (orta malı) ve cami (orta malı ve hizmet malı) niteliğindeki tahsisleri "dönülmez" ve "bağlayıcı" saymak, buna karşılık "üçtebir" (sülüs)i aşan vakıf tahsislerini ise mirasçıların kabulüne bağlı kılmak gerekirdi. Ne var ki; toplumsal gelişme; bu düşünce yönünde olmadı. İslâm Hukuku'nda bütün kanunî mirasçılar, terekenin üçte ikisi için, aynı zamanda mahfuz hisseli mirasçı idiler. Tasarruf nisabı; terekenin üçte biri (sülüs) idi. Ancak; ölümlü sonuçlanan son hastalık (maraz-ı mevt) sırasında yapılan tasarruflar ile, ölüme bağlı tasarruflar (vasiyet) "sülüs" ile kayıtlı idi. Sağlıkta yapılan işlemler ise, "sülüs"ü aşsalar bile, kanunî mirasçıların itiraz hakkı olmazdı. Bu sebeple, mirasbırakan (muris) sağlığında yaptığı işlemler ile, kanunî miras kurallarına uymayan işlemler yapabiliyordu. Ancak; bu işlemlerin "bağışlama" şeklinde olması, bağışlama işlemi zilyedliğin geçirilmesi (teslim) ile hüküm ifade edeceği ve mülkiyet de "bağışlanan"a geçeceği için, muris için pek de uygun değildi. Bu sebeple; "vakıf" kurumundan yararlanma imkânı araştırıldı. Vakıf kurumundan yararlanmanın da şu sakıncaları vardı: Herşeyden önce; vakıf işlemi; "sadaka" temeline dayandığı ve "sadaka"nın "bağışlama"dan (hibe) farkı; birincisinde "**kurbet kasdı**"nın şart oluşu şeklinde belirlediği için, meselâ kız çocukları veya kızlardan gelen soyu veya bu tahsisten yoksun kılma şeklinde bir "vakıf" işleminde "**kurbet**" (Allah rızası için, Allah'a yakınlaşma amacı ile yapılmış olma) kasdının nasıl gerçekleşeceği sorusu henüz cevapsız kalmakta idi. Bu sebeple, Hukukçular, şu "çare"yi buldular: Vakfeden (Vâkıf); soyu kesildiği takdirde, tahsis ettiği malların gelirinin (gâlle) yoksullara (fukara) harcanmasını şart ederse; "kurbet kasdı" gerçekleşmiş olur. Yine de bütün engeller aşılmış değildir: Sadaka da, bağışlama gibi, ancak "kabz ile tamam olur". **Rızaî** (Consensuel) bir işlem değil, **real** bir işlemdir. Hüküm doğurması için, "teslim" ve "kabz" (zilyedliğe alma) şarttır. Şu halde Vâkıf (muris), sağlığında, malarlığından nasıl feragat edebilecektir? Hukukçular buna da çare bulmuşlardır: Bir kimse, sağlığında, vakfından yararlanan ve vakfının yöneticisi (mütevellî) olarak, kayd-ı hayat şartı ile, kendisini atayabilir!

İşte Hukukçuların bulduğu bu formül; Vakıf kurumunun aynı zamanda Batı'da "**Aile fideicommissum**"u kurumunu karşılayacak bir uygulamasına da yol açmıştır. Bu vakıf uygulamasında en çok dikkati çeken ve övünç vesilesi olanı; vakıf kurumu çerçevesinde örgütlenen kamu hizmetleridir. Selçuklular ve Osmanlılar gibi Türk-İslâm yönetimleri; Vakıf hukukî çerçevesinde, maddî kıstaslar açısından da çok ileri, Sanat Tarihi açısından da ayrıca inceleme ve takdir konusu olacak uygarlık kurumlarını oluşturmuşlardır. Özel Hukuk alanındaki ve "mülkiyet" konusu olan malvarlığından yapılan dar anlamda vakıflar ile; Beytül-mal'den yapılan tahsisleri ayırabilmek için de, ikinciler için "tahsisat kabilinden vakıf", "tahsis ve irsad kabilinden vakıf" veya "geniş anlamda vakıf" karşılığı olarak "gayri sahih vakıf" terimi kullanılmıştır. Osmanlı Düzeni'nde tarım topraklarının mülkiyetinin (rakabe) değil, daha sonraları "mülkiyetleşme" sürecine girecek olan "tasarruf"unun, Roma Hukuku'nda da olduğu gibi "Kira" temeline dayanan bir söz-

leşme ile bireye tanınabilmesi olgusu; önemli taşınmaz tahsislerinin ancak Sultan tarafından veya Sultan'ın izni ile bir yüksek görevli tarafından ve "Gayrisahih vakıf" olarak yapılabilmesine yol açmıştır. Ancak; konut arsalarında mülkiyet hakkı tanındığı için, Osmanlı kentlerinde ayrıca her mahalleye Osmanlı mührünü vuran küçük (minyatür) "sahih vakıf" kurumlarını da küçümsememek gerekir. "Küçük güzeldir" sözü de unutulmamalıdır.

Özellikle Fatih Sultan Mehmet'e kadar olan ilk Osmanlı fetihleri sırasında bazı veli (ermiş, aziz) tanınan kimselere veya fetihde yararlık göstermiş "gazi"lere, toprak tahsisi yapılmış, bu tahsisler, bu soydan gelenler için bir tür "aile vakfı" hükmünde olmuştur. Yine kent arsaları üzerindeki "küçük vakıflar" da da "karma (muhtelit) vakıf" veya saf aile vakfı şeklinde aile vakıflarına da rastlanır.

Osmanlı düzeninin; Batı'nın Rönesans sonrası gelişmelerine ve "Sanayi Devrimi"ne ayak uyduramayışı ve gerileme eğik düzlemine girişi; Vakıf kurumuna da yansımıştır.

"Batılaşma" döneminde de bu kurum, çeşitli etkenler karşısında özel olarak ve ana hatları ile ele alacağımız bir gelişim süreci izlemiştir.

III- Osmanlı Islahat Döneminden Cumhuriyet'e kadar olan gelişimin ana çizgileri

Selçuklu ve Osmanlı müslüman toplumu; gerek yönetimin kurduğu "tahsisat kabîlinden vakıflar"da, gerek "sahîh (mülk) vakıflar"da, bir yandan "sadaka" yapmanın, Doğru Öğreti'ye göre bir hayır işlemenin ve bunu "**kurbet kasdı**" ile gerçekleştirmenin iç huzurunu ve hazzını yaşarken, diğer yandan da "**Allah güzeldir, güzeli sever**" hadîs-i şerifinin yön göstermesi ile, "**hayır**" işlerken, ahlâkî buyruğa uygun davranırken, diğer yandan da "estetik yargı" (güzel yargısı) ya da uygun olarak sanat şaheserleri meydana getirebilmiştir. Bir toplumda müsbet ilim yargıları (gerçek yargıları) akla aykırı önyargılar ile karartılmış değilse, ahlâk yargıları ile gerçek yargıları arasında da karşıtlık değil uyum varsa, estetik yargıları da "Allah güzeldir, güzeli sever" uyumu içinde ahlâk yargıları ile bağdaşıyorsa, o toplum sağlıklı bir toplum olur ve o toplum çökme eğik düzlemine girmez. Müsbet ilim yargıları dogmalar ile karartılmış, ahlâk yargıları ile gerçek yargıları arasındaki uyum bozulmuş, estetik yargıları ile de ahlâk yargıları atışma halinde iseler; o toplumda kriz başlamıştır ve bu toplumda sağlıklı bir gelişme ve ilerleme gerçekleşemez. Gerçek akılcılık; gerek gerçek yargıları, gerek ahlâk ve estetik yargıları arasındaki görünürdeki çatışmayı giderebilmek ve bir evrensel Tabiî Ahlâk ve Hukuk görüşüne erişebilmekle olur. Akılcılık sadece gerçek yargıları alanında ve temel ahlâkî apaçıklıklardan başlanmaksızın yürürlüğe konmuş ise; o toplum ancak "teknoloji"de ilerleyebilir ve bir süre sonra ahlâk ve estetik yargıları alanında depremlerle karşılaşılır. Osmanlı toplumu; Batı'nın Rönesans ile yapabildiğinin aksine, gerçek yargıları alanının ön-

yargılar ile karartılmasına engel olamamış, sonuçta diğer alanlara da sirayet eden bir bunalım ortaya çıkmıştır. Akılcılığın Hukuk alanında da hakim kılınamaması dolayısı ile; Vakıf Hukuku alanında da, sorunlara akılcı bir çözüm getirilecek yerde, ileride sorun yaratacak olan "şer'î hîle" veya hukuki çareler ile yetinilmiştir. Malî bakımdan bunalım içine düşen sahih vakıflarda, İslâm Hukuku'nda kabul edilen "**istibdal**" yöntemi işletilecek yerde, uzun vadede sorun yaratacak "icareteyn" veya "mukata'a" gibi usullere başvurulmuştur. "İstibdal", hakim kararı (tasdiki) ile, vakfedilen malın satılması ve elde edilen satış bedeli ile, bunun yerine başka bir taşınmaz konması demektir. İcareteyn ise; tahsisat kabilinden mîrî arazi (tarım arazisi) vakıflarında ve genel olarak mîrî arazide nasıl "**kira**" temeline dayalı formüllere başvuruluyorsa, sahih vakıf taşınmazlarında da bu taşınmazların satılması yerine, kira türünden sayılan bir sözleşme ile, taşınmaz üzerinde kiracılık hakkı gibi gösterilen bir aynî hakkın (tasarruf) alıcı (kiracı)ya sağlanmasıdır. "Satış bedeli" terimi yerine, başlangıçta ödenen bedel için "peşin kira" (icare-i muaccele) terimi kullanılıyor, her yıl da taşınmazın ilgili olduğu vakıf yönetimine bir yıllık dönem kirası (icare-i müeccele) ödeniyordu. Böyle yapılacak yerde; İslâm Hukuku'nda da, Medenî Hukuk alanında olduğu gibi, sınırlı (mahdut) aynî hak doğuran bir sözleşmeye ve intifa aynî hakkına yer verilmesi, intifa hakkının da süreye bağlanması yerinde olurdu. Osmanlı Hukukunda "sınırlı aynî hak" ve sınırlı aynî hakların doğumuna yol açan sözleşme kavramı yeterince geliştirilmemiş, intifa (Usus fructus) ve üst (Superficie) hakkına da bir süre sınırı getirilmemiş, bu durum da ileride "tasfiye" sorunları doğmasına yol açmıştır.

Onsekizinci yüzyıl sonunda Fransız Devrimi'nin geleneksel Batı kurumlarına e özellikle Feodal Düzen'in uzantısı ve kalıntısı saydığı kurum ve kurallara savaş açması, Osmanlı Ülkesi'nde de etkili oldu. İkinci Mahmud, Yeniçeri Ocağı (geleneksel ordu) ile balantısı olduğu kabul edilen Bektaşî Tarikatı'nın Fransız Devrimi ile ve Mısır ve Rumeli'de beliren başkaldırma hareketi ile ilişkisi olduğu kanaati ile, Yeniçeri Ocağı'nı lağvetti ve Bektaşî tarikatini de kanundışı ilân etti. Geleneksel ordu yerine, rakibi olmayan, Batı örneğine göre kurulmuş tek bir askeri güç meydana getirdi. Ordu dışındaki kurumlarda ise "geleneksel"i "çağdaş" kılacak tekçi bir ıslahata gidecek yerde, "**ikici**" ve "**ikili**" bir sistem benimsendi: "Vakıf" hukukî çerçevesinde kurulan geleneksel kurumlar karşısında, Fransız Devrimi'nden sonra İslahat gereğini duymuş Batı monarşileri örnek alınarak, merkezî kurumlar kuruldu. Böylece, meselâ, "**medrese**" karşısında "mekteb" ve "darül-fünûn" (üniversite), vakıf hukukî çerçevesinde örgütlenmiş kamu hizmetleri karşısında "belediyeler" gibi kurumlar yer aldı. Padişah, cismanî iktidarın en yüksek yetkilisi olduğu gibi, bu sıfat ile, "halifelik" sıfatını da sürdürecekti, Batılılaşma döneminden önce nasıl "**şeyh-ul-islâm**"ı tayin ediyorsa yine şeyh-ul-islâmı da tayin edecek, biryandan Batı örneğine göre kurulmuş kurumların, diğer yandan da "halife" sıfatı ile Batı örneğine göre kurulmuş kurumların "koruyucusu" olacak, "geleneksel" ile "çağdaş" arasında dengeyi sağlayacak idi. Oysa bir nokta gözden kaçırılıyordu: Silâhlı güç tek olunca

ve Batılı kurumlar yanında yer alınca, "geleneksel kurumlar-Batılı kurumlar" dengesi; hele "karizma"dan yoksun bir padişah da söz konusu olunca, sürdürülemezdi. Nitekim 1826'da geleneksel ordu lağvedilmiş, yarım yüzyıl sonra, bu süre içinde güçlenebilen yeni ordu da, geleneksel ordunun yaptığı gibi, fakat artık geleneksel kurumlar yanında olmayan bir darbe ile, Sultan Abdülaziz'i bertaraf etmiş idi. Sultan Abdülhamîd; otuzüç yıl boyunca usta bir denge uzmanı olduğunu gösterecek, ne var ki Devlet-'in "Batı yakası"nda beliren ve askerî güce de dayanan başkaldırma hareketi Sultan Hamid'i de bertaraf edecek, denge yine bozulacaktır.

Sultan Mahmud döneminde başlayan Batılaşma ve Batı örneğine göre kurumlaşma hareketi; Saray'ın kurduğu vakıflar için bir merkezî örgüt kurulmasına ve kısa bir süre sonra da bu merkezî örgütün üst yetkilisi olan "**Evkaf nazırı**"nın da "Bakanlar Kurulu"na dahil bir "**bakan**", bu örgütün de "bakanlık" konumuna gelmesine yol açacaktır. "**Evkaf Nezareti**", bir yandan Hanedan'ın vakıflarını yönetecek, diğer yandan ferdlerin kurduğu vakıflar üzerindeki yetkileri günden güne genişleyecektir.

Bu arada; Maliye Bakanlığı'nın, mülkiyeti yine Devlet'e ait sayılan tarım toprakları üzerindeki yetkisi devam edecektir. "Mîrî arazi tahsisleri" (tahsisat kabilinden vakıf) niteliğindeki geleneksel "fonlar" da lağvedilecek, bu topraklar da "Maliye Nezareti"nin yetki alanına girecek, Evkaf Nezareti'ne; bu fonlar karşılığında ödenmesi gereken götürü bir bedel tayin edilecektir. Mîrî araziden aile vakıflarına yapılan tahsisler ise, Evkaf veya Maliye Nezareti'nin yetki alanına bırakılmayıp bunların durumu "müktesep hak" sayılacaktır (Müstesna vakıflar).

Sultan Hamid'in otuzüç yıllık Batılı kurumlar ile geleneksel kurumlar arasında denge politikası; 1909 yılında tahttan indirilmesi ile sona erecek ve denge yine Batıcı eğilim yönünde bozulacaktır. Bu dönemde Evkaf Nezareti'nin yetkisi altındaki taşınmazlar ve gelir kaynakları, Batı'ya borçlanmanın "ipotek"i ve Düyun-i Umumiyye (Dettes Publiques) baskısı altında bunalan yöneticilerin ilgisini çekecek, sanki bu vakıf malvarlığı Fransız Devrimi sırasında Katolik Kilisesi'nin servetine benzer bir konumda imiş gibi, Fransız Devrimi sloganları ile Vakıf kurumuna da karşı çıkılacaktır.

Cumhuriyetin ilânı (1923) Sultan Mahmud'un Yeniçeri Ocağı'nı ilga edişinden (1826) yüzyıl sonra, artık denge politikasının ve kurumlar ikiliğinin sona erışı demektir: Rakipsiz olan Silâhlı güç, dengeyi sağlayacak sultanlık (saltanat) makamına da, ilke olarak kurumlar ikiliğine de son verecek, Batılılaşma devrimlerini başlatacaktır.

IV- Cumhuriyet döneminin ilk yarım yüzyılı

Cumhuriyet döneminde; Medenî Kanun İsviçre'den iktibas edilerek yürürlüğe girince; Vakıflar alanında, uygulanacak Hukuk bakımından da bir ikilik doğdu. Medenî Kanun'un 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girişinden önce; İslâm-Osmanlı Hukuku'na göre kurul-

muş olan eski vakıfların; birdenbire Medenî Kanun hükümlerine tâbi kılınması uygun görülmedi. Medenî Kanun'un nasıl uygulanacağını gösteren Tatbikat Kanunu'nun 8. maddesinde "eski vakıflar için ayrı bir Tatbikat Kanunu çıkarılacağı" belirtildi. Bu Tatbikat Kanunu çıkarılıncaya kadar, Devrim Kanunları ve bazı özel kurallar ile, bazı vakıflar tasfiye edildi. Esasen yüzyıl önce başlatılmış olan Osmanlı Batılaşması'nın özündeki denge ilkesi; terazinin bir kefesine geleneksel kurumları, öteki kefesine ise silâhlı gücü ve batı örneğine göre kurulmuş kurumları yerleştirmek ve geleneksel kurumlar yanında Yeniçeri Ocağı gibi silâhlı güç ağırlığı olmadığı için bozulabilecek dengeyi sultanın "halife" niteliği ile korumaya çalışma yöntemi; Medenî Kanun'dan iki yıl önce terkedilmiş, 1922 Kasım'ında saltanat 1924 Martı'nda da hilafet kaldırılmış, 1923'te esasen M. Kemal Atatürk'ün Cumhurbaşkanı seçilmesi ile hilâfete bağlı geleneksel kurumların hilâfet ile birlikte tasfiyesi sürecinin ilk adımı atılmıştı. İkinci adım dört ay sonra geldi ve hilâfet ile birlikte, geleneksel ve vakıf çerçevesi içinde kurulmuş kurumların en önemlisi sayılabilecek olan medreseler ve Şer'îye ve Evkaf Vekâleti ilga edildi. Esasen Osmanlı Sistemi'nde de Şeyh-ül-İslâm (Meşihat Makamı) ile vakıf yönetimi arasında zorunlu bir ilişki kurulmuş değildi. Osmanlı Batılaşma Dönemi'ndeki "merkezîleşme" sırasında sırasında da Evkaf Nezareti Meşihat'den ayrı idi. Ancak; Cumhuriyet dönemi yaklaşırken, belki de denge politikasının Batıcı kurumlar lehine bozulmakta olduğu ve sadece "Halife"nin ağırlığı ile dengenin korunamayacağı sezildiği için, Şeyh-ul-İslâm (Meşihat Makamı)ın da güçlendirilerek dengein sağlanması yoluna gidilmiş, vakıf çerçevesinde kurulan medreseler, Maarif veya Evkaf Nezaretine değil Meşihat'e bağlanmıştır. (1917) Tarikatler de Meşihat makamının denetimi altına alınmaya çalışılmıştır (1918). Birinci Dünya Savaşı yenilgi ile sonuçlanıp İstanbul işgal edilince Anadoluda kurulan (23 Nisan 1920) Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti'nde ise, ayrı bir Şeyh-ul-İslâm tayin edilmemiş, "Şer'îye ve Evkaf Vekâleti" kurulmuştur. Dört yıl sonra Hilâfet ile birlikte bu vekâlet (bakanlık) de ilga edilecek, Meşihat ve Evkaf tekrar birbirinden ayrılarak iki ayrı makam kurulacaktır : Diyanet İşleri Başkanlığı ve Vakıflar Genel Müdürlüğü.

Hilâfet ile birlikte medreselerin ilga edilmesi; devrimler sırasında sık sık rastlanan bir sürecin başlamasına yol açmıştır : Vakıf hukukî çerçevesi içinde meydana getirilen medrese binaları, korunması gereken tarih ve kültür varlıklarından oldukları bilinci ile değil, devrimlerde rastlanan bir acelecilik ile, yerel yönetimlere veya Millî Eğitim Bakanlığı'na devredilmiş, satılmış, böylece bazı tarihî eserler tahrip edilmiştir. Bir yıl sonra (1925) bu kez de yedi yıl kadar önce Meşihat denetimi altına alınması ve merkezileştirilmesi düşünülen tekke ve tarikatler de ilga ediliyor, tekke (tekye) binaları da tahrip edilme, taşınmazın bambaşka bir amaçla kullanılabilmesi için yıkılma tehlikesine maruz kalıyordu. Yine vakıf hukukî çerçevesi içinde meydana getirilen bazı toplumsal dayanışma kurumları da yerel yönetimlere devrediliyordu. "İhtiyaç fazlası" olarak kabul edilen mescidler de özel mülkiyete devrediliyor ve özellikle mahallelere tarihî bir şahsiyet ve kimlik veren bu küçük fakat değerli tarihî varlıklar amaçları dışında kullanılarak tahrip

edilebiliyor veya tamamen ortadan kaldırılabilirdi. 1935 yılında, Medenî Kanun'un Tatbikat Kanunu'nun yayımlanacağını bildirdiği Özel Tatbikat Kanunu (Vakıflar Kanunu) yürürlüğe girdi. Eski vakıflar Medenî Kanuna tâbi kılınmadı. Eski Vakıflar ikiye ayrılıyordu : Vakfedenin soyundan gelen özel bir yöneticisi (mütevellî) olmayan ve Evkaf Nezareti tarafından yönetilen eski vakıflar; "**mazbut vakıflar tüzelkişiliği**" adı altında, tek bir tüzelkişilik içinde kaynaşıyordu. (Fusion) Müstakil kuruluş senetleri (statut), vakfiyeleri olan bu vakıfların artık ayrı tüzelkişilikleri yoktu. Nitekim bugün Süleymaniye Cami'i Vakfı, Sultanahmet Cami'i Vakfı vs. gibi ayrı tüzelkişilikler söz konusu olmayıp bütün bu vakıflar, "**mazbut vakıf tüzelkişiliği**" içinde erimiş ve kaynaşmışlardır. Bu "**mazbut vakıflar tüzelkişiliği**", bir Kamu Hukuku tüzelkişiliği midir? Bir zamanlar özellikle İdare Hukukçuları bu görüşde idiler. Yargıtay ise, mazbut vakıflar tüzelkişiliğinin bir "**Özel Hukuk tüzelkişiliği**" olduğu sonucuna varmıştır. Bunun ardından ikinci bir sorun belirir : Her tüzelkişiliğin bir organı vardır. Mazbut vakıflar tüzelkişiliği de bir Özel Hukuk tüzelkişiliği olduğuna göre, bu tüzelkişiliğin organı nasıl belirlenmiştir? Mazbut vakıflar tüzelkişiliğinin kendisine özgü bir organı yoktur. Bu Özel Hukuk tüzelkişiliği, bir Kamu hukuku tüzelkişiliğinin vesayeti altındadır. Bu "**vasî**", kendisine anan ile Kamu Hukuku tüzelkişiliği tanınmış olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'dür. İdarî vesayet iki kamu tüzelkişiliği arasındasöz konusu olabilecek bir ilişki olduğu için, buradaki ilişkiyi "**sui generis**" bir Özel Hukuk vesayeti olarak görebiliriz.

Vakfiyesine göre mütevellîsi belirlenebilen vakıflar ise, ayrı tüzelkişiliklerini korumaktadırlar. Bu vakıflara "**mülhak vakıflar**" denir. "**Mülhak vakıflar**"ın mütevellîsi tayin edilemeyip de on yıl VGM tarafından yönetilmiş iseler, bu gibi vakıflar da mazbut vakıflar tüzelkişiliğine katılırlar.

Mülhak vakıfların önemli bir türü de "**cemaat vakıfları**" dır. Osmanlı döneminde, müslüman olmayan tebaanın, hıristiyan ve musevilerin, İslâm Hukuku'na göre vakıf kurma imkânları ellerinden nazarî olarak alınmış değildi. Özellikle Ondokuzuncu yüzyılda, müslümanların vakıfları gibi vakfiye düzenlenmiş ve mahkemeye başvurulularak tescil edilmiş vakıflar da vardır. Ancak, müslüman olmayan tebaa, ayrı bir vakıf kuracak yerde, kendi geleneklerine uygun olarak, kendi cemaatlerinin manevî şahsiyeti lehine "**yükümlü bağışlama**" yapmayı yeğliyorlardı. Ondokuzuncu yüzyılda, Batı'da Kiliseler ile akdedilen "**Konkordat**"ları çağrıştırır biçimde, müslüman olmayan cemaatlerin ruhanî riayet makamlarını o cemaatin temsilcisi sayan "**nizamnameler**" yayımlanmıştı. 1923 de, Lozan Andlaşması ile de, cemaatlerin dînî ve hayrî kurumlarının varlığını korunacağı taahhüd edilmişti. Lozan Andlaşması'ndan oniki yıl sonra yürürlüğe giren Vakıflar Kanunu; bir "**konkordat**" niteliğinde değildir. Cemaatlere, Batı'daki kiliseler gibi genel ve kapsamlı tek bir tüzelkişilik tanınmış değildir. Hatta Patrikhaneler ve Hahambaşılık makamlarının tüzelkişiliklerinin olup olmadığı da açıklık kazanmış değildir. Lozan'da varlıkları tanınan dînî ve hayrî kuruluşlara ise, diğer mülhak vakıflarda da görüldüğü gibi, ayrı ayrı tüzelkişilik tanınmıştır. Önceleri, bu cemaat vakıflarına da tek kişiden ibaret bir

organ (mütevelli) seçilmesi düşünülmüş, fakat bir süre sonra gayrimüslim cemaatler arasında alışılmış olmayan bu usûlden vazgeçilerek, Vakfın yönetimini çin, her hayır kurumu ile ilgili olan dar anlamı ile "cemaat"e, "vakıf" ile ilgili kişi topluluğuna, Vakfın yönetimi için bir "yönetim kurulu" seçme imkânı verilmiştir. Ruhanî riyaset makamlarının, bu yönetim kurullarını atama veya merkezî denetleme konularında görev ve yetkileri tanınmamıştır.

"Cemaat vakıfları" türünden "mülhak vakıf" olan ve müslüman olmayan vatandaşlara ilişkin bulunan bu vakıflardan başka, yine Lozan Andlaşması ile varlıkları tanınan yabancı dinî ve hayrî kurumları da vardır. Bunların sayıları daha azdır ve bunlar da "cemaat vakıfları" gibi kuruluşlarında "vakıf" niteliği taşımamakla ve bir "kişi topluluğu"na, "tarikat"e ait, bağımsız tüzel kişilikleri bulunmayan mal varlıkları görünümünde olmakla birlikte, Tapu Kanunu ile (1934) bir "Kanunî tahvil" (conversion) sonucunda vakıf görünümü kazanmışlardır. Bu gibi "yabancı vakıflar", Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vesayeti altında sayılmazlar ve hukukî konumları Yabancılar Hukuku'na göre belirlenir.

Müslüman olmayanların dinî ve hayrî kurumları konusunda henüz ideal ve optimal bir çözüm noktasına erişilmiş değildir. Batı'da da İslâm dini söz konusu olunca aynı tesbit yapılabilir. Meselâ Almanya'da Katolik ve Protestan Kiliseleri birer özerk (otonom) Kamu Hukuku tüzel kişiliği niteliğinde olmakla birlikte, müslümanların kurdukları örgütlere ancak "inanç ve ibadet özgürlüğü" açısından bakılır. Türkiye'de; müslümanların "diyanet" teşkilâtı da henüz optimal bir çözüme ulaşılarak düzenlenebilmiş değildir. Özerk bir Kamu kurumu yerine, Genel İdare içinde yer alan ve tüzelkişiliği olmayan bir Diyanet İşleri Başkanlığı vardır. Bu Başkanlık; sadece dînî hizmetler personeli bakımından yetkili olup; meselâ Osmanlı döneminde "vakıf" hukukî çerçevesinde meydana getirilmiş cami binaları Diyanet'e değil, VGM'e bağlıdır.

Eski vakıflar uygulamasında, sadece cemaat vakıfları alanında değil, mazbut ve mülhak vakıflar alanındaki bazı özel sorunlarda da henüz tatmin edici bir sonuca ulaşılmış değildir. Osmanlı Batılaşması'ndaki ikici (düalist) sistemi vakıflar alanında sürdüreceği yerde, mülhak vakıfların aile vakfı niteliğinde olanlarını Medenî Kanun kurallarına uygun aile vakfı niteliğine sokacak bir "kanunî tahvil"e tabi tutmak ve bunları VGM'ün vesayetinden çıkarmak yerinde olur. Kamu hizmeti ve kamu yararı ölçüt (kıstas) ve niteliklerinin ağır bastığı mülhak vakıflarda, vakfedenin soyuna "îrad" talep etme hakkı tanınmış ise, bu gibi vakıfları da bir "**taviz bedeli**" karşılığında mazbut vakıflar tüzelkişiliğine katmak yerinde olur. Yahut vakfedenin (vakıf) soyuna iki nesil boyunca münasip bir îrad ödenmesi şartı ile, götürü ve peşin bir taviz bedeli ödenmeksizin de bu mülhak vakıflar tasfiye edilebilir ve mazbut vakıflar tüzelkişiliğine katılabilir.

Bundan sonra, doğrudan doğruya ibadet amacına tahsis edilmiş vakıf malvarlığı; özerklik verilmiş olan Diyanet'e bağlanmalıdır.

VGM'nün; Vakıflar Kanunu'na konmuş olan İcareteynli Vakıfların taviz bedeli ödenerek özel mülkiyet alanına aktarılması gibi tasfiye kurallarının uygulanmasındaki tutumu da şikâyetlere sebep olmaktadır. Herhalde 1935 Kanunu'nun üzerinden (60) yıl geçtikten sonra, yeni ve tatmin edici bir Kanun ile, bu sorunların çözülmesi zamanı gelmiştir. Hele 1982 Anayasası'ndan sonra Danışma Meclisi vasıtası ile meydana getirilen ve daha sonra yakın bir geçmişte tekrar ve daha şaşırtıcı biçimde düzenlenen Vakıflar Kanunu değişikliklerinin Hukuk Devleti açısından tutar tarafı yoktur.

Cumhuriyet döneminde, 1967 yılına kadar, yeni kurulacak Vakıflar İsviçre Medenî Kanunu'ndan iktibas edilen Türk Medenî Kanunu'ndaki birkaç kurala bırakılmıştır. İsviçre Medenî Kanunu'ndaki Stiftung (Fondation) terimi de "vakıf" terimi ile karşılanmayıp "tesis" terimi kullanılmıştır. Bir yandan "tesis" adı altında sunulan bu hükümlerle dînî çağrışımlar yapan "vakıf" arasında güçlü bir ilişki kurulamamış ve çekingenlik duyulmuş olması, diğer yandan sermaye birikiminin yeterli seviyede olmayıp İslâm Hukuku'ndan olduğu gibi vakıf kurma işleminin ancak tek kurucu ile yapılabileceği kanaati, 1967 yılına kadar Medenî Kanuna göre kurulacak olan "Yeni Vakıf" uygulamasının çok sınırlı olmasına yol açmıştır.

1961 Anayasası dernekler alanında "örgütlenme hürriyeti" konusuna değinmekle birlikte, vakıf bir "kişi topluluğu" niteliğinde görülmediği için; vakıfdan özel olarak bahsedilmiyordu. Bütün Türkiye'de 1926'dan 1967 ye kadar kurulan vakıf sayısı belki (20) civarında idi. Bu arada, Türkiye'nin önde gelen işadamlarından V. Koç; "vakıf" terimine ve "vakfetme" geleneğine değer veriyor, ne var ki "tesis" teriminin ve Medenî Kanun'un bu kurumu düzenleme tarzını uygun ve yeterli bulmuyordu. Parlâmento'da da böyle düşünenler vardı. Özellikle Hukukçu milletvekili Aydın Bolak'ın girişimi ile, 1967 de Medenî Kanun'un vakıf (tesis) kurumuna ilişkin hükümleri değiştirildi ve "vakıf" terimi Türk Hukuk diline yeniden getirildi. (903 Sayılı Kanun)

V- 1967'den sonraki gelişim

Bu Kanundan sonra vakıf uygulaması hızla genişledi. Cumhuriyet'den bugüne kadar kurulmuş olan vakıfların sayısının dörtbine yaklaşmış olduğu söylenebilir. 1994 başlarında bu rakam 3122 olarak verilmektedir. (Gönüllü Kuruluşlar Toplantısı, Çevre Vakfı Yayını, 22 Şubat 1994, Ankara-Mayıs 1994 içinde: VGM adına katılan Yakup Yıldırım'ın beyanı, s. 62). Derneklerde de görüldüğü gibi, bu yeni vakıfların bir bölümünün hukuken tüzel kişilik kazandıktan sonra "faal" olamadıkları hesaba katılırsa, ihtiyatlı bir rakam ile, faal olan yeni vakıf sayısı 2000 civarında kabul kontrol edilebilir. Osmanlı Dönemi'nde 25000 civarında vakıf kurulduğu, bunlardan Türkiye sınırları içinde kalanların büyük bir bölümünün "mazbut vakıflar tüzel kişiliği" içinde eridiği, bugün, bağımsız tüzelkişiliklerini koruyan mülhak vakıf sayısının (370); cemaat vakıfları sayısının da (170) civarında olduğu söylenebilir. (Aynı kaynak, s. 62 ve bu kaynak içinde M.D. Nazlıoğlu'nun tebliği, s. 21).

Dernek türünden Medenî Hukuk tüzel kişiliklerinin sayısının, yaklaşık on misli olması gerekir. 1991 yılında dernek sayısının 45.950 olduğu söylenmekte ise de bu sayının belki ancak yarısının faal olduğu tahmin edilebilir. (bkz: Aynı Kaynak, M.D. Nazlıoğlu'nun tebliği, s. 25). Dernek türünden tüzelkişilik sayısının daha çok oluşunun sebebi, şu şekilde gösterilebilir : Vakıflarda, kuruluş için, resmî senet düzenlenmesi ve mahkemeye başvurularak "tescil" kararı alınması, tescil kararı alınabilmesi için de vakfın amacına hizmet etmeye yeterli bir malvarlığı tahsisi aranmaktadır. Oysa dernek kurmak için aranan formaliteler daha basittir ve amaca yeterli bir malvarlığı tahsisi değil, sadece, en az yedi kişinin bir amaç çevresinde -kurucu sıfatı ile- bir araya gelmeleri ve bir "aidat" ödemeyi taahhüt etmeleri yeterlidir. Buna karşılık; amaca yeterli malvarlığı bulabilen kimseleri vakıf hukukî çerçevesini tercih etmeye yönelten sebepler de vardır : Dernek kuruluşu için "İdare"ye bildirim verme yeterli görünse bile, 1967 den sonra "vakıf" teriminin itibarının daha fazla olduğu, derneklerin yeni mevzuatda aidat miktarlarına sınır getirilmiş olmasa dahi -ki Fransız Dernekler Kanunu Örneğine göre hazırlanan ilk Osmanlı Dernekler Kanunu'ndan (1909) beri, derneklerin aidatlarına da sınır getiriliyordu yine de taşınmaz sahibi olabilme ehliyetlerinin sınırlı olduğu, bu sebepler arasında sayılabilir.

Hukuk Devleti düzenine erişmiş toplumlarda; "vakıf" türünden tüzelkişilikler ile "dernek" türünden tüzelkişilikler arasında yapal ve şeklî düzenleme farklılıkları giderilmelidir. Her iki tüzelkişilik türünün de temelinde bir kişilik kurma işlemi; bir de aynı zamanda bu işlemin "kazandırıcı işlem" niteliği söz konusudur : Hukuk alanında meydana getirilen yeni tüzelkişiliğe bir de malvarlığı sağlanmaktadır. Derneklerde, bir kişi topluluğunun amaç çevresinde bir araya gelmesine önem verildiği için, malvarlığı kaandırma ve tahsis edilen malvarlığının nicelik açısından yeterliği değil, belirli sayıda kişinin bir araya gelmesi daha önemlidir. Vakıfda ise, "kişi topluluğu" nun oluşmasından çok, amaca yeterli malvarlığının tahsis edilmiş olması önemlidir. Böylece; dernek kurma işleminde de, vakıf kurma işleminde de; asıl önemli olan ve kişilik kurma işleminin konusunu oluşturan unsur "amaç" (gaye) tir. Dernek kurma işlemi ile vakıf kurma işlemi arasında şu fark vardır : Dernek kurma işlemi; zorunlu olarak, toplu hukukî işlemdir. (Acte Collectif, Gesamtakt). vakıf ise, tek kişi tarafından da kurulabilir, yeter ki bu kişi amaca hizmet etmeye yeterli malvarlığını tahsis edebilsin. İslam-Osmanlı Hukuku döneminde vakıf işleminin "toplu" olarak yapılabileceği düşünülmüyordu. 1967 den sonra toplu olarak vakıf kurulabileceği de "keşfedildi" ve bu keşif de vakıf sayısının artışında etkili oldu. Vakıf kurulduktan sonra, bu tür tüzelkişiliğin organlarına tüzelkişiliği ortadan kaldırma yetkisi verilmemiştir. Buna karşılık Dernek; genel kurulunun kararı ile, tüzelkişiliği feshedebilir.

1967 değişikliği ile, kamu yararına olan bağışlama ve vakfa tahsis etme işlemleri için, mahfuz hisse (saklı pay) oranı indirilmiştir. Böylece; İslâm'ın ilk yüzyılı sona ererken ortaya çıkan bir menfaatler çatışması yine güncellik kazanmıştır : Kamu yararı ile

mirasçılarının menfaati karşı karşıya geldiğinde hangisi ve ne ölçüde üstün tutulmalı ve korunmalıdır? İslâm Hukuku'nda, bütün kanunî mirasçılarının mahfuz hisseli olması ve mirasbırakanın tasarruf nisabının (quotité disponible) sadece terekenin üçte biri (sülüs) olarak belirlenmesi ilkesi vardı. Bugün ise mirasbırakanın iradesinin üstün tutulması eğilimi daha güçlüdür. Bu sorun üzerinde düşünülmesi gerekmektedir.

Dernek ve vakıflarda ortak önemli unsur "amaç"tır. İslâm Hukuku'nda vakıf kurma işlemi "sadaka" temeline dayandığı için vakıf kurmada güdülen amacın sadece caiz veya mübah olması yeterli görülüyor, "kurbet" kasdı da aranıyor. Buna rağmen; "kanuna karşı hile"ler önlenememiş değildir. Medenî Hukuk döneminde ise; artık "kurbet" kasdı aranmadığı için, "**vakıf**" terimi kullanılmış olsa bile, vakfın amacının "caiz" (mübah), Hukuka ve ahlâka aykırı (illicite) olmaması yeterlidir. Bu açıdan dernek ve vakıf arasında bir fark kalmamıştır. Kanuna ve ahlâka aykırı olmaması şartı ile, belirli bir amaca hizmet için "dernek" veya "vakıf" türü tüzelkişiliklerden birisi seçilebilir.

"Vakıf" teriminin kamusal alanda kullanılması eğilimi de yeniden belirlemiştir. 1986 Haziranı'nda yürürlüğe giren "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu" Osmanlı dönemindeki "gayrisahih vakıf" (tahsisat kabilinden vakıf) uygulamasını hatırlatır biçimde, "sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik fonu"nu kurmuş, bu fonda toplanan malî kaynak ile de her il ve ilçede "Sosyal Yardım ve Dayanışma Vakıfları" kurulacağı belirtilmiştir (m. 7). Bir de mecburi sosyal güvenlik kurumlarının "alternatif"i olarak oluşturulan özel bir "**sandık vakıf**" türüne rastlanmaktadır.

Ayrıca; kamu tüzelkişiliklerinin harcamalarda ve kaynak sağlamada tabi oldukları bürokratik kayıtlar ve usûllerden kaçınmak için, 1967 den sonraki uygulamada, hemen her kamu tüzelkişiliğinin yanında bir de Özel Hukuk tüzelkişiliği, bir "destekleme" veya "dayanışma" vakfı kurulması olgusu gözlemlenmektedir. Bu dayanışma vakıflarından bazıları, görünürdeki amaçları ile çelişkili bir tutum ile, kamu tüzelkişiliğinin sağladığı imkânlar ile geliştikten sonra, amaçlarını değiştirerek ve kamu tüzelkişiliği ile ilişkilerini keserek, "sebepsiz iktisap" olgularına yol açabilmektedirler.

Bu gibi olgular karşısında, gerçek anlamı ile Özel Hukuk tüzelkişiliği olarak kurulan vakıf ve dernekler alanında, Batı'da da örneğine rastlandığı gibi, "resmî olmayan kuruluşlar" anlamında, "gönüllü kuruluşlar" adı altında yakınlaşma eğilimi belirlemiştir. "Bu arada 1992 yılında Paris'de düzenlenen Yeni Avrupa Konferansı'nı takiben, çeşitli gönüllü kuruluşlarca Türkiye Üçüncü Sektör Vakfı kurulmuş"tur (Gönüllü Kuruluşlar Konferansı -NGOs Conference, 28-29 Mart 1995).

Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi, yalnızca meselâ Avrupa veya Akdeniz ülkeleri için değil, bütün insanlık için, Ortak bir Tabiî Hukuk ve Ahlâk ilkeleri üzerinde anlaşılabilir ve sonuçta dernek ve vakıf kuruluşları için, ortak bir tip-kuruluş metni veya hukukî çerçevesi tesbit edilebilir. Ancak, insanlık toplumu içinde tam bir barış ve işbirli-

ğine hizmet için, asıl önemli olan, bu "gönüllü kuruluşlar"ın amaç"larının gerçekte de insanlığın ortak Tabiî Hukuk ve Ahlâk temeline dayanabilmesidir. Bu anlamda Tabiî Hukuk ve Ahlâk'ın evrensel bildirisi demek olan Kur'an-ı Kerim'de: gerçek sevgi ve olgunluk ilkeleri yönünde bir dayanışma ve işbirliği öğütlenmekte, özel ve bencil çıkarlar yönünde örgütlenme eğilimleri ise yerilmekte ve bunlardan kaçınılması öğütlenmektedir (Kur'an-ı Kerim, 5/2). Tüzelkişilikler de, amaçları bir yana bırakılırsa, birer araçtır. Hukukî çerçeve Hukuk Tekniği açısından ne kadar kusursuz düzenlenmiş olursa olsun, amaç insanlığın hayrına olmadıkça, kusursuz Hukuk Tekniği'nin insanlığa yararı dokunmaz. Buna karşılık, insanlığın ortak değerleri üzerinde anlaşma sağlanırsa, Hukuk tekniği araçları ile, insanlık bu değerler yönünde yararlı ve verimli bir işbirliği yapabilir. Hukuk Tekniği de teknoloji gibidir. Teknolojik ilerleme nasıl zorunlu olarak ahlâkî tekâmül ile bağlantılı değilse, hukukî eylemler ve işlemler alanında da asıl önemli olan güdülen amaçlardır. Amaç iyi olduktan sonra, elbette aracın da bu amaca en iyi hizmeti verebilmesi için, Hukuk Devleti düzeni içinde en uygun şekli düzenlemeye ve örgütlenme biçimine varmak Hukukçu'nun ödevlerindedir.

VI- 1997'de Yayımlanan "Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tebliğ'e Genel Bir Bakış

21 Eylül 1997 tarihli ve 23117 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tebliğ'e herşeyden önce Hukuk Devleti'nin esaslı şekli güvencelerinden birisi olan "**Hukuk'un üstünlüğü ve Kurallar Aşaması İlkesi**"ni hiçe sayan bir havada kaleme alınmıştır. Kanun ile ve Anayasa'ya uygun olarak yapılması gereken düzenlemeler için bir "Tüzük" bile değil, hatta "Yönetmelik" ismi dahi kullanılmayarak "Tebliğ" çıkarılmıştır.

Bu Tebliğin sadece şekil açısından değil içeriği açısından da eleştirilmesi gereken yönleri çöktür:

1) Türk Ceza Kanunu'nun "düşünce suçu" "boşluğunu" dldurma görevi yüklenen maddeleri dolayısı ile mahkum olanların, "afva uğramış olsalar bile" vakıf kurucusu olmayacaklarını belirten düzenlemesi sakıncalıdır. Bu kural; büyük ihtimalle "tek taraflı" uygulanacak, toplumsal barışın büsbütün bozulmasında bu eşitlik ilkesine aykırı uygulamanın da önemli katkısı olacaktır.

2) Vakıf kuruluşu için aranan yeterlik şartının 5-20 milyar arası meblağlarla asgari bir sınıra bağlanması da ancak kanun ile yapılabilecek bir düzenlemedir. Kanunda bir hüküm olmadığına göre, bu sınırlamalar hakim için bağlayıcı olmaz.

3) Kamu yararı iddiası ile kurulan destekleme vakıfları alanında meydana gelen son derece soğukkanlı su-i istimallerin önlenmesine ilişkin düzenlemeler yerindedir. Aksi takdirde bu destekleme vakıflarının parazit vakıflar olmaları olguları önlenemeyecektir. Bu vakıflar Kamu kaynakları iyice kanlanıp canlanıncaya kadar sülük gibi emdikten

sonra vakıf senetlerini değiştirecekler ve destekleme vakfı olmaktan çıktıktan sonra, kendilerine aktardıkları kamu mallarını da sahipleneceklerdir Bu su-i istimaller elbette önlenmelidir, ne var ki, ancak kanun ile önlenmelidir.

4) Vakıf kurucusu tek kişi de olabilir ve yönetici olarak tek kişi de belirlenebilir. Şu halde en az üç kişilik bir kurul-organ ve üstelik "genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurul" arayan düzenlemeler, bu değişikliklerin kanun ile yapılması orunluğu bir yana, vakıf kavramı ile bağdaşan değişiklikler de değildirler.

5) Vakıfların amaçları ile sınırlı taşınmaz edinebileceklerine ilişkin maddede Vakıf kavramı ile bağdaşmayan ve herhalde taraf tutucu bir uygulamaya imkân sağlamak için yitirilen bir kuraldır. Vakfın amacı "kazanç paylaşma" olamaz. "Manevi" amacına hizmet için de taşınmaz sahibi olmasına sınır getirilmesinin anlamı yoktur. Herhalde bu kural cemaat vakıflarına karşı çıkarılan ve hukuki mesnedi olmayan uygulamaları bir mesnede kavuşturmak için getirilmiştir ve bir süre sonra belki de islam dinin gösterdiği amaçlar için hizmet veren vakıflar için de uygulanması düşünülecektir. Bu gibi düzenlemeler kanun ile yapılsa dahi Anayasa'ya aykırı olur ve iptal edilmeleri gerekir. Üstelik Kanun ile dahi getirilmelerine gerek duyulmaksızın bir tebliğ ile gerçekleştirilmelerine kalkışılabilir. Kalkışılabilir.

6) Tebliğe eklenen vakıf senedi örneklerinde de "**evlere şenlik**" değişiklikler getirilmiştir. Vakıf senedi mahkeme kararı olmaksızın değiştirilebilir ve vakıf tüzelkişiliği vakıf yönetimi tarafından sona erdirilebilirmiş gibi bir izlenim uyandırmıştır. (Tebliğ'i eleştiren bir inceleme için bkz: Av. Gönül Arslan, Vakıflar Hakkında Tebliğe Dair inceleme, Hukuk Dünyası, Kasım 1997, s. 87 - 93).

VII- Prof. Dr. (Yavuz, Prof. Dr. M. A. Aydın, Doç. Dr. O. B. Gürzumar ve Doç. Dr. O. Gökhan Antala'nın hazırladıkları Tasarı Taslağı (İstanbul 1995).

Bu Taslak sadece vakıflar ile değil genel olarak Medeni Hukuk tüzelkişilikleri ile ilgilenmektedir.

Bu Taslağın vakıflara ilişkin hükümleri genellikle olumlu bir izlenim uyandırmaktadır. Ancak; bir "Tasarı" olarak Meclis'e sevk edilmeden önce bir kez daha gözden geçirilmesi yararlı olur. "**Tüzelkişileri vakıf kurma ehliyeti**" düzenlenirken (Taslak, m. 75/III) "vakıfların da vakıf kurma ehliyetine sahip olmalarının istenip istenmediği" konusunda gerekçede açıklık yoktur. Kanaatimce Vakfın vakıf kurması, hastaya çağırılan hekimin "derhal bir hekim çağırın!" dediği fıkrayı hatırlatır. Ancak; bir Vakıf; genel amaç çerçevesine girebilen özel bir uzmanlık vakfına "kurucu" olarak ana malvarlığından değil gelirinden ayırabileceği bir meblağ ile katılabilmeli, buna karşılık, ana malvarlığından başka bir vakfa aktarma yapmamalıdır. Aksi takdirde yine kanuna karşı hile ve su-i istimaller kapısı açık bırakılmış olur.

Taslak yeniden gözden geçirilirken, "Vakıf malları zilyedlik yoluyla kazanılmaz" (m. 81/36, MK. 81/b) gibi müphem ve "Kamu yararı"na hizmet için kurulmayan vakıflara dernekler karşısında ayrıcalık tanınması için özel bir sebep görülemeyen kural-ları da yeniden gözden geçirilmelidir. "Bağlama çalanlar Derneği"nin bağlaması iktisap edilebilsin de niçin "bağlama çalanlar Vakfı'nın bağlaması ayrıcalıklı bir konuma getiril-sin?

VIII- Kocayusufpaşaoğlu / Yayla Taslağı

Yukarıda değinilen Taslak; Türkiye üçüncü sektör Vakfı tarafından Prof. Dr. Ko-cayusufpaşaoğlu ve Prof. Dr. Yıldızhan Yayla'ya tevdi edilerek, sonuçta "Gönüllü Kuru-luşlar Yasa Taslağı" hazırlanmıştır. (TÜSEV 11, İstanbul 17 Nisan 1996) "Ön,Taslak" için ileri sürülen mülâhazalar, bu Tasarı Taslağı için de varittir.

IX- Sonuç düşünceleri

1) Hukuk Devleti; "Sosyal Hukuk Devleti" niteliğinden soyutlanamaz. Evrensel ve ilâhi Tabii Hukuk'ta aynı gerçeği "Adalet Devleti Maûn Devleti olma vasfından so-yutlanamaz" tarzında da ifade edilebilir: **Sadaka**; "Doğru Öğreti" ye uygun ve "kurbet kasdı" ile yapılan kaandırmadır. Devlet adamının Kamu hizmetleri için yaptığı tahsisler de geniş anlamda "**sadaka**" kapsamına girer. Esasen yukarıda belirtildiği gibi "sadaka-i mevkufe" uygulaması ilk def'a Ebu Talib oğlu Ali'nin hilâfetinde ve su-i istimalleri önle-me amacı ile Kamu Hukuku alanında görünmüştür. Özel Hukuk alanına geçince, bireyin vermesi gereken servet ve gelir vergisi de "sadaka" kapsamına girer. Bir Hukuk Devle-ti'nde bu vergi verilmeli, ancak bundan sonra yine meşru amaçlar için apılan ihtiyarî tahsisler mümkün olmalıdır. Vergi alınmaması ve kamu hizmetlerinin görülmesinin özel çıkar gruplarına bırakılması; Hukuk Devleti açısından tehlikeli birg elişmeye yol açar.

2) Bu sebeple; özellikle "Üniversite Vakıfları" üzerinde düşünölmelidir. Aksi tak-dirde; geçen yüzyılda "medreseler" için başlatılan "üvey kurum" süreci nasıl "tevhid-i tedrisat" ile sonuçlandı ise şimdi de Devlet üniversiteleri için başlatılan "üvey kurum" ve "ne halin varsa gör!" süreci; kısa bir süre sonra yeni bir "tevhid-i tedrisat"a, bu kez de devlet Üniversitelerinin tasfiyesine yol açacaktır.

3) İbn Haldun toplumbiliminin terimi ile; artık devrimiz "nesep asabiyyeti" değil "sebeup asabiyyeti" devridir. Kabilelelerin yerini uluslararası başka grupları almıştır. Bu baskı gruplar; bir yandan İslâm'ın "kurbet şartı" nı hiç kaale almaz ve dert edinmez iken; diğere yandan da "vakıf" terimini fütursuzca kullanabilirler ve kendilerini yeterli derecede güçlü hissedince, kendilerini "Mavi Vakıf" olarak niteleyip "yeşil vakıflar"ın kökünü ku-rutmayı amaç edinebilirler. Oysa Hukuk Devleti "çifte standard" dan tamamen kurtarıl-malıdır. Hukuk Devleti; vakıfdan önce gelir. Hukuk Devleti elde edilemezse vakıf kuru-munun uygulaması da sapar ve bozulur.