

ROMA HUKUKU KÖKENLİ FİDEİCOMMISSUM İLE CERMEN HUKUKU KÖKENLİ SALİC SALMANNUS OSMANLI VAKIF MÜESSESESİNİN KÖKENİ OLABİLİR Mİ?*

Could fideicommissum in Roman Law and Salic Salmannus in Germanic Law Be the origin of the Ottoman Vaqf institution?

İrem KARAKOÇ**

Giriş

Vakıf müessesesinin kökeni tartışılırken Doğu ve Batı kaynaklı çalışmalarda konu ile ilgili farklı görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bunlardan biri, vakfın İslâm hukukuna özgü bir müessese olduğudur. Bazı hukukçular vakfın kökenini Roma hukukundaki “*fideicommissum*”a dayandırırken diğer bazıları ise, Cermen hukuku kaynaklı (Salic) “*Salmannus*” olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak sözü geçen bu müesseselerin tam olarak ne olduğu hususunda doktrinde az sayıda açıklayıcı bilgiye rastlanmaktadır. Çalışmamızın gâyesi, *fideicommissum* ve *salic salmannus* kavramlarının çıkış noktasını ve toplumda hangi maksatla uygulamaya konulduğunu inceleyerek vakıf müessesesinin kaynağı ile bir mukayese yapmaya imkân sağlamaktır.

* Bu çalışma “Osmanlı Hukuku’nda Vakıf ve Vâkıf” başlıklı doçentlik takdim çalışması olarak hazırlanmakta olan kitabın bir bölümü esas alınıp geliştirilerek 13-14 Mayıs 2016 tarihleri arasında İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi (HTAM) tarafından hazırlanan Uluslararası II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi’nde tebliğ olarak sunulmuştur.

** Yrd. Doç. Dr. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğreti Üyesi.

Konu ile ilgili yapılan açıklamalarda *usus* kavramına da atıf yapılması ve “kullanma”nın köklerinin Roma Hukuku’nun en eski devirlerine kadar dayanması yukarıda sözü edilen hukuk uygulamalarının, tek başına, vakfın kaynağı kabul edilmesini gerektirmemektedir. Bunun için daha açık delillere ihtiyaç vardır. Çalışmamız sırasında *fideicommissum* ve *salic salmannusun* yanı sıra bunlarla benzerlik gösteren, hattâ onlardan daha önce uygulanmakta olduğu bilinen başka hukukî işlem şekilleri ve uygulamaları da tespit ettik. Bu yüzden benzerlikleri bağlamında “*usus, ususfructus, fiducia, cestui que use, precarium* ve *mortis causa donatio*”dan da söz etmek zorunluluğu hâsıl olmuştur.

Çalışmanın konusu, farklı toplumlarda var olan müesseselerin mukayesesi olduğundan, Osmanlı hukuk müesseselerinin kökleri bağlamında eski Türk devletlerindeki uygulama ve örfler ile İslâm hukukunun vakıf müessesesinin dayanağı olan âyet, hadis ve toplumdaki hukukî uygulamaların üzerinde önemle durulmalıdır. Her ne kadar günümüz hukuk tarihi çalışmalarında vakfın unsurları arasında hayrî gâye ve Allah’ın rızâsını/yakınlığını kazanma isteği (kurbet kastı) sayılmasa da yararlanıcılar konusu içerisinde bu hususlara değinilmektedir. Eski hukukumuzda hayır maksatsız bir vakıf düşünülemezdi¹. Allah’ın rızâsını kazanmak mücerret bir kavram olduğundan, hukukçular tarafından farklı tezahür biçimlerinden yola çıkılarak anlaşılmaya çalışılmıştır. Bunlardan biri de, bir kimsenin, kendi sahip olduklarını karşılıksız olarak ihtiyacı olanlara vermesi çok zor bir şey olduğundan, maddi varlığının bir kısmını muhtaç olanlara aktarmasıdır².

Ancak bunların her biri bağımsız birer akademik çalışmanın konusu olabilecek kadar geniş kapsamlı konulardır. O nedenle çalışmamızda, vakfın ortaya çıkış amacının tespitini sağlaması bakımından, sadece

¹ Mehmet Âkif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Baskı, İstanbul, (Beta Yayınları), 2015, s. 249; Osman Kaşıkçı, **İslâm-Osmanlı Hukuku**, İstanbul, (Ufuk Yayınları), 2015, s. 405. Ayrıca bkz. Nazif Öztürk, **Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi**, Ankara, (TDV Yayınları), 1995, (Yenileşme), s. 20.

² Kavramın açıklanması için bkz. (Muhammed Hamidullah, **İslam’a Giriş**, (Çev. C. Aydın), 14. Baskı, İstanbul, (Türkiye Diyânet Vakfı Yayınları), 2015, s. 154 vd).

müesseseye dayanak olan âyet, hadis ve uygulamalardan söz edilmekle yetinilmiştir.

I. İSLAMİYET’İN KABULÜNDEN ÖNCEKİ TÜRK TOPLUMLARINDA VAKIF BENZERİ UYGULAMALAR

A. Genel Açıklama

Tarihin en eski devirlerinden beri bazı malların bağışlamaya, vasiyete veya kamu yararına tahsislere konu edildiği bilinmektedir. Sümer kent devletlerinde “mâbet sosyalizmi/teokratik sosyalizm” olarak isimlendirilen bir yönetim biçimi uygulanırdı. Bu toplumlarda mâbet, şehir hayatı ve ekonominin merkezi idi³. Sümerlerde çeşitli dinî ve kamusal mal “habs”lerinin yanı sıra insanlar kendi vücutlarını mâbede adar⁴; böylece Tanrı adına mâbede gelir sağladıklarına inanırlardı⁵.

Örneğin, Bâbil hukukunda kralın, bazı arazilerinin yararlanma hakkını kimi kamu görevlilerine bağışlaması⁶; Hammurabi Kanunu’nda malın kuru mülkiyetinin yararlanıcıya verilememesi, yararlanma hakkının mirasçılara geçebilmesi ve bazı şartlarla sınırlanabilmesi mümkündür. Ancak bu uygulamalar vakfın modern anlamına yakın değildir. Çünkü Mezopotamya’da hür kimselerin dahi hakları sınırlıydı. Kral şehir halkını neyle görevlendirirse, herkes bunu yapmak zorunda (angarya) idi. Toprakların kullanım hakkının kuru mülkiyetten ayrılarak savaşlarda yararlık

³ Ekrem Memiş, **Eski Çağ Medeniyetleri Tarihi**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Bursa, (Etkin Yayınları), 2012, s. 55.

⁴ Memiş, s. 53. Burada “vakfetmeleri” sözcüğünü kullanmış ise de, bu ifade hukukî anlamından uzaktır. O nedenle “adamak” sözcüğü tercih edilmiştir.

⁵ Memiş, s. 53.

⁶ Eski Bâbil kent beyleri krala bağlı tımar beyleri olmuşlardır. Akadça’da *ilku* denilen tımar topraklarının bir kısmı, Büyük Kral tarafından savaşta yararlık gösteren üst düzey askerlere verilir; toprakların bir kısmı ise tapınaklara bırakılırdı. Çok miktarda mülke sahip olan tapınaklar, bu yolla siyasete de dâhil olurlardı (Memiş, s. 55).

gösterenlere verilmesi İslâm-Osmanlı hukukundaki iktâ/tımar sistemine benzemektedir⁷.

Hititlerde Kral Hattusilis'in (M.Ö. 1280-1290) savaşlarda kazandığı bazı gayrimenkulleri tanrıça için özgüleyerek malların yönetimini oğluna verdiğiine ilişkin bilgiler vardır⁸.

Eski Mısır'da bazı ilâh, mâbet, kâhin ve mezarlara mal tahsisleri olmuştur. Ayrıca o devirde aile vakfı da bilinmekte; aile mallarının genellikle en büyük erkek çocuk tarafından yönetilmesi üzerinde anlaşılmaktaydı. Kanunlar genellikle hür ve soylu kişileri korur; zengin ailelerin zenginliklerini asırlarca sürdürmesine aracılık ederdi⁹.

Eski Yunan'da bağışlar ve vasiyetler site/şehir için ve şehir adına yapılır; tahsis amacı doğrultusunda kullanılırdı (donatio sub modo)¹⁰.

Yukarıdaki örneklerde, vakfı diğer mülkiyet ve/veya mülkiyet ya da yararlanma aktarımlarından ayıran en önemli özellik olan hayır maksadı değil, daha çok aile (zürri) vakfı niteliği ön plâna çıkmaktadır. Eski Türkler'de ise, her ne kadar teknik olarak bir malın mülkiyetinin ve yararlanmasının ayrılarak farklı ellere bırakılması ve nesilden nesle aktarılması gibi teknik özellikler ayırt edilemese bile, hayrî gâye bakımından İslâmî vakfa çok yaklaşan uygulamalar görülmektedir.

Türk toplumları, yardımlaşma amaçlı her müesseseyi kolayca benimsemeye hazır bir alt yapıya sahipti. Aşağıda Hz. Peygamber'in sünnetlerinin İslâmiyet'i kabul eden Türkler arasında yaygınlaşarak, Osmanlı devrine gelindiğinde, bunun bir vakıf medeniyetine dönüşmesinin temel nedenleri üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

⁷ Ahmet Akgündüz, **İslâm Hukuku'nda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi**, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul 2013, s. 58. Ayrıca bkz. Memiş, s. 54.

⁸ Halim Baki Kunter, **Türk Vakıfları ve Vakfiyeleri Üzerine Mücmel Bir Etüd**, İstanbul, 1939, s. 117; Mustafa Yılmaz, **Eski Vakıfların ve Taşınmazlarının Günümüzdeki Hukukî Rejimi**, Ankara, (Bilge Yayınları), 2013, s. 22.

⁹ Akgündüz, s. 58-59; s. 23. Bu yüzden tapınakların çok miktarda mülkü olurdu. Bu durum onların siyasete dâhil olmaları ile sonuçlanmıştır (Memiş, s. 89-90).

¹⁰ Bülent Köprülü, "Tarihte Vakıflar", AÜHFD, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergi-ler/38/308/3015.pdf>, s. 479-480; Akgündüz, s. 59.

Eski hukukumuzda hayrî bir gâye olmadan sırf aile yararına vakıf kurulamazdı¹¹. Bu yüzden müesseseyi “hayrî vakıf-zürri vakıf” olmak üzere ayırmadan sadece vakıf sözcüğünü kullanmayı tercih ettik. Gayrisahih vakıflarda¹² dahi kamu hizmetlerinin ifası gâyesi temel olduğundan hayrî vakıf sayılırdı¹³.

B. Eski Türk Toplumlarındaki Uygulamalar

1. Genel Olarak

Doktrinde Orta Asya Türklerinin vakıf gibi bir hayır kurumunu oluşturabilmeleri bakımından gayrimenkul edinmek gibi asgarî bir şartı taşımadıkları ileri sürülebilirse de bu, ilk bakışta ulaşılabilecek en kestirme ve yüzeysel bir sonuç olur. Vakıf için sadece gayrimenkul mülkiyeti veya tüzel kişilik kavramının bilinmesi yeterli değildir. Öyle olsa idi, bunların bulunduğu daha eski topluluklar vakıf medeniyeti olarak anılırdı. Oysa İslâmiyet’ten önceki Türk devletlerinde hayır maksatlı bir müessese olan vakfın kökeni olabilecek farklı bazı örf-âdet kuralları ile hukuk uygulamaları vardır.

Türkler’de çok eski dönemlerde dahi vakfın temeli olan yardımlaşma ve toplumsal dayanışma duygusunun gerek düşünce, gerekse örf-âdet

¹¹ Doktrinde İslâm-Osmanlı aile vakıflarının hayır amacıyla kurulmadığı şeklindeki görüş için bkz. Abdullah Demir, **Türk Hukuk Tarihi**, Genişletilmiş 2. Baskı, İzmir, (Yitik Hazine Yayınları), Kasım 2014, s. 316.

¹² Vakıfların “gerçek anlamda vakıf olup olmamasına göre” yapılan ayrımın göre, kuru mülkiyeti ve tasarruf hakkının birlikte vakfedildiği vakıflara sahih vakıf denmektedir. Şer’î hukuka göre kurulan sahih vakıflarda vakfeden, vakfedilen malın tam mülkiyetine sahip olmalı idi. Devletin, rakabesi devlete, tasarruf hakkı özel kişilere ait bulunan mirî arazilerinin tasarruf hakkını ya da gelirlerini veya her ikisini birden vakıf olarak belli bir amaca tahsis etmesine gayrisahih vakıf (tahsisat/irsâdât) denmektedir. Osmanlı Devleti’nde bunlara -şer’î hukuka tâbi sahih vakıflardan farklı olarak- Arazi Kanunnâmesi hükümleri uygulanmıştır. (Mardin, s. 20, dpn. 24, s. 25; Cin, s. 750; Cin-Akgündüz, s. 477; Aydın, s. 248, 365; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 154; Cin-Akyılmaz, s. 347; Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk**, 3. Baskı, İstanbul, Arı-Sanat Yayınları, 2014, s. 419; A. Demir, s. 152).

¹³ Aydın, s. 251-252; Kaşıkçı, s. 405.

bakımından son derece gelişmiş olduğu görülmektedir¹⁴. Eski Türkler’de toplumsal ve bireysel yardımlaşma bağlamında vakfın izleri yakalanabilir. İslâmiyet’in kabulünden sonra vakıf müessesesi ve ahîlik teşkilâtı Türkler arasında hızla yaygınlaşmıştır¹⁵.

Temeli çok eski devirlere dayanan Türk teâmül hukukuna ait yardımlaşma esaslı kurumların en belirgin özelliği, karşılıksız insanî yardım gâyesidir. Bu nedenle İslâm dininin getirdiği, “Allah’a yakın olmak, diğer insanlara yardımdan geçer” anlayışı, Türk toplum yapısı ile kolayca uyum sağlamış ve hukuk sisteminin elverdiği ölçüde daha ileri noktalara götürülebilmıştır¹⁶.

Türkler yarı göçebe¹⁷ veya bozkır kültürüne sahip¹⁸, asker bir millet olmalarına rağmen, yanlarında hamam (çerge) ve hastane olarak kullandıkları çadırları da, gidip yerleştikleri yerlere götürmekte idiler. Bunlar son derece süslü ve konforlu biçimde Selçuklular devrinde *hamam-ı seferi*; Akkoyunlularda ve Harzemşahlarda çerge adları ile kullanılmaya devam edilmiştir. *Hüen Tsang* adında bir Çin seyyahının 630 tarihinde hakanın torununu ziyareti sonrasında verdiği bilgilere bakılırsa, Türkler

¹⁴ Memiş, s. 323; Hüseyin Hâtemî, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul, (Fakülteler Matbaası), 1969, (Vakıf Kurma), s. 12; Nihat Keklik, **Türklerde Ahlâk ve Dünya Görüşü**, İstanbul, (Ötüken Yayınları), 2001, s. 29.

¹⁵ Osman Turan, **Türk Cihân Hâkimiyeti Mefkûresi Tarihi**, C. I-II, 5. Baskı, İstanbul, (Nakışlar Yayınevi), 1982, s. 186. Han ve kervansarayların parasız olduğu ile ilgili yabancı seyyahların belgelerinden örnekler için bkz. Keklik, s. 65 vd.

¹⁶ Eski Türkler’de toprak reiminin gelişmesi hakkında bkz. Hilmi Ziya Ülken, “Türkiye Tarihinde Sosyal Kuruluş ve Toprak Rejiminin Gelişmesi”, **Vakıflar Dergisi**, s. C. 10, Tıpkıbasım, Ankara, (VUM. Neşriyatı), 2006, s. 1-62, s. 2.

¹⁷ Türklerin göçebe bir millet olmalarına rağmen bu, amaçsızca yer değiştirmek anlamına gelmemelidir. Sürülerine taze ot ve su bulmanın yanı sıra daha iyi şartlarda yaşamak niyeti taşıyan bu yer değiştirmeye ihtiyaç vardı (Memiş, s. 324; Sadri Maksudi Arsal, **Türk Tarihi ve Hukuk**, Ankara, (TTK Yayınları), 2014, s. 152). Her kabilenin kendine ait bir arazisi vardı ve beyler, boyları ve boylar arasındaki ilişkileri yönetirlerdi. Kışlık yurtların, mülkiyete benzer şekilde aileler arasında paylaşımına tâbi tutulduğu bilinmektedir. Hem başkasının malına tecavüz edenin cezalandırılması, hem de her boyun kendine ait yerlerde tarım yapması açılarından hayat tarzının bir “yarı göçebelik” veya “kendine özgü göçebelik” olduğu söylenebilir (Turan, s. 196).

¹⁸ Türk kültürünün göçebelikle karıştırıldığı hakkında açıklamalar için bkz. İbrahim Kafesoğlu, **Türk-İslâm Sentezi**, (Ötüken Yayınları), İstanbul, s. 47.

bir yere yerleştikleri zaman, sanki orada sarayıyla, çarşısıyla, hanı-hammamıyla, hastanesiyle bir şehir kurulurdu. Ticaret yapmak amacıyla tüccar da buralara gelirdi¹⁹.

2. Gayrisahih Vakıf Benzeri Uygulamalar

Topraklar üzerinde hem devletin, hem özel kişilerin mülkiyet haklarının hukuken tanındığı Uygurlar döneminde vakıf, belli ölçüde tanımlanmış ve düzenlemelere konu olmuştur. Tarih çalışmalarının, Uygur belgelerinin incelenmesi sonucu ortaya koyduğu bu çıkarımlar, insanlar arasında çok eskiden beri toprak alım-satımı, bağışlama, kira ve ödünç işlemlerinin bilinip yapılmakta olduğunun kanıtıdır²⁰.

Uygurların hukukî işlemlerine ilişkin belgelerinde devlet arazisi anlamında olmak üzere “inçü” sözcüğü geçmektedir. İktâ sistemini hatırlatan bu uygulamada, kişiler (inçü bağcı), devletin mülkiyetinde bulunan inçülerin kullanma hakkına sahip olabilirlerdi. Bu yöntem toprağın aile üyeleri arasında inçü (has) olacak şekilde paylaştırıldığı geleneksel bölüşüm yöntemine dayanmaktadır²¹.

Özel kişiler, devlet tarafından kendilerine, genellikle kışlak ve yaylak olarak kullanılmak üzere, verilen arazilerin kullanmasına sahip olur ve fakat bunları alım-satım, bağış veya vakıf gibi işlemlere konu edemezlerdi. Kullanım hakkı, ziraat yapılması şartıyla, erkek evlada miras olarak

¹⁹ Çerge kelimesinin Bizans’a “sefer hamamı”na karşılık olmak üzere *izerga/izergas* biçiminde geçtiği tezi için bkz. Turan, s. 190.

²⁰ Uygur dönemine ilişkin belgelerde, toprak mülkiyetinin özel kişilere ait olduğu açıkça bellidir. Ayrıca devlet arazilerinin özel kişiler tarafından işletildiğini içeren sözleşmeler de vardır (A. Melek Özyetgin, *İslam Öncesi Uygurlarda Toprak Hukuku*, İstanbul, (Ötüken Yayınları), Nisan 2014, s. 56).

²¹ İnçü’nün Müslüman Türk devletlerindeki *ikta* sistemi ile karşılaştırılması için bkz. Özyetgin, s. 56-57. İnçü’lerin hükümdar ailesine mensup olanlar arasında dağıtıldığı görüşü için bkz. Özkan İzgi, **Uygurların Siyasî ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)**, Ankara, (Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları), 1987, s. 109. Başka bir yerde geçen “İnçü bağcı” kelimesinin, “hükümdar ailesine ait olan bir arazi parçasından çok insanları, halkları ifade ..” ettiği belirtilmektedir (John Masson Smith, “Mongol and Nomadic Taxation”, **Harvard Journal of Asiatic Studies**, Vol. 30, 1970, s. 55’ten aktaran İzgi, s. 110, dpn. 10).

bırakılabildi. Yerleşik hayata geçişten sonra, kişilerin üzerinde ev yapıp bahçe olarak kullanabilecekleri kadar bir toprağa tam özel mülk şeklinde mâlik olmalarına imkân tanınmıştır²².

3. Manastırlara Arazi Tahsisleri

Türklere ilişkin tarihî kaynaklar arasında, manastırlara arazi tahsisi ve temlik ile ilgili örnekler de vardır. Manastırlar o dönemin dinî kurumlarıdır. Uygurlara ilişkin bir tarihî belgede manastırda bulunan kişiler için “... devamlı değişmeden yaz-kış durup, âyinlerde oturup derin düşünme (meditasyon) ve iyilikler yapıp bize iyi amel (sevap) verip otursunlar!” denmektedir²³.

Tarihî kaynaklarda Uygur hânı Kadir Bilge Han’ın Budist Murutluğ Manastırı’na verdiği bir özel mülkiyet ve buna bağlı vergi muafiyet belgesine rastlanmıştır. Bu belgede öncelikle manastırın Uygur hükümdarının koruması altında olduğu belirtilmiştir. Manastırın yöneticilerinin değişmesi sebebiyle hazırlandığı düşünülen belgede, bu işlem için kullanılan *ulam yarlıg* tamlaması, devleti temsil eden otorite tarafından verilen, “mülkiyetin devir ve intikalini gösteren belge”dir²⁴.

Diğer bir belgede manastırın üç kişiye devredildiği belirtilirken “Murutluğ Manastırı’na birlikte sahip olsunlar dedik” ifadesi kullanılmıştır. Yapılan işlem ilk bakışta “mülkiyet devri” gibi anlaşılmaktadır²⁵. Ancak burada hukuken, tarafların kendi aralarında yaptıkları bir mülkiyet devri değil, Han tarafından mülkiyetin bir kişiden alınıp diğerine verilmesi biçiminde, özellikli bir mülkiyet devrinden söz edilebilir. Bunun bir tür “kullanmanın/zilyetliğin devri” olduğu düşünülebilir.

²² İzgi, s. 109.

²³ Özyetgin, s. 209. Mani dininin Uygurlardaki etkileri hakkında bkz. Bahaeddin Ögel, İslâmiyetten Önce Türk Kültür Tarihi Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre, 2. Baskı, Ankara, (TTK Basımevi), 1984, s. 327, 350.

²⁴ *Caferoğlu*, bunu Osmanlı Hukuku’ndaki “tapu senedi” ve “sened-i hâkânî” ile özdeşleştirmektedir (Ahmet Caferoğlu, “Uygurlarda Hukuk ve Maliye İstilahları”, *Türkiyat Mecmuası*, C. IV, İstanbul, 1-43, (İstilahlar), s. 25-26. Ayrıca bkz. Özyetgin, s. 153.

²⁵ Özyetgin, s. 154.

Arazilerin kullanımının rahiplere verilmesinin yanı sıra, ibadethâne olarak kullanmanın sürekliliğini anlatan “*tutaturgu bitig*” ifadesi de dikkat çekmektedir²⁶.

Sözü geçen belgeye göre manastır mensupları, diğer vatandaşların ödediği, bağlardan alınan *kap* vergisi; pamuk tarlalarından alınan *tintsuy* vergisi; *yulug berim* ve *irt birt* gibi vergileri ödemeyeceklerdi²⁷. Buradaki rahipler, sıradan vatandaşların sahip olduğu iş yükümlülüklerinden muaf tutuldukları gibi; din anlatıcıları (şazın ayguç) ve il beyleri (daruga) manastır arazilerine müdahale edemeyeceklerdi²⁸.

4. Toplumsal Dayanışma Örnekleri/Uygulamaları

Sibirya Türk topluluklarında toplum içi dayanışmanın bir sonucu olarak misafirperverlik ve insanseverlik duyguları çok gelişmiştir. Misafir sayılan her kişi, aile ve toplumun tüm nimetlerinden, o aile veya toplumun bireyi gibi yararlanırdı. Türk topluluklarında yabancılar her zaman kendilerine bir yer buldukları için, “yabancıların korunması (himaye)” teamül hâline gelmiştir²⁹.

Yakut Türkleri’nde, sadece misafir veya yabancı değil, fakirliğe düşmüş bir aile reisine de yardım edilirdi. Zaruret içine düşmüş bir kişiye en azından ailesinin geçimini sağlaması için komşuları tarafından hayvan/eşya temin etmek şeklinde özgün bir yardım yönteminin müessese hâline geldiği görülmektedir (damızlık/tamazlux). Karşı tarafın onurunun kırılmamasına özellikle dikkat edilen bu uygulamada, ihtiyaç sahibi, bir sıkıntıya veya felakete maruz kalan kişi, komşularını kendi evinde düzenlediği bir yemeğe davet eder, ev sahibinin zor durumundan haberdar olan

²⁶ Özyetgin, s. 155.

²⁷ Vergiler hakkında bkz. İzgi, s. 110 vd.

²⁸ Özyetgin, s. 153, 155.

²⁹ Yakut Türkleri ve Kırgızlar hakkında bkz. Ahmet Caferoğlu, “Türk Teamül Hukukuna Göre ‘İçtimaî Muavenet’ Müessesesi”, **Vakıflar Dergisi**, S. II, Vakıflar Umum Müdürlüğü, (Muavenet), s. 185; Keklik, s. 65. Ayrıca bkz. Turan, s. 184. Eski Türkler’de yabancıların hukukî statüsü için ayrıca bkz. İrem Karakoç, **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü**, Ankara, (Yetkin Yayınları), 2012, s. 80 vd.

komşular da giderken yanlarında, kimi yiyecek, kimi nakit para, kimi ise eşya olacak şekilde, bir katkı götürüp karşılıksız olarak ona sunarlardı³⁰.

Kırgızlar'da büyük borç altına girip ödeyememek; sahte/haksız dava sonucunda iflâs etmek ve kan parası ödemek gibi yükümlülükler altında olan bir kimsenin toplumsal yardıma hak kazanacağı üç durum kabul edilmişti. Bunlardan bazılarında yardım yükümlülüğü sadece akrabaya düşerken (cila), bazılarında ise tüm topluma yüklenmektedir (yurtçilik ve gedaycilik). Düşman saldırısı ve yağmadan zarar görenlere hemen yardım yapılırdı. Bu yardımlar müeyyidesiz değildir ve uymayanlar için ağır cezalar öngörülmüştür³¹.

İnsanlar arasında yardımlaşma sadece sıkıntı zamanlarında olmazdı. Evlenmek isteyenlere, hayvanını kaybeden çiftçiye, evinden cenaze çıkana, zengin de olsa düğün yapan herkese yardım etmek teâmül hâline gelmiştir. Zenginlerin hizmetine girmeye mecbur olan fakirler aile efradından sayılır ve onlara ailenin bir üyesi gibi davranılırdı. İmaretlerde ihtiyaç sahiplerine ve öğrencilere her gün yemek çıkarılır ve para yardımı yapılırdı³².

Kaşgarlı Mahmut ve *Yusuf Has Hâcib* eserlerinde, eski Türklerde cömertlik anlamına gelen "akı" kelimesinden bahsetmişlerdir. Malını halka akıtan cömert insana akı denirdi. Sözcük, sadece mal değil, başkalarını korumak için gerektiğinde canın da fedasını kapsamına almaktadır³³.

Anadolu Türkleri, Kazan Türkleri ve Siberya Buryatları'nda imece (ömece/öme/emece/meç) gibi kısa zamanda bitirilmesi gereken ortak işlerin komşularla bir araya gelinerek yapılmasını gâye edinen örf-âdetler vardır. İmecede yardım, bedenî bir etkinlikle yapılmaktadır. Yardımlaşma ve işleri ortaklaşa yürütme geleneği avcılıkta da yaygın olarak benimsenmiştir (uca/yuca/uça)³⁴.

³⁰ Caferoğlu, *Muavenet*, s. 187; Turan, s. 184; Arsal, s. 137-138, 146.

³¹ Caferoğlu, *Muavenet*, s. 188, 190.

³² Caferoğlu, *Muavenet*, s. 190; Arsal, s. 147, 347; Keklik, s. 63.

³³ Anadolu'daki geleneksel ahilik müessesesinin kökeni buraya dayandıran görüşler için bkz. *J. Deny, Kaşgarlı Mahmut'tan aktaran* (Turan, s. 185-186). Tekke gelenekleri ve seyyahların izlenimlerinden örnekler için bkz. Keklik, s. 58, 62.

³⁴ Caferoğlu, *Muavenet*, s. 181-192.

Hayırs severlik, konukları yedirip içirme ve ağırlama geleneğinin Türklerde ne kadar gelişmiş olduğu hakkında birçok bilgi bulunmaktadır. On üçüncü yüzyılda Selçuklu ve Osmanlı kervansaraylarında yolcular arasında Müslim-gayrimüslim, zengin-fakir, hür-köle ayrımı yapılmaksızın herkese eşit davranıldığı kaynaklarda belirtilmektedir. Bu bağlamda tüccar, devlet adamı, gezgin ve hasta insanların her ihtiyacı karşılanmaya çalışılmakta idi. Vakıf tesislerinde kalan kişilerin kültürel ihtiyaçlarını karşılamak bakımından kütüphanelerin dahi bulunduğu dair bilgiler vardır. Türk ülkesinde yerli veya yabancı seyyahlar hiç masraf etmeden aylarca yolculuk yapabilirlerdi³⁵.

5. Vasiyete İlişkin Uygulamalar

Türk topluluklarında kanunî ve iradî mirasçılık usûlleri görülmektedir. Örfî hukuka göre mirasçı olanların yanı sıra vasiyet yöntemine de rastlanmıştır. Vasiyeti ifâ etmek üzere güvenilen bir kişi “vasiyet icrâcısı” olarak atanmakta idi. Uygurlara ait belgelerden elde edilen bu bilgiler toplumda bu uygulamaların eski tarihlerden beri yerleşmiş olduğunu göstermektedir³⁶.

Türkülkesinde seyahat eden gezginlerin, yazdıkları seyahatnâmelerde anlattıklarına göre, Türkler bazen hayatta iken fakirlere yardımda buldukları gibi bazen de vasiyet ederek ölümlerinden sonrasında hastane, okul, köprü, han, kervansaray gibi hayır kurumları yapılması için büyük mal ve para ayırdıkları³⁷.

³⁵ Turan, s. 185.

³⁶ Yunan’da Solon’dan sonra ortaya çıkmış olan vasiyet yöntemi, eski Franklarda yoktu. Franklarda, “Ancak Allah varis yaratabilir, insan değil (*Deus solus herdes facit non homo*) kuralı geçerli idi (*Arsal*, s. 338).

³⁷ Thévenot, s. 126’dan aktaran Keklik, s. 66-67.

II. BATI'DA VAKFIN KÖKENİ İLE İLGİLİ TARTIŞMALAR

A. Genel Açıklama

Batı hukukunda vakıf genelde bir özel hukuk müessesesi olarak görülmüş ve bu şekilde hukukî sonuç bağlanmıştır. Ancak bununla birlikte bazı Batı ülkelerinde kamu hukuku; bazılarında bağışlama; bazılarında ise, vasiyeti düzenleyen kurallar kapsamında ele alındığı da görülmektedir³⁸.

Aşağıda açıklanmaya çalışılan tüm Batı kaynaklı müesseselerin İslâm hukukundaki vakıfla ilişkisi veya benzerliği, her iki sistemde de bir maldan yararlanmanın, kuru mülkiyetinden ayrılarak farklı ellere verilebileceğinin kabul edilmesi bakımındandır. Roma ve Cermen hukuku kaynaklı müesseselerde bu ayırma işleminin ne maksatla yapıldığının önemi yoktur. Malın mülkiyetinin -ve bazen zilyetliği de buna dâhil edilebilir- bir kişide, buna karşılık kullanımının yararlanıcılarda olduğunun kabulü yeterlidir. Yararlanıcıların ihtiyaç sahibi yoksul ve muhtaç kimse-ler olması gerekmemektedir. Yapılan bu tür tahsislerde malı bağışlayanın, bunu hangi ihtiyaç sahipleri yararına yaptığı, maldan elde edilen gelirin ne şekilde harcanacağı ve kim tarafından yönetileceğinin belirlenmesi gibi zorunluluklar yoktu. Bu işlemin dinî nitelik taşıyanlarına konu olan mallar, genellikle âyinlerde kullanılan eşya, mabedin kendisi, şehrin duvarları ve mezarlar gibi malvarlığına dâhil edilemeyecek olan (res extra patrimonium) mallar olup din adamları sınıfı diledikleri şekilde kullanır veya sarf edebilirlerdi³⁹.

³⁸ Örneğin İsviçre'de vakıf, İslâm hukukundakinin aksine, şekle bağlı bir işlemdir (Ebû'lûlâ Mardin, **Toprak Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1947, s. 11; B. Köprülü, s. 507-508; Ali Himmet Berki, **Vakıflar, İkinci Kitap, Medenî Kanunda "Te'sis" ve Vakıflar Kanunu Hükmüleri**, Ankara, (Nur Matbaası), 1950, (Aynı cilt içinde II. Kitap), (Vakıflar-1950), s. 7.

³⁹ Hristiyanlıktan sonra dinî amaçlı bağışlar ile muayyen mal vasiyetleri de papazlarca (din adamları) yönetilmiştir (Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış, 4. Basım, Ankara, (Yetkin Yayınları), 2008, (Eşya), s. 175; Eşref Küçük, **Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukukî Durumu**, Ankara, (Yetkin Yay), 2006, s. 42; B. Köprülü, s. 481; Akgündüz, s. 12; Aydın, s. 242.

Bu anlamda düşünüldüğünde Batı hukukunda mevcut olan “trast gibi hukukî araçlar”ın Roma Hukuku’nda işaretleri olduğu gibi, “mütevellî-benzeri kişiler”in de ilk uygulamaları vardır⁴⁰. Müessesenin genellikle hayır maksadı, Yaratıcı olan Allah’a yakınlaşma ve rızâsını kazanma gâyesi ikinci plânda kalmaktadır⁴¹.

Cahiliye devri Arap kabilelerinin yaptıkları gibi adak niyeti ile mâbetlere hayvan veya değerli eşyanın bırakılmasını (habs) Hz. Peygamber yasaklamıştı. İslâm hukukuna göre bir kişi, adak niyetiyle de olsa, mal veya parasını din büyüklerinin mezarlarına veya mâbetlere bırakamaz/hapsedemezdi. Örneğin, ölmüş bir insanın mezarı sürekli aydınlatılsın diye adak yapılamazdı⁴². Zamanla kötüye kullanmalar olmuş olabilirse de bu durum, söz konusu müessesenin hayır maksatlı bir hukukî yapı olarak ortaya çıktığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Aile mallarını koruma eğilimine, hem Avrupa’da Roma ve Cermen hukuklarında; hem de zürri vakıflar şeklinde İslâm hukukunda rastlanması, insan tabiatının her yer ve zamanda aynı olması; alt-soyuna olan aşırı düşkünlüğü; malvarlığını, ölümünden sonra bile kendi ailesinin kontrolü altında tutmak istemesi gibi insanî zaaflarıyla açıklanabilir⁴³.

⁴⁰ David Johnston, “Trust and Trust-like Devices in Roman Law”, **Itinera Fiducia, Trust and Treuhand in Historical Perspective**, Ed. Richard Helmholz-Reinhard Zimmermann, Dunker&Humbolt . Berlin, 1998, s. 45 vd, (Trust-like Devices), s. 45.

⁴¹ Her ne kadar her devirde ve toplumda mâbetlere mal bağışlama âdetine rastlansa da, “tanrılara adak olarak sunulan malların mâbetlerde hapsi”, vakıf ile aynı anlama gelmemektedir. İslâm hukukundaki vakfın muhakkak mescid, camî veya mâbede mal bağışlanarak yapılması gerekmektedir. İnsanlara yararlı her iş için vakıf kurulabilirdi. Burada maksat, yapılan hayrın Allah’ın rızâsını kazanmak için, O’nun kullarının yararına yapılmasıdır.

⁴² Vakıf müessesesini *habs* sözcüğü ile ifade eden hukuk ekolleri vardır. Fakat bunların kastettikleri şüphesiz cahiliye devri habsleri değildir. İmam Şâfi’nin de bu konuda beyanı vardır (Bedir, s. 146). Doktrinde Mâlikîlerin (Medine Ekolü) habsi, daha çok belirli bir kimse ve onun evlatları yararına kurulan müesseseler olarak algıladıkları görüşü vardır (Bedir, s. 148). Ancak sünnî bir ekol olan Malikîliğin, vakfın hayır yönünü göz ardı ettiğini düşünmek yerine, bir tasadduk etkinliği olan vakıfta, ilk dönemlerde, muhtaç olan yakınların gözetilmesine öncelik verdiği sonucunu çıkarmak mümkündür.

⁴³ Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu-Gülnehal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, Tamamen Yenilenmiş 17. Baskı, Ankara, (Turhan Kitabevi), 2015, s. 148-149; Halil Cin-Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, (Sayram Yayınları), 2011, s. 285.

B. Batı Hukuku'nda Vakfın Temeline İlişkin Tarihi Yaklaşımlar

1. Genel Olarak

Bir mala mâlik olan kişi, bu mal üzerinde en geniş yetkilere sahip demektir. Söz konusu yetkiler kullanma, semerelerinden faydalanma ve tasarruf etme/hukukî işlemlere konu edebilmedir. Ayrıca mâlik, malın hem kuru mülkiyetine (rakabe), hem yararlanmasına, hem de zilyetliğine (yed/elde bulundurma) sahiptir.

Günümüz hukukunda parçalı mülkiyet esası benimsenmediği için malın mâliki, o malın hem kuru mülkiyetine, hem zilyetliğine (yed/elde bulundurma), hem de tasarruf hakkına sahiptir. Osmanlı eşya hukukunda bir mala bu şekilde tam mâlik olunabilirdi. Ancak rakabe, yed ve tasarruf yetkilerinin farklı kişilerde bulunabilmesi anlamına gelen parçalı mülkiyet de kabul edilmişti. Şer'î hukuka tâbî olan sahih vakıflar, tam mâlik olunan mallar ile kurulabilirdi. Vakıf işleminde, malın kuru mülkiyetinin tedavülü durdurulmaktadır (aslın hapsedilmesi)⁴⁴. Vakfedilen mal, devredilemez, mirasla intikal edemez ve hukukî tasarruflara konu edilemez hâle gelmektedir. Ancak vakfedence belirlenen yararlanıcılar, bu malın semerelerinden faydalanırlar (semerelerin tesbil edilmesi/hayra akıtılması)⁴⁵.

⁴⁴ Doktrinde, mülkiyetin vakfedenin uhdesinde mi kalacağı yoksa Allah'ın mülkü hükmünde olmak üzere vakfedenen ayrılıp, devlete mi geçeceği konusunda kapsamlı tartışmalar olmuştur. Osmanlı hukukunda ikinci görüş esas alınmıştır.

⁴⁵ Tesbil etmek; sözlükte yol anlamına gelen *sebil* sözcüğünün fiilidir. *Sebil/sebilhâne*, hayır için karşılıksız su dağıtılan üstü örtülü, yanları açık çeşmeli yapılardır. Ayrıca Allah rızası için insanlara dağıtılan yiyecek ve içeceklerle de sebil denmektedir (İsmail Karagöz, **Dinî Kavramlar Sözlüğü**, Yayına Haz. İsmail Karagöz, "Ferâiz" maddesi, Ankara, (DİB Yayınları), 2010, s. 582). Vakıf kurulurken kullanılan sözcüklerden biri de "tesbil ettim" ifadesidir.

2. Roma Hukuku Kökenli Müesseseler

a. Usus ve Ususfructus

Usus; ilk dönemlerde zilyetliğin, irtifak haklarının ve evlilikte kocanın, kadının malları üzerindeki yönetim hakkı olan *manus*'un kazanılmasını dahi içerecek geniş bir anlama sahipti. Usus, zilyetlikten daha kapsayıcı olup her türlü “kullanma”yı ifade ederdi. Usus, karşı tarafın itiraz etmemesi ile güçlenen, bir hakkın kullanıla kullanıla kazanılması demektir. Belli bir egemenlik hakkının ya da yetkinin kullanılması da buna dâhildir⁴⁶. Örneğin, maddî varlığı bulunmayan tarımsal irtifak hakları *usus* yolu ile, uzun müddet kullanılarak elde edilebilirdi. Daha sonradan sadece mâlik olma iradesi ile maddî bir malı elde bulundurmamak anlamında zilyetlik (*possessio*) tanımlanmış ve *possessio*, *usus*'tan ayrılmıştır⁴⁷.

Benzer şekilde evlenmede bir tür mal rejimi olan *manus*, başkasının malı üzerindeki hakların kazanılmasını anlatan *servitutes* ayrımlaşarak farklı farklı hukuk dallarına ait kavramları ve müesseseleri meydana getirmişlerdir. Usus ise, mülkiyetin tanıdığı yetkilerden biri olan; kullanma yetkisinin adı olarak kalmıştır⁴⁸.

Doktrinde yararlanma hakkının vakfın kökeni ile ilgisi kurulduğundan, *ususfructus*'tan (intifa hakkı) da burada bahsetmek gerekmektedir. İntifa hakkı, sahibine bir mal üzerinde mülkiyete en yakın genişlikte haklar bahşeden bir sınırlı aynî haktır. Bu irtifak hakkına sahip olan bir kişi, malın aslını mevcut hâliyle muhafaza etmek koşuluyla, malı kullanma ve tüm yararlarına mâlik olmaktadır. Başka bir ifade ile, malı kullanma ve semerelerinden yararlanarak elde etme yetkileri vardır. Ancak malın

⁴⁶ Belgin Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku**, (Der Yayınları), 4. Basım, İstanbul 2009, (Eşya), s. 16. On İki Levha Kanunu'na göre (6, 3) araziye iki, menkullere bir yıl zilyet olan, mal üzerinde “mutlak bir durum” elde etmekte idi. Bu sürelerdeki fiili egemenliğe *usus* denirdi. Ayrıca bkz. Umur, **Lugat**, s. 220.

⁴⁷ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 110.

⁴⁸ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 238, 255; Erdoğan, Eşya, s. 17, dnp. 6.

kuru mülkiyetine sahip değildir. Kuru mülkiyet (nuda proprietas) asıl mâlikindedir⁴⁹.

İntifanın, sadece kullanma (usus) yetkisi veren bir irtifaktan farkı vardır. Çünkü *usus* (kullanma) sahibi, malı sadece kullanabilir fakat semerelendiremez ve/veya semerelerini iktisap edemezdi. Oysa intifa sahibi, hem kullanır hem semerelerinden yararlanır ve bunları iktisap ederdi. Burada yararlanmadan kasıt, semerelerinden faydalanmaktır. Roma hukukunda kullanma ve yararlanma birbirinden farklı olarak düşünülümüştür⁵⁰.

Yukarıda sözü edilen kullanma ve hem kullanma hem yararlanma sağlayan irtifak hakları, her hâlde şahsa bağlı haklar oldukları için, başkasına devri veya mirasla intikali söz konusu olmadığından, intifa hakkı sahibinin ölümü veya ehliyetini kaybetmesiyle bu hak mâlikine geri dönerdi⁵¹. Roma hukukunda köy irtifaklarının ortaya çıkışı, çok eski tarihlere dayanmaktadır. Doktrinde bunların vakıfla ilişkilendirilmesinin sebebi, bir yönüyle yararlanıcıların hukukî durumunun, diğer yönüyle mülkiyetin tanıdığı yetkilerin bölünebilirliğinin tesbiti bakımındandır.

Roma'da eyalet arazileri üzerinde de mülkiyete benzeyen zilyetlik ve yararlanma hakkı bulunurdu (*possessio et usus fructus/uti frui habere possidere*). Eyalet arazileri devletin arazisi olduklarından, bunlar üzerinde özel kişilerin tam mülkiyete sahip olmaları mümkün değildi. Özel kişilere bu toprakların sadece kullanma ve yararlanması devredilirdi. Batı'da birçok müessesenin olduğu gibi, vakfın kökeni de *usus* ile ilişkilendirilmiştir⁵².

⁴⁹ Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul 1983, (Lugat), s. 220.

⁵⁰ Umur, **Lugat**, s. 220; Johnston, **Trust-like Devices**, s. 53; Karadeniz Çelebican, **Eşya**, s. 255.

⁵¹ Karadeniz Çelebican, **Eşya**, s. 268.

⁵² Andreas Richter, "German and American Law of Charity in Early 19th Century", **Itinerae Fiduciaee, Trust end Treuhand in Historical Perspective**, Ed. Richard Helmholz-Reinhard Zimmermann, Dunker&Humbolt . Berlin, 1998, s. 428.

b. Fideicommissum

aa. Kavram ve Tarihi Gelişim

Tüzel kişilik kazandırılmış ve belirli bir gâyeye tahsis edilmiş mallar, Klâsik Roma hukukunda bilinmemekle birlikte⁵³ buna benzer uygulamalar olabileceği kanaati vardır. On dokuzuncu yüzyıla kadar, İngiltere'deki *trust*'in⁵⁴ kökeninin, Roma *fideicommissum*una dayandığını düşünen hukuk bilginleri vardı⁵⁵. Günümüzde de bu görüşün taraftarları bulunmakla birlikte eskisi kadar kesinlik taşımadığı düşünülmektedir. Günümüzde *fideicommissum*'un, Batıda vakfın kökenlerinden sadece biri olduğu fikri daha ağırlıklıdır⁵⁶.

Fideicommissum, Roma'da İlk İmparatorluk Dönemi'nin başlarında ortaya çıkarak geniş uygulama alanı bulan bir tür muayyen mal vasiyetidir. Vasiyetçinin, terekeden mirasçı veya vasiyet lehdarı (*honoratus*) olarak faydalanma hakkı olan bir kimseye; üçüncü şahsa vermesi veya üçüncü şahıs lehine bir şey yapması hususunda yönelttiği bir ricâdır. Fideicommissum çok amaçlı kullanılmaya uygun bir araç-müessesedir⁵⁷.

⁵³ Paul Koschaker-Kudret Ayiter, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak, Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, 1975, s. 100; David Johnston, **The Roman Law of Trusts**, Clarendon Press, Oxford 1988, (Roman Law), s. 1; Johnston, **Trust-like Devices**, s. 45.

⁵⁴ Çalışmamızda *trust* kelimesi özellikle *trust* olarak çevrilmiş, vakıf denmemiştir. Çünkü İngilizce'de bu anlama gelmek ve fakat *trust*'in bir alt başlığı olmak üzere, *foundation* ve *charity/pious endowment* gibi başka terimler de kullanılmaktadır.

⁵⁵ Bunlar arasında, *Lord Chief Baron Sir Geoffrey Gilbert, Francis Williams Sanders, Sir William Blackstone, George Spence* ve *Sir Kenelm Edward Digby* yer almaktadır (Holdsworth, 410'dan aktaran Monica M. Gaudiosi, "The Influence of The İslamic Law of *Waqf* on The Development of The Trust in England: The Case of Merton College", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 136, s. 1231–1261, s. 1241). Frederick William Maitleland, "Origin of Uses", **Harvard Law Review**, No: 3, Vol. VIII, The University Press, Cambridge, USA, Cabridge Mass. October 25, 1894/1895, s. 127-137, (Uses), s. 136-137; Richter, s. 429. Aksi kanaatte bkz. Akgündüz, s. 61.

⁵⁶ Johnston, **Trust-like Devices**, s. 46.

⁵⁷ Umur, Lügat, s. 72; Erkan Küçükgüngör, **Roma Hukuku'nda Vasiyetname (Testamentum)**, Ankara, (Yetkin Yay), 2007, s. 230; Johnston, **Roman Law**, s. 9; Johnston, **Trust-like Devices**, s. 46. Fideicommissum birincil olarak bir vasiyet hukuku düzen-

Ancak burada fideicommissum'un, ölüm döşegindeki bir kişinin ailesini ve mallarını ölümünden sonra koruması için emanet ettiği "ölüm döşegi commendatio"sundan farklı olduğunu da belirtmek gerekmektedir⁵⁸.

Son derece şekilci esasları bulunan Roma özel hukuk sistemi tarafından geçerli kabul edilmediği için hüküm ve sonuç bağlanmamış olan bu şekilsiz ricânın yerine getirilmesi, mükellefiyet yüklenenin iyiniyetine (fides) ve ahlakî hassasiyetine kalmıştır⁵⁹. İlk dönemlerde bu ricâ, hukukî bir mükellefiyet yüklediği⁶⁰ ve müeyyidesiz olduğu hâlde sonradan, sistem dışı yargılamada (*cognitio extra ordinem*) bir *persecutio fideicommissoria* ile takip edilebilir hâle getirilmiştir. Davayı, özel bir praetor⁶¹ olan, *praetor fideicommissarius* görmekte idi⁶².

bb. Ortaya Çıkış Sebebi

Roma hukuku kesin, katı ve şekilci bir özel hukuk sistemi idi. *Ius civile*⁶³'ye göre, hukuken geçerli muayyen mal vasiyetine *legatum* denir ve

lemesidir (Michael Macnair, "The Conceptual Basis of Trust in the 17Th-18th Centuries", **Itinera Fiduciaie, Trust end Treuhand in Historical Perspective**, Ed. Richard Helmholz-Reinhard Zimmermann, Dunker&Humbolt . Berlin, 1998, s. 215).

⁵⁸ Johnston, **Trust-like Devices**, s. 46. İşlemin, Cumhuriyet Devri'nin sonunda ortaya çıktığı görüşü için bkz. Umur, **Lugat**, s. 74.

⁵⁹ *Fides*; söze itibar etmek ve bir kişinin yüklendiği sorumlulukları kendisine bir müeyyide/zorlama olmadan yerine getirmesidir. Kendisine güvenilen kişinin, bu güvene lâyük olarak dürüst hareket etmesi gerekir (fides Romana/hüsnüniyet) (Umur, **Lugat**, s. 74).

⁶⁰ *Ulpianus*, *Regulare*, 25. 1'de "fideicommissum belirli sözlerle değil; vasiyetçinin ricâsı ile ius civilenin kesinliğinden değil, vasiyetçinin iradesinden meydana gelir" (Küçükgün-gör, s. 71).

⁶¹ *Praetor*; Roma hukukunda imperiuma sahip bir tür yargıç-devlet görevlisidir. Başlangıçta ordunun önünde giden kumandan/vali olan praetor sonraları şehirde kalarak Romalılar arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli hâle gelmiştir. Yargılamayı bizzat kendisi yapmazdı. Fakat uyuşmazlıkta uygulanacak kuralları ve davanın şeklini tayin ederdi. Taraflarca belirlenecek olan hâkime talimat verebilirdi. Ama davayı hâkimler yürütürdü (Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, Ankara 1974, (Roma), s. 284-285).

⁶² Umur, **Lugat**, s. 72; Johnston, **Trust-like Devices**, s. 46.

⁶³ *Ius civile*; Roma sitesinin en eski devirlerinden gelen örf-âdete dayalı, özel şekil kuralları bulunan ve sadece Roma vatandaşlarına özgü medenî hukuk kurallarıdır (Karadeniz Çelebican, **Tarihi Giriş**, s. 100, 103. Roma Özel Hukuk Sistemi hakkında genel bilgi için bkz. s.

özel bir şekilde yapılırdı⁶⁴. Hukuk sistemi kimlere legatum yapılacağını belirtmiştir. Legatumdan yararlanamayanlar arasında, yabancılar (peregrini), bekârlar (coelibes), çocuğu olmayanlar (orbi), belirli olmayan kimseler (personae incertae)⁶⁵ ve vasiyetten sonra doğanlar (postumi alieni) sayılmıştır⁶⁶.

Hayatın akışı içerisinde bazen, ius civilenin mâlik veya mirasçı saymadığı kimselerin, bu sıfatlarının kabul edilmesi zorunlu olabilirdi. Böyle durumlarda praetorlar tarafından bu kişilere mâlik veya mirasçı gibi sıfatlar verilebilirse de, *ius civile* bunları mâlik ya da mirasçı saymazdı. Böylece bir “ius civile mâliki/mirasçısı”, bir de “praetor mâliki/mirasçısı” olmak üzere iki mâlik/mirasçı ortaya çıkardı. Roma hukuk sistemi bunu sakıncalı görmemiştir. Ius civile mâliki⁶⁷ hukuken varlığını sürdürürken, malın kullanımı ve yararlanması praetor tarafından praetor mâliki⁶⁸

116 vd). Ayrıca bkz. Johnston, **Roman Law**, s. 4; Johnston, **Trust-like Devices**, s. 46.

⁶⁴ *Legatum*; vasiyetnamede “emir kipinde söylenen belirli sözcüklerle (verbis imperatios) ifade edilmesi gereken ve ifası bir mansup mirasçıya yüklenen mal vasiyetidir. Burada, biri muris, diğeri lehine mal vasiyet edilen (legatarius/honoratus) ve bir de mansup mirasçı (oneratus) olmak üzere üç kişi bulunur (*legatum per damnationem*) (Koschaker-Ayiter, s. 407; Küçükgüngör, s. 215; Johnston, **Roman Law**, s. 5). Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, 818 Sayılı BK ve 6098 sayılı TBK ile Mukayeseli, Konya, (Sayram Yayınları), 2013, s. 194.

Roma’da, lehine vasiyette bulunulana, vasiyet edilen malın mülkiyetini sağlayan bir diğer vasiyet türü daha vardı. Buna *legatum per vindicationem* denir. Bu müessesenin de ölüme bağlı bağıştan (*motris causa donatio*) doğduğu kabul edilmektedir (Koschaker-Ayiter, s. 407, 421).

⁶⁵ Vasiyetçinin, lehdar olarak, kimlik tayin etmeden, örneğin “cenazeme ilk katılanlar” şeklinde belirlediği kişilerdir. Klâsik hukukta bu türden tasarruflar geçerli sayılmamış, Iustinianus devrinde ise, istisnaen kabul edilmiştir (Umur, **Lugat**, s. 156).

⁶⁶ Tarihsel süreç için bkz. Küçükgüngör, s. 235. Ancak *Gaius*’un *origo fideicommissorum*’un kökenine dair olan açıklamalarından, yabancılara da vasiyet yararlanıcısı olma hakkının tanınmasını istediği anlaşılmaktadır (Johnston, **Roman Law**, s. 41).

⁶⁷ Menkuller, İtalya arazileri veya eyalet arazisi olup da İtalya arazisi olduğu kabul edilen (*ius italicum*) topraklarda bireylerin sahip oldukları tam mülkiyet hakkına *dominium ex iure quiritium* denir. Ius civilenin tanıdığı ve davalar yoluyla korunan hak, bu mülkiyet hakkıdır. Roma’da eyalet arazilerine kural olarak tam malik olunamaz; tasarruf hakkı elde edilebilirdi (Umur, **Lugat**, s. 60-61).

⁶⁸ Bir kimsenin, ius civileye göre maliki olmadığı bir malı praetorün tanıdığı hukukî koruma yolları sayesinde kendisininmiş gibi malvarlığı arasında bulundurmasına praetor

(bonis rem habere/in bonis esse) ilân edilene verilirdi. Praetor mâliki zamanaşımından (usucapio) yararlanarak malın mülkiyetini ius civileye göre de kazanabilirdi⁶⁹.

Vasiyet yapan, mirasçı tayin ettiği kişiyi bildirdiği zaman, bu mirasçı, ölenin sadece malını elde etmekle kalmaz; yararlanma hakkı ile lehine/aleyhine olan tüm kazanım ve yükümlülüklerle de bağlı hâle gelirdi⁷⁰.

Vasiyet yapmak isteyen bir Romalı, hukuk sistemi dâhilinde, vasiyet lehdarını vasiyetçi olarak atayamayacağını fark ederse, “resmî olmayan bir vasiyet” şeklinde nitelenen fideicommissum kullanırdı. Jerome, fideicommissum’un hukukun bu kesin sınırlamalarından kaçınmak için bir teknik olarak bilindiğini belirtmiştir. Kendi ifadesinde “*fideicommissum ile biz hukuku dolanırız*” (“per fideicommissa legibus inludimus”) demiştir⁷¹.

Iustinianus Hukuku’nda bu iki tür muayyen mal vasiyeti arasında bir fark kalmamıştır. Vasiyetnâme içinde belirtilen tüm muayyen mal vasiyetlerine *legatum* denmiştir. Buna karşın, mükellefiyet yüklenene yazılan bir mektup olan *codicilli*’de belirtilen muayyen mal vasiyetlerine ise *fideicommissum* denmeye devam edilmiştir⁷².

cc. İşlemin Şekli ve Tarafları

İşlemin yapısında üç kişi bulunmaktadır. Vasiyette bulunan kişi önce, yasal olarak mirastan yararlanabilecek bir kimseye malını devrederdi. Buna genel fideicommissum (fideicommissum universitatis) denirdi⁷³.

mülkiyeti denir. Zaman içerisinde bunlara da def’i ve dava hakları tanınmıştır (Umur, **Lugat**, s. 85).

⁶⁹ Zamanaşımı ile iktisap için bkz. Umur, **Lugat**, s. 218.

⁷⁰ Ayrıca Roma hukukunda “bir zaman mirasçı olan her zaman mirasçı olur (semel heres semper heres)” kuralı da vardır (Johnston, **Roman Law**, s. 3).

⁷¹ Jerome, Epistolae 52, 6’dan aktaran Johnston, **Trust-like Devices**, s. 46.

⁷² Koschaker-Ayiter, s. 411-412; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, (Beta Yayınları), İstanbul 1999 (Notlar), s. 518; Umur, **Lugat**, s. 72; Küçükgüngör, s. 232; Johnston, **Roman Law**, s. 11.

⁷³ Terekedeki münferit bir malın vasiyetine ise *fideicommissum speciale* denmektedir (Gai-

İşleme konu olabilen eşya, para, arazi ve taşınırlar gibi çok çeşitli mallar olabildi. Bu işlem özünde ailevî maksatlarla yapılır, ticarî bir amaç taşımazdı⁷⁴.

Aracı kimse, kendisine geçici olarak devredilen bir malı, ileride asıl yararlanıcısına geçirmek gibi bir ahlâkî yükümlülük altına girerdi. Burada vasiyette bulunan, bir tür göstermelik/sözde mirasçıya, ileride vasiyet konusu malı gerçek yararlanıcısına devredeceği konusunda –sadece- güvenmektedir. Sözü geçen aracı kişi bir tür emanetçi gibi olup genellikle hukuk düzeninin tanıdığı bir kanunî mirasçıdır⁷⁵. Bu işlemde kullanılan sözcükler emredici değil, *rogare*, *petere* gibi, Latince ricâ bildiren (*verba precativa*) niteliktedir⁷⁶.

Mirasçı atanan kişi, murisin fideicommissumla asıl mal bıraktığı kişiye terekeyi devrederken farazî bir satım işlemi; her iki taraf karşılıklı alım ve satım stipulatio'ları⁷⁷ yaparlardı. Ancak bu usûl sonradan Iustinianus devrinde kaldırılmış ve fideicommissum alacaklısının⁷⁸ (*fideicommissarius*) mirasçı makamına (*heredis loco*) kâim olacağı kabul edilmiştir. Bu aşamadan sonra stipulatiolara gerek kalmamıştır⁷⁹.

Aile vakfının tarihinin ise tam olarak İmparator *Augustus* ile başladığı söylenebilir. *Augustus*'un konu ile ilgili düzenlemeleri, Roma özel

us, Inst. 2. 260'tan aktaran Küçükgüngör, s. 244). Umur, **Lugat**, s. 73.

⁷⁴ Johnston, **Trust-like Devices**, s. 47. Johnston çalışmasında *trast* ile fideicommissum karşılaştırmış, *trast*'ın, ticarî bir maksat taşıyabileceğini belirterek aralarındaki farkı ortaya koymuştur (Johnston, **Trust-like Devices**, s. 47).

⁷⁵ Johnston, **Trust-like Devices**, s. 46, 48.

⁷⁶ Koschaker-Ayiter, s. 411-412.

⁷⁷ *Stipulatio*; Roma hukukunda en eski dönemlerden itibaren tek taraflı ve sözlü şekle bağlı olarak yapılan, bir kişinin genel ve soyut anlamda borçlu olduğunu belirten bir taahhüdüdür. Borç doğuran bir akit olduğundan çok çeşitli alanlarda kullanılmakta idi. Her tür vaad, teminat, yenileme, teselsül ve daha birçok diğer anlaşmanın geçerli olması ve dava ile korunabilecek hâle gelebilmesi için stipulatio yapılması gerekirdi (Koschaker-Ayiter, s. 207; Umur, **Lugat**, s. 202; Akıncı, s. 17).

⁷⁸ Bu işlemi bir vakıf olarak düşünürsek, vasiyet eden aynı zamanda vakfeden, (*truster/settlor*); aracı kişi mütevellî (*trustee/fiduciarius*); vasiyet alacaklısı ise aynı zamanda yararlanıcı olmaktadır.

⁷⁹ Küçükgüngör, s. 237-238, 243; Johnston, **Roman Law**, s. 10.

hukukunda köklü bir değişime yol açmıştır. Çünkü *ius civile* tarafından dava hakkı tanınmayan bir iyiniyet müessesesi olarak görülen fideicommissum, bu aşamada artık dava edilebilir hâle gelmiş; uygulanması bir kişinin ahlâkî düzeyine bağlı olmaktan çıkarılmıştır⁸⁰.

Roma hukukunda bir de gizli/örtülü (tacit) fideicommissumlar vardı. Gizli fideicommissum bir malvarlığının örtülü veya gizli bir şekilde bir başkasına terk edilerek bırakılmasıdır. İntikal kurallarına göre kendisine mal bırakılması mümkün olmayan; hukuken engellenen bir kişiye bu yolla mal bırakılabilir⁸¹.

Sonradan ortaya çıkan bir yöntem olan *fideicommissum familiara relictum* ile terekenin tamamı veya bir kısmı, arka arkaya aynı aile mensupları arasında nakledilebilir kılınmıştır. Bu işlemin amacı ise, aileye ait malvarlığının bütün olarak korunmasıdır. *Iustinianus*, bu işlemi dördüncü kuşakla sınırlamıştır⁸².

C. Iust. 6. 38. 5'e⁸³ göre vasiyetçi, ailesine, kimi yetkili kıldığını belirtmeksizin bir fideicommissum bırakırsa, bunun sadece yakın hısımlar için değil, vasiyetçinin damat ve gelini için (yakınları/çocukları hayatta değil ise) dahi geçerli olacağı belirtilmiştir. Bu konuda yapılan sıralamada âzatl köleler en sonda yer almakta idiler⁸⁴. Fakat bu uygulamaların hiç birinde, toplumda ihtiyaç sahibi kişileri düşünerek ebediyete kadar sürecek bir hayır maksadına tahsis edilmiş mala yönelik ifade, kayıt veya telâkkî yoktur.

Müessese kural ve kaynak bakımından hayrî maksatlı bağışlamalar için bir hukukî çözüm olarak ortaya çıkmamış ise de gerektiğinde “benzer amaçlar” için fideicommissum'un kullanıldığına da rastlanmaktadır.

⁸⁰ Johnston, **Roman Law**, s. 40-41; Johnston, **Trust-like Devices**, s. 46; Macnair, s. 214.

⁸¹ Johnston, **Roman Law**, s. 42.

⁸² Küçükgüngör, s. 250.

⁸³ Codex (C), Üçüncü yüzyılın sonlarından başlayarak İmparator eminalmelerini bir araya toplayan derlemelere codex denmiştir. "Codex Iustinianus", Iustinianus tarafından derlenen ve Roma hukukunun en önemli kaynaklarından olan Corpus Iuris Civilis'in üçüncü bölümünü oluşturan, emirnameleri içeren kısımdır (Umur, **Lugat**, s. 38).

⁸⁴ Küçükgüngör, s. 251. D. 33. 1. 21. Digesta Iustiniani: Liber 33 Mommsen&Kruger'den aktaran, droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-33-htm.

Bu konuda doktrinde verilen en bilinen örnek “*Lucius Titius testamento patriae suae civitati Sebastenorum centum legavit, uti alternis annis ex usuris eiusdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur et adiecit haec verba: “Quod si condicione supra scripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meas obligatos ei esse volo, sed habere sibi pecuniam” Postea praeses provinciae ex nomonibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina et in causam legati rei publicae adiudicavit, post cuius sentetiam res publica a plerisque adiudicatis sibi pecunias percepit. Quaesitum est, an, si res publica condicionibus **testamento** adscriptis postea non paruerit ...”* şeklinde Digesta’dan (Scaevola) aktarılan bir vasiyettir⁸⁵.

Yukarıda Latincesi verilen vasiyete göre, Lucius Titius adlı bir kişi, kendi memleketi olan şehre (Sebaste), her yıl kendi adına kutlanmasını istediği; mücadeleye dayalı oyunlar oynanmasına yönelik harcanmak üzere bir miktar vasiyette bulunur. Paranın faizi ile her yıl kendisi adına oyunlar düzenlenmesini şart koşmuştur. Ayrıca “Eğer Sebaste şehri vasiyet ettiğim parayı yukarıda yazılı şartlarla kabul etmek istemezse, mirasçılarımın hiçbir şekilde bundan (kente karşı) yükümlülük altına girmemelerini ve parayı, kendileri için almalarını istiyorum” ifadesi de vardır⁸⁶.

Metnin devamından anlaşıldığına göre, söz konusu terekenin birçok borçlusu bulunmaktadır. Eyalet yöneticisinin terekeye olan borçlar listesinden (tereke alacakları arasından) uygun olanları seçtiği ve vasiyetname nedeniyle bunları devlete verdiği/bildirdiği, onun kararından sonra

⁸⁵ Scaevola 22 dig. D. 33, 1, 21, 3.

Roma özel ve ceza hukukunu bir bütün olarak içeren geniş kapsamlı hukuk eserlerine *digesta* denmektedir. Iulianus, Celsus ve Scaevola gibi hukukçuların *digesta* türünde eserleri vardır. Ancak ayrıca *Digesta (dig./D.) Iustiniani (Pandectae)*, Iustinianus’un oluşturduğu bir hukukçular heyeti tarafından hazırlanan bir kanun derlemesi olan *Corpus Iuris Civilis*’in, Klâsik dönem Roma hukukçularının eserlerinin parçalarından oluşan bölümünün de adıdır. Elli kitaptan (liber) oluşan bu kısmın her kitabı fasillara (titulus) ve parçalara (fragmentum) ayrılmıştır. 30 Aralık 529’da yürürlüğe girmiştir. Digesta’dan yapılan alıntılardaki sayılar, alıntının, asıl kaynaktaki kitap, fasıl ve parça numaralarını göstermektedir (Umur, **Lugat**, s. 58-59).

⁸⁶ “Public trusts” kavramı hakkında bkz. Johnston, **Trust-like Devices**, s. 50.

devletin parayı kararda adı geçenlerin çoğunluğundan bizzat topladığı (aldığı) belirtilmektedir⁸⁷.

Şehre yollar açmak; oyunlar düzenlemek; sıcak hamamlar veya başka binalar yaptırmak gibi kamusal amaçlarla da vasiyette bulunulabilirdi. Roma hukuku yasal ve adil çıkarlar doğrultusunda mülkiyetin bölünmesini kabul etmediği için burada basitçe, mütevellinin/emanetçinin mâlik hâline geldiği esası benimsenmiştir. Yararlanıcılar mâlik olamadıkları için, mülkiyet hakkına ilişkin kanun yolu olan *rei vindicatio*'yu kullanarak vakfı/vasiyeti zorla uygulatamazlardı⁸⁸.

İşlemi yapan öldükten sonra uygulanabilir hâle gelen farklı konulardaki bu tür vasiyetler, insanın ve hukukun doğası gereği her toplumda yapılabilir ve gözlemlenebilir. Ancak toplumdaki muhtaç kesimlerin – Roma açısından düşünülürse örneğin kölelerin veya gladyatörlerin ya da *client*lerin ve fakir halkın yararlanması için, ebediyete kadar sürecek bir hayır faaliyetinin izlerine henüz rastlanmamaktadır.

Bütünüyle miras hukukundan kaynaklanan bu fideicommissumun, İslâm hukukundaki vakfın da kökeni olarak görülmesinin nedeni veya benzetme yönü İslâm vakfının, vakfedenin mirasçılarına da yapılmasının mümkün görülmesi olabilir. Bir diğer ihtimal mütevellinin, murisin akrabası olabilmesidir. Ancak Osmanlı hukukuna göre vakfeden, ölmeden önce de vakıf yapabiliyordu. Ayrıca vakıfta aranan hayır maksadı/yönü (cihet) sadece vasiyetle açıklanamaz. Üstelik İslâm hukukunda vasiyet de

⁸⁷ “**Postea praeses provinciae ex nominibus debitorum hereditariorum elegit idonea nomina et in causam legati rei publicae adiudicavit, post cuius sententiam res publica a plerisque adiudicatis sibi pecunias percepit. Quaesitum est, an, si res publica condicionibus testamento adscriptis postea non paruerit, legatum ad filios heredes pertineat. Respondit rem publicam voluntati testatoris parere compellendam ac, nisi faciat, in his quidem summis, quae per numerationem vel novationem solutae sunt, utili repetitione heredes adiuvandos: ab his vero nominibus, quae neque solverunt rei publicae neque novatione abscesserunt a pristina obligatione, non prohibendos, quo minus debitum petant**”. Latince metin için bkz. Digesta Iustiniani: Liber 33, Mommsen&Krueger: digestorum droitomain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-33.htm. (Yukarıdaki tercüme yazara aittir).

⁸⁸ Johnston, Trust-like Devices, s. 47. Mülkiyet hakkının saptanması ve gerekirse malın aynıının iadesi için açılan dava olan *rei vindicatio* için bkz. Karadeniz Çelebican, **Eşya**, s. 213 vd.

ayrıca düzenlenmiş bir müessesedir. Nitekim vakfın temelini fideicommissum olduğu tezi artık terk edilmiş bir teoridir⁸⁹.

c. Fiducia

Fiducia'da alacaklı ile borçlu arasında, alacağın garantilenmesi için, aynî teminat verilmesi sonucu doğuran bir anlaşma yapılırdı. Sonradan çok çeşitli gâyeler için de kullanılan fiducia (inançlı işlem), aynî teminatın en eski şekli olarak bilinmektedir⁹⁰. Doktrinde fiducia'nın mülkiyetin naklini haklı kılan bir hukukî sebep (*iusta causa*) olduğu kabul edilmektedir⁹¹.

Borca aynî teminat olarak yapılan iki tür inançlı işlemden birisi olan *fiducia cum creditore*'de (alacaklı ile işlem) borçlu, bir malının mülkiyetini alacaklısına devreder. Bunun dışında kalan benzer işlemlere *fiducia cum amico* (dostlar arasında işlem) denmektedir⁹².

Dostlar arasında yapılan inançlı işlemde, hayatta olan bir kişi malını diğer bir kişiye, bunu üçüncü birisine iletin diye, vermektedir. Alacaklı, borç kendisine ödendiği vakit bu malın mülkiyetini borçluya geri nakleder⁹³. Bu işlem de Osmanlı-İslâm özel hukukunda ayrıca uygulama alanı olan “bey’bi’l-vefâ” (vefâen satış) akdine benzemektedir.

ç. Ölüme Bağlı Bağışlama

Ölüme bağlı bağışlama (mortis causa donatio) İslâm hukukunda ilk dönemlerde görülen umrâ-rukba uygulamasına benzerliği bakımından kısaca değinmekte yarar görülen Batı kaynaklı bir hukukî müessesedir. Burada “bağışlayan” ve “bağışlanan” olmak üzere iki taraf vardır. Bağış-

⁸⁹ Henry Cattan, “The Law of Waqf, Origin and Development of Islamic Law”, **Law in the Middle East**, Vol. I, Majid Khadduri ve Herbert J. Liebesny (eds), Washington D. C.: The Middle East Intitute, s. 203 vd, s. 215.

⁹⁰ Karadeniz-Çelebican, **Eşya**, s. 180.

⁹¹ Karadeniz-Çelebican, **Eşya**, s. 180.

⁹² Bu ayırım *Gaius*'un *Institutiones*'inde vardır. Ayrıca bkz. Karadeniz-Çelebican, **Eşya**, s. 180. Gai. Inst. II, 60'tan aktaran, Johnston, **Trust-like Devices**, s. 52.

⁹³ Johnston, **Trust-like Devices**, s. 52; Karadeniz-Çelebican, **Eşya**, s. 297.

layanın, kendisine bağışta bulunandan önce öleceği varsayılarak kurulan bir işlem söz konusudur. O nedenle bağışlayanın en azından yakın bir ölüm tehlikesi içinde bulunması gerekirdi. Bu hâller arasında ağır hastalık, tehlikeli bir yolculuk ve savaş sayılabilir⁹⁴.

Ölüm şartına bağlı bağışlamanın bir şartlı bağış olduğu kabul edilebilir. Eğer bu şart geciktirici ise, bağışlayanın, bağışlanandan önce ölmesi ile bağış işlemi hüküm ifade etmeye başlar. Eğer bozucu ise, bağışlanan, hiçbir hukukî sebebe gerek olmadan, mala sahip demektir. Ölüm gerçekleştiğinde ise, malın geri dönüp dönmeyeceği açık değildir.

Lehine mal bağışlanan kimse, bağışlayandan önce ölürse, bağış ortadan kalkardı. Fakat malın bağışlayanın malvarlığına geri dönmesi istenirse, bunun ayrıca bir *stipulatio* ile belirtilmesi gerekirdi. Klâsik devirde ölüme bağlı bağışlama, muayyen mal vasiyetinden ayrılmıştır⁹⁵.

d. Precarium (İğreti) Akdi

Amacı farklı olmakla birlikte, âriyete benzeyen, fakat daha çok taşınmazlarda kullanılan ve eski bir işlem olan precarium akti, Roma hukukunun özgün yapısının ortaya çıkardığı bir hukukî işlemidir. Burada bir kişi, bir başkasına, bir malını veya mallarını geçici sebeplerle bırakmaktadır. Precarium'un âriyetten ayrıldığı nokta; bu işleme taşınmazların konu edilmesi ve zilyetlik durumunun taşıdığı özellikler⁹⁶.

Akdi en önemli özelliği, malını kullanılmak üzere ücretsiz/karşılıksız olarak bırakan kişinin, istediği zaman bunu geri alabilmesidir. Kendi-

⁹⁴ Johnston, **Roman Law**, s. 5; Oliver Wendell Holmes Jr, **The Common Law**, New Jersey 2005, s. 356. Malların, sağlararası bir işlemle (inter-vivos) ölüme bağlı olarak tasarrufa konu edilmesinde, vasiyeti tenfiz memurunun ilk şekilleri olarak mutemet mirasçı (heres fiduciorus) ve Salmannus ile ilişki kurulabilir (Reinhard Zimmermann, "Heres fiduciarus? Rise and fall of the Testamentary Executor", **Itinera Fiduciaie, Trust end Treuhand in Historical Perspective**, Ed. Richard Helmholz-Reinhard Zimmermann, Dunker&Humbolt . Berlin, 1998, s. 267 vd, s. 302; Macnair, s. 215). Ayrıca *donatio post obitum* kavramı için bkz. Zimmermann, s. 301.

⁹⁵ Koschaker-Ayiter, s. 421; Küçükgüngör, s. 209-211.

⁹⁶ Roma'da âriyet, kira gibi akitlerle zilyetlik geçmezdi. Çünkü zilyetlik zamaşımı ile birleşince ius civile mülkiyeti elde edilirdi. Zilyetlik Roma'da bir malı, malik olma iradesiyle ve kastıyla elde bulundurmak olarak anlaşılırdı (Koschaker-Ayiter, s. 125; Akıncı, s. 109-110).

sine precariumla mal bırakılan kişi (precarista) bunu elinde tuttuğu müddetçe başkası için zilyettir (vâzülyed). Preatorun koruma imkânlarından faydalanmakla birlikte, kendisinin, elinde bulunan mala zamanaşımıyla mâlik olması mümkün değildi. Precarista, zilyetlik iradesi olmadığı hâlde zilyet sayılmaktadır⁹⁷.

Precarium, başlangıçta devletin kişilere kullanmak üzere verdiği kamu arazilerinin hukukî statüsü için kullanılmakta idi. Toprağın mülkiyetine sahip olan devlet, dilediği zaman bunları geri alabiliyordu⁹⁸. Genellikle aile babasının uzun süreli yolculuğa çıkarken veya savaşa giderken mallarının yönetimini oğlu veya bir başkasına bırakması hâlinde kullanılmıştır. Precarium veren, geri döndüğü zaman malvarlığının yeniden kendisine dönebilmesi için, bırakmış olduğu kişiye güvenmeli idi. Çünkü Roma Hukuku'na göre bir mala uzun müddet mâlik olma iradesiyle zilyet olan kişi zamanaşımıyla (usucapio) söz konusu mala mâlik olabiliyordu. Bu nedenle bir malı precariumla elinde tutanın, usucapio ile mâlik olabilmesi yasaklanmıştır. Mâliki istediğinde malı geri vermez ise, precarium alan fesatlı zilyet hâline gelirdi⁹⁹.

3. Cermen Hukuku Kökenli Müesseseler

a. Kullanma/Kullanmalar (Use/Uses)

Batı'da vakfa, gerek Roma ve gerekse Cermen hukukunun en eski metinlerinden olan Salik (salic) hukukundan temel olabilecek bazı uygulamalar bulunmaktadır. Batılı hukuk tarihçileri Cermen hukukunun kökenlerinin Domesday Book'ta yer aldığını belirtmişlerdir¹⁰⁰.

⁹⁷ Koschaker-Ayiter, s. 125, 133, 221; Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 108. Bazı kaynaklarda bu durum anormal zilyetlik hâlleri arasında sayılmıştır.

⁹⁸ Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, (Der Yayınları), 2014, (Borçlar), s. 57.

⁹⁹ Erdoğan, **Borçlar**, s. 58.

¹⁰⁰ İngiltere'de 1085'te tahta çıkan *Kral William*'in yaptığı bir konuşmanın sonucu olarak, İngiltere ülkesindeki tüm kasaba ve sancaklardaki baronlar, legatesler ve yargıçlara bölgelerindeki tüm hükümleri, kararları ve hukukî kuralları (descriptio) toplamaları için bir görev yüklenmişti. Descriptio toplama çalışmaları sonucunda biri *Domesday Book*, diğ-

Eski Frankça *os* veya *oes* kökeninden gelen “*use*” ve “*ad opus*” kavramları “bir kimse adına, bir kimse yararına” anlamına gelmekte, günümüz İngilizcesi’nde “*use*” şeklinde kullanılmaktadır. *Ad opus*’un Fransızlaşma süreci takip edilerek, *al os* ve *ues*’in “*use*” (kullanım) şekline dönüşümü, Domesday kitabından izlenebilir. *Use*, terim olarak ilk kez Norman fethinden uzun zaman önce İngiltere’de kullanılmıştır. *Ad opus* ve *ad usum* terimleri, daha sonraları gelişigüzel kullanılmış olmasına rağmen, *ad opus*, söz konusu kelimenin, *kullanım*’ı (*use*) belirten orijinal şekildir. İngiltere’deki “kullanım” (“*use*”), mülkiyet masraflarının en düşük düzeyde tutulmasını ve malvarlığının etkin şekilde yönetilmesini amaçlayan bir uygulamadır¹⁰¹.

Ad opus, hizmet veya iş için vermek/almak; *ad usum* ise, kullansın diye vermek/almak anlamlarına gelmektedir. Genellikle bir kişinin, malını, bir başka kişiye vermesi için, bir üçüncü kişiye bırakmasını zorunlu kılan durumlarda kullanılır¹⁰². Doktrinde Cermen hukuku kökenli “*use*” kavramı ile Roma hukuku kökenli “*usus*”un farklı köklerden geldikleri ileri sürülmektedir¹⁰³. “*Use*”, bu şekliyle İngiliz trastının kaynağı kabul edilmektedir¹⁰⁴.

ri *Little Domesday* olmak üzere iki elyazması cilt hazırlanmıştır. İkincisi Essex, Norfolk ve Suffolk bölgelerine ilişkin olup, birincisi ise ülkenin geri kalanını kapsamaktadır. Bu derlemeler, İngiltere’nin tamamındaki toprak sahipleri ve bunların mâlik oldukları hayvanların kaydedildiği bir tür tapu defteri olarak da görülebilir. Doktrinde, toprak vergisi ve düzenini içeren Domesday Book tamamen anlaşılmadan, İngiliz hukukunun anlaşılamayacağı kanaati vardır (Frederick William Maitland, **Domesday Book and Beyond, Three Essays in the Early History of England**, Cambridge University of Press, 1921 (Internet archive-University of California). catalog.hohtitrust.org/record/007665364, (Essays), s. 1, 3. Ayrıca bkz. Hugh Kearney, **Britanya Adaları Tarihi**, Dört Ulusun Tarihi: İngiltere, İskoçya, İrlanda ve Galler, (Çev. Ö. U. Hoşafçı), İstanbul, (İnkılap Yayınları), 2015, s. 83, dpn. 2, 129, dpn. 1.

¹⁰¹ “*Use*” terimi ile “*fideicommissum*” aynı kökenden gelmiş değillerdir (Sir William Searle Holdsworth, **A History of English Law**, C. II, 3. Ed, rewritten, Mathuen & Cool, Ltd, 36 Essex Street, W. C, London, <https://archive.org/details/historyofenglish02holduoft>, s. 161, 165; Maitland, **Usus**, s. 127, 137). Ayrıca bkz. Loring and Rounds: *A Trustee’s Handbook* (2012), p. 1179-1186.

¹⁰² Somut örnekler için bkz. Maitland, **Usus**, s. 128.

¹⁰³ Doktrinde *use* ile *usus* kavramlarının birbiri ile aynı imiş gibi algılanmasının, kelimeler arasındaki ses benzerliğinden meydana gelen bir karışıklık olduğu belirtilmiştir (Maitland, **Usus**, s. 127).

¹⁰⁴ Jeffrey A. Schoenblum, “The Role of Legal Doktrine in The Decline of The İslâmic

Trastı anlamak için common law'ın ürünü olan, mülkiyetin tanıdığı kişisel çıkarlar ve yetkilerden (usus-fructus-abusus)¹⁰⁵ ayırıt edilmesi gerekmektedir. Trast, vasiyetçi (settlor) ile kayyım (trustee) arasında yapılan bir sözleşme türü olup equity hukukundan doğmuş bir müessesedir¹⁰⁶.

b. Trast

Trast doktrinde, temel özelliği “bir mal veya mal topluluğunun bir kişi (mâlik) tarafından diğerine taahhüt veya emanet edilmesi” olan bir hukukî işlem şeklinde anlaşılmaktadır. Kendisine taahhüt edilen kişi bu mülkü, kendisinden başka bir kişi/kişilere iletmek; bir başkası için elinde tutmak veya yararlanıcılar lehine bazı görevleri ifa etmek yükümlülüğü altına girmektedir. Fakat kendisi bundan yararlanamamaktadır¹⁰⁷.

İngiltere’de erken dönemlerdeki *use* kavramını, mutasarrıfın (köylü/serf) toprak üzerindeki kullanma yetkisi ile açıklayan görüşler de vardır. Mutasarrıfın toprağın kullanma yetkileri ve şekli, mâlik tarafından kendi aile fertleri lehine kısıtlanabilirdi. Bu durumda mutasarrıf, mâlikin aile bireylerine, genç çocuklarına veya bakmakla yükümlü olduğu kişilere

Waqf: A Comparison With the Trust, <http://www.questia.com/googleScholar.qst>, s. 1200; Macnair, “use” un tanımı yapılmak gerektiğinde mutlaka “A use is a trust or confidence ...” şeklinde bir başlangıç yapıldığından bahseder (Macnair, s. 213). Roma hukukunda *usus* kavramı için bkz. Karadeniz Çelebican, **Eşya**, s. 249-250. Ayrıca “*usus est dominium fiduciarium*” (usus, güvenin mülkiyetidir). *Fides*; başka birine karşı olan vicdanî bir yükümlülüktür (*obligatio conscientiae unius ad intentione alterius*) (Macnair, s. 214).

¹⁰⁵ Roma özel hukukuna göre mülkiyet, bir mal üzerinde mâlikine, kullanma (usus), semerelendirme (fructus) ve her türlü tasarruf etme (abusus) şeklinde üç yetki tanır.

¹⁰⁶ Macnair, s. 213.

¹⁰⁷ Johnston, **Trust-like Devices**, s. 45; Akgündüz, s. 60. Hukuk sözlüğüne göre trast “bir mülkün, aynı veya şahsî olarak, bir kişi yararına olacak şekilde bir başka kişinin elinde tutulması” demektir. Bu tanım aynı anda biri hukukî, diğeri hakkaniyetten kaynaklı iki menfaati birlikte içermektedir. Mütevellî (trustee), *hukukî kimliği* veya *menfaati* taşıyan taraftır; cestui que trust/yararlanıcı (beneficiary) ise, *hakkaniyet menfaatini* taşıyan taraftır. Eğitim, din, burs veya hayrî maksatla yapılan trastlara *charitable/public trust* denir. Bunun yanı sıra doğrudan doğruya veya açık (express/direct) trastlar, sağlararası (inter vivos), örtülü trastlar, sabit yatırım ortaklığı (fixed investment trust), nesil-atlama transfer trastı (generation-skipping transfer) gibi trast türleri de vardır (Tüm tanımlar için bkz. Steven H. Gifis, **Barron’s Legal Guides, Law Dictionary**, 5th ed, USA 2003).

karşı taahhüt altına girerdi. Bu taahhütlere örnek olarak, yıllık bir meblağ ödemek gibi belli yükümlenmeler gösterilebilir. Burada yararlanıcılar bir silsile hâlinde ebedileştirilmiş de olabilirdi¹⁰⁸.

Cermen hukukundaki vakfın kökeni diye incelenen yapıların bazı-
sında, mâlik malını, sınırlı bir süre için veya soyu tükeninceye kadar, belli
bir aileye tahsis etmektedir. Burada tüm aile fertleri maldan yararlanabi-
bildiği gibi, bazen mallar, sadece ailenin erkeklerine veya mâlik tarafın-
dan vasiyetnâmeyle belirlenmiş fertlerine özgülenebilirdi. Belli bir aile
yararına özgülenen mal satılamaz, devredilemez, bağışlanamaz ve mirasa
konu olamazdı. Hukukçular, bunun hukukî niteliğini ortaya koymaya
çalışmışlardır. Trastın kökeni olarak sunulan use uygulamasında malın
verildiği kişinin yönetim becerisine sahip bulunması şartı aranırdı. Ancak
bu yeterli değildir. Devletin de servet yönetimine ilişkin hukukî esasları
belirlemesi gerekirdi. Aynı dönemlerde rahipler tarafından belirlenen
mal yönetimine ait kuralların, kiliselere mal bağışlayanların bu malları-
nın karşılıksız olarak edinilmesinin aracı olarak kullanıldığı görülmüştür.
Ancak trast kurumu, kaynaklandığı seküler ortam ve şartların da etkisiyle
kişisel ve toplumsal servet yönetiminin ihtiyaç duyduğu değişikliklere
uğrayarak günümüzdeki şeklini almıştır. Kısacası trast hukukunun doğa-
sı, dinî değil; aksine sekülerdir¹⁰⁹.

Cermen Hukuku kaynaklı trust (*treuhand*) ile Roma Hukuku kaynaklı
fideicommissum arasında mevcut olan benzerliklere rağmen işlevsel bakı-
mdan bazı farklılıklar da vardır. Örneğin *fideicommissum*, hukuken ehliyet
yaşı gelmemiş küçükler ve akıl hastalarının mallarının yönetilmesi maksadı-
yla bir kişi tarafından elde bulundurulması anlamında kullanılmazdı¹¹⁰.

Dinî nedenlere (*pieae causae*) dayalı olarak trast yapılması uygu-
laması Kilise tarafından başlatılmıştır. Kilise mensupları inananları,

¹⁰⁸ Maitland'in yaklaşımı için bkz. Cattan, s. 213.

¹⁰⁹ Örneğin "Restatement (Third) of Trust (Trastın Yeniden Yapılandırılması), § 227, 1992" ile ilgili mevcut olan bir çalışma buna örnek gösterilebilir. Bir diğer örnek, trastın, ülkeye sermaye çekmek ve refah artışı sağlamak için bankacılık sektöründe kullanılmasıdır (Schoenblum, s. 1201).

¹¹⁰ Roma Hukuku'nda bunun için *tutor*'luk (vasi) veya *curator*'luk (kayyım) rejiminden yararlanılırdı (Johnston, **Trust-like Devices**, s. 48).

âhirette kurtuluşa ermek için servetlerinin bir kısmını karşılıksız olarak bağışlamaları konusunda teşvik etmişlerdir. Sonrasında hayrî maksatlarla yapılan vasiyetlere ve hayır amaçlı kurum ve kuruluşlara devlet tarafından birçok ayrıcalık tanınmıştır. Ancak bu ayrıcalıklar özel vasiyetler için söz konusu değildi. Hayrî vasiyetlerde birçok açılardan belirsizlik olduğu için müessesenin başarılı olabilmesi, her zaman hukukî düzenlemelerle bu belirsizliklerin giderilmesine bağlı kalmıştır. Bu nedenle Batı hukukunda bir hayrî vakıf kavramı (foundation concept) ancak on ikinci yüzyıldan yirminci yüzyıla kadar yerleşmiş ve gelişmiştir¹¹¹.

c. Trast ve Vakfın Karşılaştırılması

Fideicommissum ile use kavramlarının birbirinden tamamen farklı olguları ifade ettiğini savunan tezlerin temel çıkış noktası, bu iki müessesenin doğuş amaçlarının farklı olmasıdır. Benzer şekilde İslâm vakfının ortaya çıkış gâyesi düşünüldüğünde, gerek fideicommissum gerekse de use ve diğer benzer araçlardan çok farklı olduğu görülmektedir. Bu durumda vakfın kökeninin use/fideicommissum olduğu düşünülemez.

İslâm vakfına konu olan maldaki mülkiyetin parçalanarak kuru mülkiyet ile yararlanmanın birbirinden ayrılması; mal topluluğunun kuru mülkiyetinin¹¹²/tedavülünün durdurulması; vakfedenin, maldaki intifa yetkisini sadece yararlanıcılara vermesi ve vasiyet yapanın yararlanma hakkını, gelecekte bir silsile hâlindeki yararlanıcılara temlik etmesi özelliklerinin İngiliz “use”unda da mevcut olduğu görülmektedir. Hukukî işlemin tarafları da birbirine benzemektedir. Örneğin vâkıf yerine “settlor”; mütevellî yerine “feoffee” ve yararlanıcılar yerine de “beneficiaries” vardır. Fakat bu benzerlikler, sözü edilen müesseselerin birbirinden türemiş olduğunu söylemek için yeterli gibi görünmemektedir.

İki müessesenin birbirinden belirgin olarak ayrıldığı noktaların başında İngiliz hukukunda “yasal mülkiyeti elde bulundurma (legal estate)”nın mütevellîde olması gelmektedir. Doktrinde genel olarak

¹¹¹ *Piae causae* (*pious causes*) ifadesi Iustinianus’un Codex kısmında yer almıştır (Richter, s. 428). *Robert Feenstra*’nın yaklaşımı için bkz. Richter, s. 429.

¹¹² Burada malın rakabesi/ashi, anamal (Corpus) kelimesi ile ifade edilmiştir (Cattan, s. 212).

mütevellînin, “trastın mâlikî” olduğu kabul edilmektedir. Oysa Osmanlı vakıflarında mütevellî mâlik değildir. Çünkü vakfedilen mal Allah’ın mülkü hükmünde olmaktadır¹¹³.

Vakfi trasttan ayıran bir diğer fark, süresi ile ilgilidir. Bir vakfın süresiz olması; süreklilik taşıması geçerlilik şartıdır. Buna karşın trastlar kural olarak ebedî olamaz. Ancak en önemli fark amaçla ilgilidir. Bir trast her hangi bir hukukî ve meşrû amaç için kurulabilir; bir vakıf ise, hayra niyet edilerek yapılmalıdır. Aile vakfı bile olsa nihaî gâye, soy tükendikten sonra müessesenin hayrî bir gâyeye hizmet etmesidir¹¹⁴.

Bir başka açıdan İslâm vakıf kurumunun sistemleşmesi, tarih itibariyle İngiliz “use”undan daha öncesine dayanmaktadır. Kronolojiye bakmak bile “use”un, hayrî amaçlı trastlarda kullanılmasının İslâm huku-kundan ilham alınarak oluşturulduğunun bir kanıtıdır.

“Use” kavramının, vakfa göre daha yeni bir uygulama olması hukuk tarihçilerini, batı hukuk tarihinde mevcut ve ondan daha eski olan bir uygulama aramaya sevk etmiştir. “Use”un ilk şekilleri araştırılmış ve “*bir kişinin, bir başkasının malını, bir başka kişi yararına olacak şekilde taşıması/iletmesi*” uygulamasının Cermen soylu kabileler arasında dahi bilindiği görüşü ortaya atılmıştır. Görüşü ileri sürenlerin üzerinde durdukları husus, bir kişinin bir diğer kişiye bu işi yüklerken duyduğu güvendir¹¹⁵.

ç. Salic Salmannus

Batı hukuk doktrininde vakfın kökeni konusunda on dokuzuncu yüzyılın sonunda, *Frederic William Maitland* ile *Oliver Wendell Holmes* tarafından yayınlanan ve trastı, Salic Salmannus temeline dayandıran, dönemine göre yeni bir düşünce ortaya atılmıştır¹¹⁶.

¹¹³ *Bilmen*’in tanımı için bkz. aşağıda s. 47, 55.

¹¹⁴ Cattan, s. 212.

¹¹⁵ Cattan, s. 215.

¹¹⁶ Gaudiosi, s. 1242-1243.

Sözü geçen araştırmacılara göre, madem ki vakfın kökenine Roma hukukunda rastlamak mümkün değildi; o hâlde, bu müessese İngiliz common-law hukuk ailesinin bir ürünü olmalıydı. İngilizcede *fideicommissum*'a karşılık olabilecek en uygun sözcük *trast*'tır¹¹⁷.

Beşinci yüzyıl Salic hukukunda¹¹⁸ “salmannus” veya “saleman” olarak bilinen bir üçüncü şahıs, malın mülkiyetinin devrine (transfer) yardım eder veya aracılık yapardı. Hattâ bu devir işleminin salmannus sayesinde yapıldığı söylenebilir. Mal -ömür boyu yönetmek veya kişi öldükten sonra onu devir ve temlik etmek gibi- önceden belirlenmiş bir amaç için salmannusa devredilirdi. Bu çoğunlukla bir mirasçı tayini veya kabulü ile ilgili durumlarda olurdu¹¹⁹. Common-law hukuk sisteminde bu işlemin amacı, büyük toprakları bir arada, bölünmeden ve yabancıya gitmeden asil ailelerde uzun süre muhafaza etmektir¹²⁰.

Holdsworth salmannusu, vasiyeti tenfiz memurunun atası ya da ilk biçimi olarak tanımlamıştır¹²¹. Ayrıca tıpkı “use” gibi teminat (emanet) ve aracılık (acentelik) müesseselerinin kökeninde de Cermen Hukuku'ndaki bu uygulamanın yattığına değinmiştir. Tımar sahibinin tasarruf hakkı (use) gibi salmannus da malı “başka birinin hesabına veya başkasının

¹¹⁷ Johnston, **Roman Law**, s. 1.

¹¹⁸ *Salic Kanunu (The Lex Salica)* veya Code of the Salic Franks (A. D. 500 dolayları) bir Germen kabilesi olan Salian Franklarının, hizmetkârları öldürenleri konu edinen ilkel bir hukuk kodudur. Bu kanundan hareketle ilk vassalların ev hizmetkârları veya derebeyinin adamları olduğu düşünülmüştü. Ancak sonraki araştırmalar bunların da hür olmayan ve bağlılık taşıyan savaşçılar olduklarını göstermiştir. Zamanla vassallık üst tabakalara sirayet etmiş, dükler ellerini kralın elleri üzerine koyarak, bağlılık sözü verirdi. Lex Salica, on sekizinci yüzyılda *Chlodvig* tarafından resmen ilân edilmiştir. *Salman*, bir alternatif İngilizce yazımdır. Cermen teriminin aslı, *treuhand*'dir (Maitland, **Uses**, s. 129; Holmes, s. 357, 407; Holdsworth, 410-411; Umberto Eco, (Çev. L. Tonguç Basmacı), **Ortaçağ-Barbarlar, Hıristiyanlar, Müslümanlar**, 3. Baskı, İstanbul, (Alfa-Tarih Yayınları), Kasım 2014, s. 214. Johnston, **Trust-like Devices**, s. 48. Kanunun tarihi, bazı kaynaklarda M. S. 510 olarak bildirilmektedir (Eco, s. 213).

Ayrıca bkz. A Panorama of the World's Legal Systems, XII, Germanic Legal System, s. 835-836. Lex Salica ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Br Simon Stein*, Lex Salica I ve II, **Speculum A Journal of Mediaeval Studies**, Vol. XXII, April 1947, No: 2.

¹¹⁹ Maitland, **Uses**, s. 129.

¹²⁰ Johnston, **Roman Law**, s. 2.

¹²¹ Bunun vasiyeti tenfiz memuru ile ilişkisi için bkz. Zimmermann, s. 302.

kullanımına” olmak üzere elinde tuttuğunu (vâzüyed) bilerek kendine düşen güven borcunu ifa ederdi. Ama hukuken görünüşte mâlik olurdu¹²².

Yukarıda sözü geçen görüşe karşı olan bilim adamlarına göre Saxonlar veya Normanlar arasında salmannusun, malın mülkiyetinin devrinde kullanılması, Orta Çağ İngilteresinde alışıldık bir yöntem değildi. Benzer şekilde on üçüncü yüzyıl İngiliz hukuk tarihçileri gibi *Bracton*¹²³ (1210-1268) da, malvalığının devri yöntemlerini karşılaştırıp tanımlamasına rağmen, salmannustan hiç bahsetmemiştir. İngiliz trastonun ilk adlandırılması daha sonraki bir tarihte gerçekleşmiş olmalıdır. Fransisken keşişlerinin¹²⁴ “uses”ı geliştirmeleri on üçüncü yüzyıla rastlamaktadır. İngiltere’de vakfa ilişkin kayıtlı ilk örnek olaylardan biri, 1224 tarihinde *Bracton*’un bizzat yaptığı use uygulamasıdır. *Bracton* Kutsal Ülke’ye gitmeden önce kendi topraklarının idaresini, çocuklarının kullanımı (uses) için muhafaza etsin diye, erkek kardeşine taahhüt etmiştir. Bundan sonra on üçüncü yüzyılın ikinci çeyreğinde, Fransisken keşişlerin kullanımına verilen (uses) arazi örneklerine rastlanmaktadır¹²⁵.

d. Cestui Que Use (Cestui que use le feoffment fuit fait)

aa. Genel Olarak

Fransisken keşişlerinin İngiltere’de gelişmesine büyük katkıda buldukları use’un, vakfın kaynağı bağlamında değerlendirmeye alınan

¹²² Holdsworth, s. 412; Holmes, s. 357; Frederick William Maitland, **Equity Also the Forms of Action at Common Law**, CUP Archive 1913, <https://books.google.com.tr/books?id>, (Equity), s. 29. Ayrıca bkz. B. Köprülü, s. 487; Ahmet Esat Arsebük, **Medeni Hukuk**, Ankara 1938, s. 302. “Use” ile “trust” arasındaki ilişki için bkz. Macnair, s. 213.

¹²³ *Henry de Bracton*, hem din adamı hem de hukukçudur.” De Legibus et Consuetudinibus Angliæ” (İngiltere’de Kanunlar ve Gelenekler Üzerine) adlı çalışması, hukuk tarihi bakımından çok önemlidir (Bracton Online home page, Harvard Law School Library, <http://bracton.law.harvard.edu>). Ayrıca bkz. Cattan, s. 213.

¹²⁴ Fransisken tarikatı ve rahiplerinin İngiltere’ye giriş ve yerleşme süreçleri hakkında bkz. Kearney, s. 102 vd.

¹²⁵ Cattan, s. 213.

eski hukuk uygulamaları arasında İngiliz kullanma hakkı olarak bilinen "toprağı elde tutma ve kullanma" ile bağlantılı olduğu görülmektedir.¹²⁶ Kendisine bir arazinin kullanımını bağışlanmış olan serf (terre-tenant), araziye bir başkasının "cestui que use"¹²⁷ (feodal beyin belirlediği kişiler) adına ve yararına, ayrıca toprağı kendisine veren toprak sahibinin talimatlarına uygun şekilde kullanacaktır. Burada kullanıcı da aslında mâlik değil, bir nevi yararlanandır. Fakat kullanan, aynı zamanda toprağı işleyendir. Yararlanıcılar ise, işleme işine karışmazlar, sadece toprağın işlenmesinden elde edilen gelirlerden yararlanırlar.

İngiliz toprak hukukuna ait fakat günümüzde terk edilmiş olan bu uygulama, tumar sistemindeki tasarruf yetkisine bir miktar benzemektedir. Dönemin toprak hukukuna göre, şeklen malın mâliki olan kişi; yani, feodal bey, bir başka kişiye (tumar sahibi/tasarruf hakkı sahibi/feoffee), o mal üzerinde mutlak ve geçerli bir yararlanma hakkı tanırdı. Böylece tumarı fiilen kullanan (feoffee), tumarı veren kimsenin sahip olduğu mülkiyet hakkının sunduğu tüm yetkileri kullanmaya haklı kılınırdı.¹²⁸ Ancak tumarı kullanan, kullanımdan doğan tüm haklarını, mâlikin koyduğu sınırları gözeterek ve onun tarafından belirlenen kişiler varsa (cestui que use) bunların yararına kullanmakla yükümlü idi. Genellikle mâlikin eşi, çocukları veya üçüncü kişiler lehine yüklenen taahhütler, kullanıcı tarafından ifa edilmek zorunda idi.¹²⁹

¹²⁶ Brown, **The Ecclesiastical Origin of the Use**, 10 Notre Dame Law. 353, 353 (1935)'den aktaran Gaudiosi, s. 1240.

¹²⁷ Okunuşu, (setikeyyuz) biçimindedir. Ancak "cestui que trust" şeklinde de kullanılmaktadır. Bu kişi "Yararlanıcılar lehine bir kullanım hakkı (use) tesis eden kimsedir". Kullanım hakkının (use) oluşturulması, tarafların hakları ve sorumlulukları hakkında daha fazla bilgi için bkz. Holdsworth, s. 421-443; Maitland, **Uses**, s. 131; Maitland, **Equity**, s. 31.

Günümüz hukuk sözlüğünde ise, "cestui que trust" sözcüğünün karşılığı, vakıfta yararlanıcılarıdır. "Cestui que use" ise, genel olarak toprağı kullanan kişidir. Başka bir ifade ile birinin elinde bulundurduğu malı kullanan ve ondan yararlanan kişidir (Steven H. Gifis, **Barron's Legal Guides, Law Dictionary**, 5th ed, USA 2003).

¹²⁸ Holdsworth, s. 435; Maitland, **Equity**, s. 30; Holmes, s. 357. İngiliz toprak kullanımı hukukunun, Hindistan'daki Anglo-Hindu hukuku ile mukayesesi için bkz. David Pearl-Werner Menski, **Muslim Family Law**, Third Ed., Sweet and Maxwell, Londra 1998, s. 492.

¹²⁹ *Feodalizm*; erken Orta Çağ'da ortaya çıkmış olan, Frank vassal sisteminden itibaren Roma, Germen ve Kelt geleneklerini kaynaştıran askerî bir hizmeti ifayı da içeren hukuki bir yapıdır. Bu sistem, bir mülkün geçici şekilde bahşedilmesiyle oluşur (benefi-

bb. İşlem Şekli ve Tarafları

Cestui que use uygulamasında mâlik, belli bir süre uzak bir yere gidecekse, malının kullanımını bir arkadaşına ya da yetkin ve tecrübeli bir kişiye devreder. Fakat bu arada geride bıraktığı ailesi, eşi ve çocukları veya üçüncü kişilerin yararlanmasına sunması konusunda onu yükümlü kılar. Arazi kiracısı olarak da düşünülebilen bu kişi aynı zamanda, toprak ağası olan lorda karşı feodal vergi ve yükümlülükleri olan kişidir. Bu hukukî işlemde yararlanıcı konumunda olanlar ise, lorda karşı her hangi bir feodal borçla yükümlü olmayan kişilerdir (*cestui que use*)¹³⁰.

Cestui que use uygulaması için doktrinde altı farklı kullanım örneği verilmektedir. İlk örnekte M (Marcus), malı D (David)'ye devreder. Ancak devir sırasında malın (D)'nin yararına/kullanımına değil, "farklı bir amaç için" diye belirtmek suretiyle (D)'ye bu amacı gerçekleştirmek görevi yükler. Burada sözü edilen farklı amaç, bir görevin ifası olabileceği gibi, kiraları, üçüncü bir şahsa verilmek üzere toplamak da olabilir. (D), burada hukukî bir araç/aracıdan başka bir şey değildir¹³¹.

İkinci örnek kadınların da cestui que use'a katılabildiğini göstermektedir. Margaret (M), arazisini David (D)'in kullanımına sunmak üzere Charles (C)'a, şartlı bir şekilde bağışlamaktadır. Bu olayda (D),

cium/feudum). Ancak feodalizm terim olarak Orta Çağ'da bilinmemekte idi. Sonrasında çiftçiler için genelde ağır şartlar yaratan belli yetki alanlarına ve ekonomik gelirlere sahip mülk anlamına gelen *feudum* ile ilgili derebeylik hakları için kullanılmaya başlanmıştır. Kralın bağlıları ilk zamanlar savaşçı-ev hizmetkârları iken; sonradan giderek terfi etmişler ve toplumsal seviyeleri yükselmiştir. Örneğin 742-814 tarihleri arasında Kral Şarlman döneminde kralın vassalları (vasi dominici) arasında kontlar, dukler, markiler, piskoposlar, başkeşişler bulunmakta idi. Bunlar, özel orduları ile iktidara destek sağlardı. Fransız Devrimi'nden sonra feodalizm tâbiri, eski düzene ait ve kötü olan her şeyi kapsayacak bir genellik ve muğlaklık kazanmıştır (Eco, s. 212, 215). Türk toprak sistemi ve dolayısıyla serf ve toprak ağasının konumları, ortaya çıkış şekilleri bakımından Avrupa'dakinden farklıdır (Arsal, s. 371).

¹³⁰ Mâlik genellikle Haçlı Seferleri'ne katılacağı zaman veya iş ya da macera aramak için krallığından uzun süre ayrılacağı zaman bu hukukî işlemi kullanırdı. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alan Watson, **Society and Legal Change** (2nd Ed) Philadelphia DA, USA: Temple University Press, August 2001, Legal Scaffolding Bölümü.

¹³¹ Derek Roebuck, **The Background of the Common Law**, Second Edition, Oxford University Press, 1990, s. 75.

yararlanma mâliki (beneficial owner) olmakta, (C) ise malı (D) yararına fiilen idare ederek (mütevelli) fiilen kullanmaktadır. (M), hiçbir şekilde (D)'nin mülkiyet durumunu değiştirip eksiltememektedir.

Üçüncü örnek mirasla ilgilidir. Muris Mariam (M) mallarını, kendisi öldükten sonra yasal varisi olan Vesley'i (V) atlayarak daha genç olan John'a (J) vermek ister. Bu nedenle kullanımını –yararları (V)'ye aktarması şartıyla- Albert'a (A) vererek bağışlar. (A), burada sadece hukukî mülkiyete (legal estate) sahip olmaktadır. (V)'nin mülkiyet durumu değişmez ve eksilmez (owner). Fakat menfaatler (J)'un da kuyrukta bulunduğu bir silsilenin olur. (A) ise, hukuken malik olmakla birlikte, basit bir ücrete hak kazanır.

Dördüncü örnekte İngiliz hukukunun ikili karakteri ön plâna çıkmaktadır. Melissa (M), eğer equity law anlamında bir mülkiyet için vasiyet yapmak isteseydi, malı kendisinin (M) yararına kullanması için William'a (W) verebilecekti. (M) öldüğünde malın mülkiyeti mirasçılarına geçmeyecek ve (W) tarafından, (M) nereye vasiyet ettiyse oraya aktarılacaktı. Bu yöntemle (M), ölümünden sonrasına yönelik gizli isteklerini, ölüp de vasiyeti açılana dek saklayabilirdi. Bu, en büyük çocuğun vasetini engellemek için kullanılan bir yoldur.

Beşinci örnek on beşinci yüzyılın ortalarında "uses"ın çok yaygın olduğu dönemlerle ilgilidir. Burada her ne kadar niyeti ispat etmek mümkün değilse de tahmin etmek hiç zor değildir. Equity hukuku bakımından eğer Bill (B), Lucia'ya (L) bir arazi *bağışlarsa*, (L)'nin equity hukukuna göre, "belirsiz kullanımlar için" (uses) tımarcı (feoffee) olarak atandığı varsayılırdı. Eğer (B), burayı (L)'ya sattıysa, fakat tımar ilişkisinin normal prosedürünü izlemeyip devri tamamlamadıysa, (L) hukukî mâlik (legal estate) olamazdı. Fakat hakkaniyete göre (B), tarlayı (L)'nin yararlanıcılığına (cestui que use) dayanarak elinde tutan durumunda olurdu.

Altıncı örnek kalıpta Holmes (H), araziyi, Betty'nin (B) kullanması için Simon'a (S) aktarır. Bu olayda (S) kullanmanın mutasarrıfı/tımarcısı (feoffee of uses); (B), arazi kendisi yararına kullanılan kişi (cestui que

use/feoffen use) konumundadırlar. Sonuçta bu hukukî araç, yararlanma mülkiyetini, hukukî mülkiyetten ayırmaktadır¹³².

cc. Cestui Que Use'un Vakıfta Kullanılışı

Cestui que use ilişkisi kullanılarak, avukatlar ve diğer kuruluşların birlik (corporation) adı altında, görünüşte kiliseye bağlı olmayan tarikatler/cemaatler şeklinde yapılarak sözü geçen kilise topraklarında yaşamalarına izin alınmasının yolu açılmıştır¹³³.

Mülkün (malın) etkin bir şekilde yönetilmesi için aktif trastlar da yapılarak -örneğin yararlanan, haçlı seferlerindeyken- mülkünün yönetimi bu trastlar¹³⁴ yoluyla sürdürülmüştür. Trast ticarî maksatla da kullanılan bir araçtı. Ancak dikkat edilecek olursa buraya kadar sayılan örneklerde yoksulların karşılıksız yararlanması gâyesiyle kurulmuş bir yardım kuruluşu fikri henüz topluma yabancıdır. Burada gâye, toprak ağası (feodal bey), süresi belirsiz bir yolculuğa çıktığı zaman, geride bıraktığı toprağının ve malının idaresinin sağlanmasıdır. Bu yönü ile trastın ilk biçimleri, precarium'a benzetilebilir.

On ikinci yüzyıldan sonra amacı kilise, hastane veya manastır gibi süreklilik taşıyan bir müessese yaptırmak olan kişiler çoğalmıştır. Bunlar söz konusu malı önce kendi mameleklerinde oluşturup, hazır hâle getirmeliydi. Ardından kendi öldükten sonra da malının aynı amaca tahsisinin

¹³² Açıklanan altı örnek için bkz. Roebuck, s. 75-80.

¹³³ Maitland, s. 227'den aktaran Gaudiosi, s. 1241.

¹³⁴ Devletler Özel Hukuku La Haye Konferansı'nın hazırladığı "Trasta ve Trastın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon"un 2'nci maddesine göre trast, trast veren (settlor/güvenen) adı verilen bir şahsın, muayyen bir amacı gerçekleştirmek veya muayyen menfaatlerin temini düşüncesi ile, malvarlığına dâhil bir şey veya hakkı sağlar arası veya ölüme bağlı bir tasarrufla "trast verilen" veya "trustee" adı verilen bir şahsın idaresine bırakmasını içeren hukukî ilişkiler toplamını ifade etmektedir. Konvansiyonda trasta uygulanacak hukuk ve unsurlarına da yer verilmiştir (Cemal Şanlı, "Devletler Özel Hukuku La Haye Konferansı'nın Hazırladığı "Trasta ve Trastın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon" Üzerine Bir İnceleme, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmhb/article/download/3649/3232, s. 24-30, s. 25).

sürmesi için güvendiği bir kimseye malı devretmeliydi. O da aynı şekilde kendisi ölünce aynı gayeye sarf edilmek üzere üçüncü bir kişiye daha devrederdi. Böylece devir işlemlerinde süreklilik sağlanmış olmaktadır.

Söz konusu işlem sırasında mallara bir tüzelkişilik verilmediği gibi, müessesenin sürekliliğinin sağlanması konusunda her hangi bir güvence de yoktur. Her devir işleminden sonra, yeni devralan “mâlik” olduğundan, malda dilediği gibi tasarrufta bulunabilirdi. İkinci, üçüncü ve diğer devir işlemlerinin, mal sahibi/vakıf kuranın yaptığı ilk devir işlemi ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Ayrıca mirasçılar veya alacaklıların her zaman bunlar üzerinde hak iddia etmesi mümkündür¹³⁵.

çç. Ölü El (Dead Hand) Uygulaması

Aynı dönemde vakfedenin yukarıdaki sakıncaları gidermek ve sürekliliği sağlamak için izleyebileceği bir başka yol daha kullanılmaya başlanmıştır. Buna göre vakfeden, malını yaşayan bir insana değil; Allah (Îsâ/Meryem) veya ölmüş olan azizlerden birine bağışlamaktadır. Ancak gene bunlar adına malı idare edecek, yaşayan bir kişi olmalıydı. Zamanla bu idareciler, malları kötü niyetle kendi çıkarlarına âlet edebilmişlerdir. Bunun üzerine; “malların yararlanacaklara devri” gibi bir üçüncü yol denenmiş ise de o da müesseseyi suiistimâlden kurtarmaya yetmemiştir¹³⁶.

Orta Çağ'da Kilise'nin elinde çok geniş topraklar toplanmıştı. Kralar bu durumu kendi egemenliklerine karşı bir tehlike olarak algılamışlardır. Bu algının oluşmasında kilisenin de büyük payı vardır. O dönemde İngiliz hukuk uygulamasında, bir kişinin öldükten sonrası için, bir gayrimenkulünü veya mallarının tümünü kiliseye bağışlaması şeklinde yaygın bir âdet ortaya çıkmıştı. Kilise asla ölmeyeceği için, toprak da ondan asla ayrılamayacak; hiçbir zaman, ölmüş olan sahibine geri dönemeyecekti. Buna “mortmain” veya “dead hand” (ölü el) denmektedir¹³⁷.

¹³⁵ B. Köprülü, s. 487; Arsebük, s. 303.

¹³⁶ B. Köprülü, s. 487.

¹³⁷ Doktrinde “dead hand” tabiri ile kastedilen iki farklı anlam olduğu ileri sürülmektedir. Bir görüş, malının kiliseye verilmesi arzusunun *vasiyetinde* dile getiren kişinin durumunu; diğeri ise, kilisenin gerçek bir kişi olmaması sebebiyle asla ölmeyeceğinden dolayı topra-

Bu uygulama çok eskiden ölmüş bir kişinin, ölümünden sonrasında şart koşarak malını kiliseye bağışlaması, araziye öldükten sonra dahi hükmetmesi ve nasıl kullanılacağını dikte ettirmesi anlamına geldiği için, hukukçularca ayrıca eleştirilmiştir. Krallar bu duruma bir son verebilmek için çeşitli kanunnameler yapmak yoluna gitmişlerdir. Bu bağlamda İngiltere’de *Mortmain Statüsü* adıyla bilinen kanun yapılarak kilisenin elinde büyük miktarda arazinin toplanması engellenmek istenmiştir (I. Edward-1239-1307). Kilisenin mallarına, bu kanuna göre el konmuş veya eski statüleri kaldırılmıştır¹³⁸.

Ölü el uygulaması, ailede miras olarak kalabilen tam mülk topraklar ile mutasarrıfı (kiracısı) öldüğünde toprak ağasına/krala geri dönen tasarruf hakları gibi normal yöntemlerden farklılık arz etmekte idi. Mortmain Statüsü’nden önce büyük miktarda arazi, onu asla serbest bırakmayacak/terk etmeyecek olan kiliseye bırakılmıştı; yani mülkiyete ilişkin tasarruf yetkileri kilisede hapsedilmişti¹³⁹.

Mortmain Statüsü’nden (1279) önce kiliseye bırakılan geniş araziler, yüzyıllar boyunca kilise ile krallık arasında bir çekişme kaynağı olmuştur. Bu statü ile birlikte, kraliyet izin belgesi (lisans) olmadan kiliseye toprak bağışlanamayacağı veya verilemeyeceği kabul edilmiştir¹⁴⁰.

1535’te “Kullanma Hakkı Kanunu’nun (*Statute of Uses*) kabulüne kadar vakıf veya trust yerine yaygın olarak “kullanmalar” tabiri vardı. Bu kez Mortmain Statüsü’nün kısıtlayıcılığını aşmak isteyen keşişler “cestui que use”dan yararlanabileceklerini düşünmüşlerdir. Bunu, bir tür “mevcut kuralların sınırlamalarını dolanma yöntemi” olarak kullanmışlardır. Doktrinde bu müessesenin ilk kez on üçüncü yüzyılda, İngiltere’de Katolik Fransiskan keşişlerince uygulandığı kabul edilmektedir¹⁴¹.

ğın bu şekilde bir “ölü el”e bırakılamayacağı olgusunu ön plâna çıkarmaktadır (Encyclopedia Britannica, 11th ed., Cambridge University Press).

¹³⁸ Richter, s. 427 vd, s. 446. 1086’ya kadar İngiliz tımarlarına sahip yirmiden fazla Norman manastırı bulunmakta idi (Kearney, s. 103).

¹³⁹ Maitland, *Uses*, s. 135; Macnair, s. 215.

¹⁴⁰ global.britannica.com/topic/Statute-of-Mortmain

¹⁴¹ Cattan, s. 213. Ayrıca bkz. Encyclopedia Britannica, 11th ed., Cambridge University Press. Ayrıca bkz. Kearney, s. 120.

Hukuk sistemi içerisinde keşişlerin durumunu düzenleyen kurallara göre, bunlar her ne kadar kanunen mal sahibi olamazlarsa da “kullanma hakkının lehdarı” olabilirlerdi. Lehdar, tüm faydalardan yararlanmasına rağmen, mâlik olmadığı için mülkiyetin getirdiği borçlar ve yükümlülüklerden sorumlu olmazdı. Kullanım hakkı lehdarlığı bu yönüyle, kısa süre içinde başka konularda da yaygın bir kullanım alanına sahip olmuştur¹⁴².

4. İspanya’da Vakfın Kökeni

İspanya’da vakfın gelişimi daha farklı bir süreç izlemiştir. Bu coğrafyada Endülüs devrinde (yaklaşık 700’ler) İslâm hukuku egemen olmuştur. Avrupa’da İspanya’nın, İslâmiyet ile olan yakın teması nedeniyle, vakıf sistemi bakımından özgün nitelikleri vardır. Bu ülkedeki ilk vakıf şekillerinin çoğu, Orta Çağ’ın başlarında asil aileler tarafından kurulan müesseselerdir. Aileler, genellikle rahip olan genç oğullarına gelir sağlamak gibi bir amaçla bu tür bir müessese kurarlardı. Vakfın yöneticisi, bir toprak ağası ya da aile meclisi tarafından atanırdı. Daha sonraları krallar veya ticaret şirketleri de, yöneticisini kendilerinin belirledikleri, benzer müesseseler kurmuşlardır. Söz konusu kurumlar, uzun yıllar devam etmek üzere kurulduklarından, ülkenin değişen ekonomik ve sosyal şartlarından etkilenmeyecek şekilde bir muhafazakârlığa sahip olmuşlardır¹⁴³.

Örneğin, Granada vakıfları bu kentin 1492’de fethedilerek İspanya’daki 781 yıllık İslâm egemenliğine son verilmesinden sonra, kiliselerin yönetimi tarafından tescil edilmiştir. Fakat sonraki dönemlerde bunların şu an ne durumda olduğunu vakfiyelerden anlamak mümkün değildir¹⁴⁴. İspanya’dan başka, Kuzey Afrika’da da, vakıf binalar ve üzerinde yer alan çok sayıda vakıf kitabeleri bulunmaktadır.

¹⁴² Cattan, s. 213.

¹⁴³ Gonzalo Crespi De Valldaura, “The System of Foundations in Spain”, **Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu Kitabı**, T. C. Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü (15–17 Aralık 2003), Ankara 2004, s. 153.

¹⁴⁴ Maya Schatzmiller, “Islamic Institutions and Property Rights: The Case of the ‘Public Good’ Waqf”, **Journal of Economic and Social History of the Orient (JESHO)**, 44, 1, (Bu çalışmanın ilk şekli 1994 MESA yıllık konferansında okunmuştur), Koninklijke Brill NV, Leiden, 2001, s. 50.

5. İngiliz Hayrî Trastının Kökeninin İslâm Vakfı'na Dayandırılması

Baskın teorilerdeki eksiklikler ve vakfiyeler karşılaştırıldığında İslâm vakfına olan benzerlikler bazı hukukçuları, İngiliz hayrî trastının kökenini İslâm hukukunda aramaya yöneltmiştir¹⁴⁵. Günümüzde artık bu bağlantı, farklı bilim dallarında yapılan araştırma ve ortaya konulan eserlerde açıkça dile getirilmektedir¹⁴⁶. Çünkü gerçekten de tarihte Avrupa ve Müslüman dünyanın Haçlı Seferleri sırasında bir arada buldukları bilinmektedir. Toplumlar arası etkileşimin kaçınılmaz olduğu böyle bir dönemde hukukî ilişkiler de birbirinden etkilenmiş olmalıdır. İki toplum arasındaki bağlantı ve ilişkilerin artması ile trast sisteminin ortaya çıkmasının eş zamanlı olduğu görülmektedir.

Örneğin Aziz Francis, bizzat kendisi kısmen 1219 ve 1220 yıllarında zamanını İslâm ülkelerinde geçirmiştir. Onun gibi Orta Doğu'da, kullanım (use) hakkında bilgi sahibi olan ve bunu geçmişte uygulama imkânı da bulunan pek çok din adamı/rahip vardı. Ama içinde buldukları zamana kadar hiçbiri kendi ülkelerinde süreklilik taşıyan bir hayır müessesesinin temelini oluşturmuş değillerdi¹⁴⁷.

On birinci ve on ikinci yüzyıllar boyunca kutsal topraklara giden Hristiyan hacıların yanı sıra, 1095'de başlayıp 1291'de sonuçlanan Haçlı Seferleri sırasında, on binlerce Avrupalı Orta Doğu'ya gönderilmiştir. Ayrıca 650-1800 tarihlerinde Doğu ile Batı arasında başta ticaret olmak

¹⁴⁵ Cattan, s. 213. Ayrıca bkz. Schoenblum, s. 1191 vd.

¹⁴⁶ Murat Çizakça-Mustafa Akyol, **Ahlaki Kapitalizm**, (Ufuk Yayınları), İstanbul Aralık 2012, s. 120. Ancak vakıf ve trastın birbirinden farklı iki müessese oldukları ve trastın kökeninin "use" olgusu olduğunu savunan yazarlar hâlâ vardır. Trast ve vakıf arasındaki temel farklılıkların karşılaştırılması için bkz. Schoenblum, s. 1201.

¹⁴⁷ Aziz Francis'in, 1219'da Mısır'a yaptığı seyahati belirten bir bilim adamı, *vakfın* Bizans'ın hayır müesseselerinden uyarlanarak alındığı önerisini/görüşünü reddetmiş ve daha sonra vakfın İslâm'a özgü olduğunu kabul ederek Orta Doğu'daki misyonerler vasıtasıyla Batı'ya taşındığını belirtmiştir (Cattan, s. 214-215; Jones, Pious Endowments in Medieval Christianity and Islam, 109 Diogenes 23, 26-27 (1980). Ayrıca bkz. John M. Hobson, (Çev. Esra Ermert), **Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri**, İstanbul, (YKY), 2006, s. 293.

üzere pek çok kaynaktan beslenen sağlam ve sürekli bir köprü kurulmuştur¹⁴⁸.

Kudüs; şövalye birlikleri, hayır işlerine bakan hastane ve han rahipleri (hospitallars) ile tarikat rahiplerinin (templars) buldukları bir yer olmasından dolayı özellikle İngiltere ile İslâm dünyası arasında önemli bir bağlantı noktasıydı¹⁴⁹.

“Order” denilen bu “şövalyeler arası dinî tarikat düzenleri”nin, on dördüncü yüzyılda İngiltere’de avukatlık stajı yapılan kuruluşların (Inns of Court) da gelişmesinde etkili olması ilgi çekicidir. Inns of Court’lar, Orta Çağ’dan modern dönemlere kadar gelen ve kiliselerle ilişkili özgün hukuk okullarının halefleriydiler¹⁵⁰.

Teoriye göre yukarıda sözü edilen müesseselerin, câmi ve bitişiğinde misafirhâne-han geleneğinden gelen İslâmî hukuk medreselerinin ortaya çıkışından sonra kurulmaya başlanması önemsenmelidir. Örneğin Sultan Alparslan tarafından daha 1066 tarihinde Bağdat’ta kurulan Nizamiye medresesinin ihtiyaçları, Sultan tarafından vakfedilen çarşı ve çiftliklerin gelirlerinden karşılanıyordu. Burada okuyan öğrencilerden bir karşılık alınmazdı. Söz konusu müesseselerin daha önce de Dârü’l-hikme, El-Ezher, Beytü’l-hikme gibi benzerleri de var olmuştur. Selçuklu devrinde zamanının en üst düzeyde bilim kurumları olan Nizamiye medreselerinin belli başlı büyük şehirlerde benzerleri bulunmakta idi. Buralardan yetişen kaliteli, bilgili ve yetkin kişiler üst düzey görevlerde bulunmuşlardır¹⁵¹.

Nitekim Londra’da 1135 ve 1154 tarihlerinde üç ünlü hukuk okulunun tıpkı “han-mescid” birliği şeklinde fakat “okul-kilise” olmak üzere

¹⁴⁸ Cattan, s. 214; Bekir Karlığa, İslâm Düşüncesinin Batı Düşüncesine Etkileri, İstanbul, (Litera Yayıncılık), 2004, s. 171, 175; Hobson, s. 53, 120; George Makdisi, (Çev. H.Tuncay Başoğlu), İslâm’ın Klasik Çağında ve Hristiyan Batı’da Beşeri Bilimler, İstanbul, (Klasik Yayınları), Mart 2009, (Beşeri Bilimler), s. 372.

¹⁴⁹ Makdisi, **Beşeri Bilimler**, s. 375; Gaudisosi, s. 1245.

¹⁵⁰ İngiltere’de Gray’s Inn, Lincoln’s Inn, Inner Temple ve Middle Temple olmak üzere dört adet hukuk okulu/lonca vardır (George Makdisi, (Çev. H.Tuncay Başoğlu), İslâm’ın Klasik Çağında Din, Hukuk, Eğitim, İstanbul, (Klasik Yayınları), Eylül 2007, (Eğitim), s. 305; Makdisi, **Beşeri Bilimler**, s. 377). Ayrıca bkz. Holdsworth, s. 402, 556.

¹⁵¹ Kafesoğlu, s. 168.

yapılandırıldığı görülmektedir¹⁵². Bu nedenle erken dönem İngiliz kullanım olgusunun (uses) İslâm vakıf sisteminden etkilenerek yepyeni bir müesseseye kaynaklık ettiğini düşünmek son derece mâkul bir çıkarım olur¹⁵³.

Inns of Court (aynı zamanda mahkeme misafirhanesi/han/yurt/lonca) örnekleri, İslâm dünyasından İngiltere'ye hukukî müesseselerin geçtiğinin delilidir¹⁵⁴. Oxford'da ve Paris'te üniversitede ders alan öğrencilerin kalması için, ilk zamanlar, bir tür yurt veya han denebilecek *hospitium*'lar yapılmaktaydı. Daha sonra hukuk düzeni tarafından bu yapılara tüzel kişilik tanınınca (hukuk korporasyonu) "college" adını almışlardır¹⁵⁵. Bunların bir örneği olan 1264'te senedi hazırlanan, 1274'te ikinci kanunnâme ile tüzel kişilik kazanan Merton Akademisi (college) vakfiyesi âdetâ bir İslâm vakıf senedinin İngilizceye tercümesi gibidir¹⁵⁶.

¹⁵² Makdîsî, **Beşeri Bilimler**, s. 374.

¹⁵³ Cattan, s. 215.

¹⁵⁴ Batı ile İslâm hukuku ve eğitiminde birbirine karşılık gelen unsurların bir listesi için bkz. Makdîsî, **Eğitim**, s. 312. Bu tür bir alışverişin gerçekleştiği etki sahası, sadece hukuk alanı değildir. 10'uncu yüzyılın başlamasıyla ve 12-13'üncü yüzyıllarda yükselecek şekilde, pozitif bilimler ve felsefe alanında, İslâm ve Batı arasında bir aktif aktarım/iletişim gerçekleşmiştir (Karlığa, s. 35; Hobson, s. 51). İki toplum arasındaki iletişim hakkında genel olarak bkz. D. Metlitzki, **The Matter Of Araby In Mediaval England**, 1977; Francesco Gabrieli, *The Transmission of Learning and Literary Influences to Western Europe*, Cambridge History Of Islam 851 (1970) ve Francesco Gabrieli, *Arab Historians of the Crusades*, University California Press, 1984; Steven Runciman, **Muslim Influences on the Development of European Civilization**, Şarkiyat Mecmuası 13, (1959); Steven Runciman, *A History of the Crusades*, Cambridge University Press, Third ed. 1987. Bu transfer için ana kanallar İspanya, Sicilya, Afrika ve Suriye idi (C. Haskins, **The Renaissance Of The Twentieth Century**, s. 278, (1957)'den aktaran Gaudiosi, s. 1245). Ayrıca bkz. Makdîsî, **Eğitim**, s. 314; Makdîsî, **Beşeri Bilimler**, s. 377.

Bu etkileşim sayesinde *El-Kindî*, *İbni Sînâ* (Avicenna) ve İbn Rüşd (Averroes) gibi birçok Müslüman bilim adamı ve filozofun çalışmaları, Batı'da çok bilinir hâle gelmiştir. İslâmî etki, sanat, mimari ve edebiyat alanlarında da görülmüştür (Karlığa, 327, 371). Ayrıca bkz. Kafesoğlu, s. 158.

¹⁵⁵ Makdîsî, **Beşeri Bilimler**, s. 377.

¹⁵⁶ Makdîsî, **Beşeri İlimler**, s. 377. Vakıf Senedi'nin aslı için bkz. *The Foundation Statutes of Merton College, Oxford A. D. 1270; with the Subsequent Ordinances of Archbishops Peckham, Chichely and Laud from the Latin*, Ed. Edward France Percival, M. A., of Brasenose College, Oxford London 1847. Vakfın Statüsü için bkz. Gaudiosi, Ek kısmı.

İslâm vakıf anlayışının İngiltere'ye olan etkisine benzer bir etkileşim Fransa için de söz konusu olmuştur. Endülüs İslâm Devleti'nin etkisi sonucunda Kuzey Afrika'daki Fas, Tunus, Cezayir, sünnî doktrinlerden biri olan Mâlikî ekolün etkisi altında idi. Bu devletler 1912'de Fransa'nın himayesine girdikten sonra, Fransızlar da vakıf konusunu araştırıp öğrenmiş ve hukuk sistemlerine dâhil etmişlerdir¹⁵⁷.

Günümüzde yapılan vakıf araştırmalarının birinde Şam'da, bir Hristiyan'ın, Fransisken tarikatının bu şehirdeki Avrupalı rahipleri için kurduğu vakıftan söz edilmektedir. Bu vakıf işleminde vakfedenin vekili tarafından, rahip temsilcisi olarak bir pedere teslim edilen vakıf binası söz konusudur. Bu vakıf, Avrupalı Kudüs Rahiplerinin (Ruhbânü'l-Kudsî'l-Efrenç) yararlanması için, Bâb-ı Şarkî dışındaki bir binanın kullanımını sağlamaktadır¹⁵⁸.

II. İSLÂM HUKUKÇULARINA GÖRE VAKFIN KÖKENİ

A. Genel Açıklama

Vakıfla ilgili araştırmalar çok erken dönemlerde başlamıştır. İslâm, çalışma ve kazanmanın insanın cüz'î iradesinde olup kişisel girişimleri ile gerçekleşebileceğini kabul etmekte, özel mülkiyete ayrı bir önem vermektedir. Hukuk düzeni kişi ile eşya arasında farklı nitelikte hukukî ilişkiler tanımlamıştır. Kişiye mal üzerinde en geniş hukukî yetkiler tanıyan hak, mülkiyettir. İslâm hukukuna göre mülkiyet; ehliyet eksikliği veya mal üzerinde başkasının hakkı gibi bir engel bulunmadıkça sahibine, mâlik olduğu şeyde bağımsız tasarruf edebilme ve bunu başkalarına karşı da koruyup müdahalelere engel olma hakkı tanımaktadır¹⁵⁹.

Ayrıca İngiliz college eğitimi sistemi, bunun hukukçuluk mesleği ve üniversite düzeni ile bağlantısı hakkında bkz. Holdsworth, s. 485.

¹⁵⁷ Schatzmiller, s. 50.

¹⁵⁸ Richard Van Leeuwen, (Çev. H.E. Aksoy), **Bir Osmanlı Şehri-Şam, Vakıflar ve Şehir**, İstanbul, (Küre Yayınları), Temmuz-2012, s. 173.

¹⁵⁹ Fahri Demir, İslâm Hukukunda Mülkiyet, Ankara 1981, s. 104-109.

İslâm'da çeşitli ilâhî tekliflerle (mükellefiyet) karşı karşıya kalan insanın iradesini ne yönde kullanacağı önemlidir. İnsan için özel mülkiyetin yanı sıra kamu mülkiyeti de kabul edilmiştir¹⁶⁰. Kur'an'da her şeyin mâliki olan Allah'ın, insanlara bu mallarından belli bir kısmını verdiği/vermekte olduğu (kısmet); dilediğine verip dilediği zaman geri alabileceği anlayışı ve inancı vardır. Bu yüzden her şeyin asıl mâliki/sahibi Allah'tır¹⁶¹.

İslâm hukukunda meşrû mal edinim yollarından olan özel girişimcilik ve ticarete, *teşvik edici* hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Ancak insandaki "eşyaya mâlik olma, kullanma ve yararlanma" eğilimlerinin "hırs"a dönüşmemesi de gerekmektedir. Bu yüzden hukuk kuralları bu hususu göz önünde bulundurmalıdır. İmkânların tek kişi, aile veya grupta toplanmayacak; daha geniş kitlelere yayılacak şekilde dağıtılmasına yönelik hukuk kuralları oluşturulmalıdır¹⁶².

Mülkiyet, Allah'ın kullarına tanıdığı, ihsan ettiği meşrû bir hak olmakla birlikte, mülkiyet hakkı bir kişi üzerinde sabit olduğu anda, başkalarının hukuku da ona bağlanmaktadır. Başka bir deyişle, kişinin belli bir miktarı aşan bir malvarlığı söz konusu olduğunda bunlar üzerinde toplumdaki ihtiyaç sahiplerinin de hakkı gündeme gelmektedir¹⁶³. Ancak bu müeyyideli bir hak değildir. Toplumda ihtiyacından fazla kaynakların; sahip olma yeteneği bulunanlardan, *kendi iradeleri ile*, bu yeteneği geçici veya kalıcı olarak taşımayanlara aktarılması sağlanmalıdır. Yardımda bulunanların hiçbir zorlamaya maruz bırakılmaması çok önemlidir. *Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır'a* göre, "Ahkâm-ı İslâmiye'de sevimli bir rûh-ı içtimaî vardır"¹⁶⁴.

¹⁶⁰ F. Demir, s. 127-136.

¹⁶¹ Kur'an, Mülk: 1; Kur'an, Âl-i İmran: 26; Kur'an, Kehf: 32-42. Ayrıca bkz. Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, (Ed. M. Aykanat, İ. Ülker, S. E. Zorlu, M. Aydın), 5. Baskı, Konya, (Mimoza Yayınları), 2015, s. 335.

¹⁶² Nazif Öztürk, **Elmalılı Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar (Ahkâmü'l Evkaf)**, Ankara, (Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları), 1995, (Elmalılı), s. 31.

¹⁶³ Muhammed Ebû Zehrâ, *İslâm'da Sosyal Dayanışma*, (Çev. E. Ruhi Fiğlalı-O. Eskicioğlu), İstanbul, 1969, (Sosyal Dayanışma), s. 57.

¹⁶⁴ Muhammed Hamdi Yazır (Elmalılı), *İrşâdü'l Ahlâf fi Ahkâmi'l Evkâf*, İstanbul 1330, s. 2.

Tarihte bunu sağlayacak birçok tasadduk ve infak yolları oluşturulmuştur¹⁶⁵. Bunlardan biri de vakıf şeklinde sürekli bir hayır etkinliği sağlayan bir yardımlaşma müessesesidir¹⁶⁶.

İslâm hukuku üzerine çalışmalar yapan ilk Batı'lı araştırmacılar vakfı, İslâm topluluğunun savaşlarının finansmanını sağlamak için oluşturulmuş müesseseler olarak görmüşlerdir. İslâm vakıf müessesesinin hukuken şekillenmesinde, mezhepler dönemi doktrinlerinin büyük katkısı vardır¹⁶⁷.

İslâmiyet'ten sonra, âyet ve hadislerin de teşvikiyle, Müslümanlar çok sıklıkla hayra mal tahsis etmeye başlamışlardır. Fakat bunlardan maksat, dünyevî taleplerin yerine gelmesi veya ihtiyaçların giderilmesi için tanrılara adak yapmaktan ziyade Allah'ın rızasını kazanmaktır. Hicretin ilk yüzyılında çoğalan bu uygulamalar, ikinci yüzyılda mezheplerin de katkısıyla kurumsallaşmaya başlamıştır¹⁶⁸.

Vakıf, maddî ve manevî birçok unsurun birleşiminden meydana gelmektedir. İslâm hukukunun dört temel kaynağı vardır. Bunlar Kur'an, Sünnet, İcmâ ve Kıyas'tır. Vakıf, Kur'an'da açıkça "vakıf" kelimesi ile zikredilmemekle birlikte, Hz. Peygamber'in bizzat kendisi ve etrafındakileri

¹⁶⁵ Yapılan her türlü iyiliğe sadaka denmesini açıklayan hadis için bkz. Abdülaziz es-Seyrun, **Buhari ve Müslim'in İttifak Ettikleri Hadisler (Müttefekun Aleyh Hadisler)**, (Tercüme, Tahrir, Açıklama: H. Akın), İstanbul, (Çelik Yayınları), 2015, s. 219.

¹⁶⁶ Kur'an, hadis ve ilk dönem uygulamalarında zekâtın zaman zaman, hakk, nasib, infak, sadaka ve sadakât ve vergi ile aynı anlamda kullanıldığı belirtilmektedir (Hamidullah, s. 138. Anlam ayrımlarının âyetler üzerinden açıklanması ve tarihî süreç içinde kavramların ve kurumların nasıl ayrımlaşarak farklı şekillerde tanımlandıkları için bkz. s. 140, dpn. *).

¹⁶⁷ Joseph Schacht, **The Origins of Muhammadan Jurisprudence**, Oxford At the Clarendon Press, 1979, (Origins), s. 22 vd. Bu konuda Medine'li hukukçulardan İmam Mâlik'in görüşleri, *Müdevvene* adlı eserde yer almaktadır (Joseph Schacht, "Early Doctrins On Waqf", **Köprülü Armağanı**, s. 443-452, 1953, (Doctrins), s. 443-444). C. Cahen, "Réflexions sur le Waqf Ancien", *Studia İslâmica* 14 (1961), dpn. 38'den aktaran Moshe Gil, "The Earliest Waqf Foundations", **JSTOR: Journal of Near Eastern Studies**, Vol. 57, No. 2 (Apr., 1998), s. 125-140, s. 125. Ayrıca bkz. İmam Muhammed b. İdris Şâfi, (Çev. İshak Emin Aktepe), *İhtilâf-u Mâlik ve Ş-Şâfi*, Sünnet, Hadis ve Amel Üzerine Tartışmalar, İstanbul, (İz Yayıncılık), 2010, (İhtilaf), s. 220-221. Ayrıca bkz. Bedir, s. 155.

¹⁶⁸ Fuad Köprülü, "Vakıf Müessesesi ve Vakıf Vesikalarının Tarihi Ehemmiyeti", **Vakıflar Dergisi**, 2. Baskı, 1969, Tıpkı Basım, C. I, s. 1-6, Ankara, (VUM Neşriyatı), 2006, (Vesikalar), s. 1.

teşviki sonucunda meydana gelmiş/getirilmiş olan hukukî bir yardım müessesesidir.¹⁶⁹ Dolayısıyla vakfın Kitap, Sünnet ve Sahâbi Uygulaması ile kabul edilmiş şer'î hukuka ait bir tasarruf olduğu söylenebilir¹⁷⁰.

Eski hukukumuza göre vakıf dinî unsur ve özellikler taşıyan bir yardımlaşma kurumudur. İslâm hukukunun tüm işlemleri gibi vakıfta da, hem ibadete ve Allah'a yakın olmaya, hem de siyasete ve hukuka ilişkin yönler bulunmaktadır. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda ilk hukukçular arasında vakıf müessesesine karşı olan kimse olmaması gayet doğaldır¹⁷¹.

Doktrinde vakfın tanımı, kuruluşu, unsurları ve bağlayıcılığı ile ilgili mevcut görüş farklılıklarının çoğu, zaman içinde vakıf müessesesinin aldığı şekil değiştikçe ortaya çıkmıştır. Farklı uygulamaların temelinde, her dönemin kendine özgü şartları ile insan tabiatının farklı eğilimlerini dengeleme gâyesi vardır. Örneğin erken dönemlerde menkullerin ve paranın vakfedilmesi kabul görmezken, Osmanlı Devleti'nde para vakıflarının geçerli olarak kurulabildiği bunun en önemli kanıtıdır. Çünkü ilk dönem müçtehitlerin belirlemiş olduğu esaslar ve görüşler, aradan geçen sürede dönemin ihtiyaçları doğrultusunda, hukukçular tarafından tercih ve seçime tâbî tutularak benimsenmiş ya da benimsenmemiştir. Hukuk

¹⁶⁹ F. Köprülü'nün ifade ettiği gibi, bazı müçtehitler, Kur'an'da yok diye, vakfa karşı çıkmış değillerdir. Çünkü "fi sebillillah" mal sarfetmek, yardım etmek kavramı Kur'an'da hemen hemen her sayfada geçmektedir (**Bakara:** 108, 154, 177, 190, 195, 215, 218, 244, 246, 261, 273; **Âli İmran:** 13, 75, 99, 146, 157, 169; **Nisâ:** 15, 22, 34, 44, 51, 74, 75, 84, 88, 89, 90, 94, 95, 100, 115, 138, 141, 143, 150, 160, 167; **Mâide:** 12, 54, 60, 77, **En'am:** 55, 116, 153, **A'râf:** 45, 86, 142, 146, 147; **Enfal:** 36, 41, 47, 60, 72, 74, **Tevbe:** 9, 19, 20, 34, 38, 41, 60, 81, 91, 111, 120; **Yunus:** 89; **Hud:** 19, 3; **İbrahim:** 30; **Hicr:** 76; **Nahl:** 9, 125; **İsrâ:** 42, 48, 72, 84, 110; **Kehf:** 61, 63; **Hacc:** 9, 25, 58; **Nur:** 22; **Furkan:** 17, 44, 57; **Neml:** 24; **Kasas:** 22; **Ankebut:** 29, 38; **Rum:** 38; **Lokman:** 6, 15; **Ahzab:** 4; **Sad:** 26; **Zümer:** 8; **Mü'min:** 7, 29, 37, 38; **Şûrâ:** 41, 42, 44, 46; **Zuhruf:** 37; **Muhammed:** 4, 32, 33, 38; **Hucurât:** 15, **Hadîd:** 10, **Mücâdele:** 16; **Haşr:** 7; **Mümtehine:** 1; **Sâf:** 4, 11, **Münâfikun:** 2; **Kalem:** 7; **Müzzemmil:** 19; 20; **İnsan:** 3, 18, 29; **Abese:** 20. Vakıf bunun, münferit uygulanma biçimlerinden sadece biri olarak, sünnetle belirginleşmiş ve gelişmiştir. Ayrıca bkz. İnfak sözcüğü de sadaka ile aynı anlamda kullanılmıştır. Konu ile ilgili hadis için bkz. Seyrun, s. 216.

¹⁷⁰ Mustafa Kelebek, İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yusuf'un Öncelikleri, İstanbul, (Ensar yayınları), 2014, s. 131.

¹⁷¹ İbni Mâce, (Terceme ve Şerheden Haydar Hatipoğlu), **Sünen-i İbni Mâce Tercemesi ve Şerhi**, C. 9, İstanbul, Kahraman Yayınları, 1983, C. 6, s. 505.

kesintisiz bir süreç olduğuna göre, müesseseler de bu süreç göz önüne alınarak dönemlerine göre değerlendirilmelidir.

Mardin, Berki ve Seviğ, İmam Şâfiî'in, vakfın, İslâm hukukunun öz-
gün bir ürünü olduğu yolundaki görüşünü¹⁷² tekrarlamışlardır. *Barnes*,
İmam Şâfiî'in, "İslâmiyet'ten önce Arap yarımadasında vakıf bulunma-
dığına" ilişkin görüşü ile *Berki*¹⁷³ ve Ömer Hilmi Efendi'nin görüşlerini
karşılaştırmıştır. Ömer Hilmi Efendi ve *Ali Haydar Efendi*, eski toplum-
larda vakfın ilksel biçimlerinin basit de olsa bir fikir olarak bulunduğunu
belirtmişlerdir. Ama bunlar özellikle ihtiyaç sahibi kişiler yararına
yapılan uygulamalar olmadığı gibi, o dönemlerde toplumsal dayanışma
ve yardımlaşma amaçlı ve süreklilik taşıyan mal bağışlama bilinci henüz
oluşmuş değildi¹⁷⁴.

B. Vakfın Ortaya Çıkış Gâyesi

1. Genel Olarak

Kur'an-ı Kerim ve hadislerdeki vakfa dair esaslar yardımlaşmayı,
*tasadduk*¹⁷⁵ ve *infâkı* teşvik eden genel hükümler şeklindedir. Hukuk

¹⁷² John Robert Barnes, **An Introduction to Religious Foundations in The Ottoman Empire**, Leiden Netherlands-E. J. Brill-1986, s. 7, dnp. 5; Ali Himmet Berki, "Vakıfların Tarihi, Mahiyeti, İnkişafı ve Tekâmülü, Cemiyet ve Fertlere Sağladığı Faideler", **Vakıflar Dergisi**, C. 6, Tıpkıbasım, (VUM. Neşriyatı), Ankara, 1965, s. 9-13, (Faideler), s. 9-10; Akgündüz, s. 56-57; Peter C. Hennigan, "The Birth of a Legal Institution, *The Formation of the Waqf in Third-Century A.H. Hanafî Legal Discourse*", **Studies in Islamic Law and Society**, Edited by Ruud Peters and Bernard Weiss, Volume 18, Brill, Leiden-Boston 2004, s. 63. Vakfın, İslâmiyet'in bir ürünü olduğu kanaati, doktrinde çok taraftar toplanan bir görüştür (B. Köprülü, s. 505).

¹⁷³ *Berki* ise, İmam Şâfiî'in bu ifadesinin; "Benim bildiğime göre, cahilî devirde fukaraya vakıf yapılmazdı" biçiminde olduğunu ileri sürmüştür (Berki, **Faideler**, s. 9).

¹⁷⁴ Ömer Hilmi Efendi (Karînâbâbizâde), *İthâfû'l-Ahlâf fi-Ahkâmi'l-Evkaf*, İstanbul (Matbaa-i Âmiri), 1307, s. 8. Ayrıca bkz. Vasfi Raşit Seviğ, **Roma Hususi Hukukunun Esasları**, Ankara 1937, s. 87; Ali Himmet Berki, **Vakıflar, Bazı İlave ve Tashihlerle İkinci Tab'ı**, (Aydınlık Basımevi), İstanbul 1946, (Vakıflar-1946). (Aynı cilt içinde I. Kitap), s. 3.

¹⁷⁵ Sadaka vermek veya yapmak anlamına gelen bu kelimenin etimolojik kökeni, Sâmi dil-

düzenine düşen görev yardımlaşma gâyesi ile ne tür kurumlar meydana getirilebileceği ve bunun mümkün olan en uzun süre nasıl yaşatılabileceğinin düzenlenmesidir. Ayrıca vakfedenin, Allah'ın yakınlığını kazanma isteğinin, bu tür vakıfların kurulmasının birincil etkeni olduğu düşünülmektedir¹⁷⁶.

Vakfın ortaya çıkmasında ve Hz. Peygamber dönemindeki ilk örneklerinde, mirasçılardan bazılarını kollamak veya miras hukukuna göre hak sahibi olanı atlayarak, olmayana mirastan yararlanma sağlamak için malın mülkiyetini bir üçüncü kişiye geçirmek gibi amaçlara rastlanmaktadır. O kadar ki günümüzde “vakıf denince akla gelen esas itibariyle hayrî vakıflardır. Vakıfların tanımı da esasen bu türe göre yapılmıştır”¹⁷⁷.

2. Konuya İlişkin Âyetler

“Allah yolunda mal harcama”¹⁷⁸ ve “hayır yapmakta yarışma”¹⁷⁹nın övüldüğü âyetler vakıf müessesesine kaynaklık etmektedir. Örneğin, Tevbe Sûresi'nin 18'inci âyeti mescid vakıflarının dayanağıdır¹⁸⁰.

Vakfın terim anlamı, akıcı ve dünya şartlarında mümkün olabilen en uzun süre devam edecek olan (*ebediyet/te'bid şartı*) sadakadır¹⁸¹. İnsanla-

lerini konuşan ilk peygamberlere kadar götürülebilir (Hüseyin Hâtemî, İslam Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, (Sümer Kitabevi), Kasım-2012, (İslâm Hukuku Dersleri), s. 113-114).

¹⁷⁶ Aydın, s. 243.

¹⁷⁷ Aydın, s. 251; Avcı, s. 340.

¹⁷⁸ **Kur'an**, Bakara: 195, 261; **Kur'an**, Nisâ: 1; **Kur'an**, Haşr: 7-10.

¹⁷⁹ **Kur'an**, Bakara: 148; **Kur'an**, Âli İmran: 114.

¹⁸⁰ “Allah'ın mescidlerini ancak Allah'a ve âhiret gününe iman eden, namazı dosdoğru kılan, zekâtı veren ve Allah'tan başkasından korkmayan kimseler îmar eder” anlamındaki âyet de aslında doğrudan doğruya vakfî işaret etmese de, tarih içinde vakıf şeklinde tezâhür eden uygulamalara kaynak olmuştur. Şüphesiz bir kişinin, bireysel ve münferit çabalarıyla bir mescid yapması da bu âyet kapsamına girer, ama vakıf değildir (Hâtemî, **Vakıf Kurma**, s. 28). Kaşıkçı, s. 400; Mehmet Şeker, İslâm'da Sosyal Dayanışma Müesseseleri, İstanbul, (Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları), 1991, s. 138-139.

¹⁸¹ Schacht, “hayır için habs”i tanımlarken “ebedî-benzeri” (quasi-perpetual) nitelemesini kullanmıştır (Schacht, **Doctrins**, s. 447); Şakir Berki, “Türkiye'de İmparatorluk Devrinde Vakıf Çeşitleri”, *Vakıflar Dergisi*, C. 9, Tıpkıbasım, (VUM. Neşriyatı), Ankara 2006, s.

rın, kendi sevdikleri şeylerinden *vermedikçe* cennete ulaşamayacaklarını ifade eden âyetlerin¹⁸² vakıfla da ilgisi vardır. Âyetlerdeki teşvik ve yönlendirmeler doğrultusunda Hz. Peygamber, Medine’de sahip olduğu yedi âkarını; *Fedek* ve *Hayber* hurmalıklarından kendisine düşen kısmı vakfetmiştir. Arkadaşları da onu örnek almıştır¹⁸³. Ancak o dönemde tasadduk, tesbil, infak gibi kavramlar henüz tam olarak ayrı ayrı tanımlanmış ve hukukî esaslara bağlanmış değildi¹⁸⁴.

Bu bağlamda ilk vakfın, Hicret’in otuz ikinci ayında, *Muhayrik* adlı sahabinin öldürülmesinden önce, kendi beyanı ile “başına bir şey gelecek olursa sahip olduğu mallarını Hz. Peygamber’e vasiyet etmesi” olayı olduğu belirtilmektedir. Hz. Peygamber o malları “kabz ve tasadduk eyledi”. *Hassaf’* a göre, ilk vakfın, Hz. Peygamber’in yedi bahçesi mi, yoksa Hz. Ömer’in Semg hurmalığı mı olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır¹⁸⁵.

1-12, (Türkiyede), s. 2; Hüseyin Hâtemî, “Medeni Hukuk Tüzel Kişilerine Genel Bakış”, **Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu Kitabı**, T. C. Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü (15–17 Aralık 2003), Ankara 2004, (Genel Bakış), s. 155; Kerim Buladı, **Ku’an’da Sosyal Dayanışma (Müessese-Vakıf-Kültür)**, İstanbul, (Kayıhan Yayınları), 2011, s. 235; Kaşıkçı, s. 402.

¹⁸² **Kur’an**, Münâfikûn: 10; **Kur’an**, Mâide: 2; **Kur’an**, Nahl: 71; **Kur’an**, Haşr: 7; **Kur’an**, Âli İmran: 92; **Kur’an**, Tegâbün: 16; **Kur’an**, Bakara: 261, 264, 271–273, 219; **Kur’an**, Furkan: 67; **Kur’an**, Tevbe: 61; **Kur’an**, Mü’minûn: 4; **Kur’an**, Enfal: 2–3; **Kur’an**, Yâsîn: 12 (Hayreddin Karaman-Mustafa Çağrırcı-İbrahim Kâfi Dönmez-Sadrettin Gümüş, **Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir**, C. I-II-IV-V, (DİB Yayınları), Ankara, 2006, C. IV, s. 479); Hâtemî, **Genel Bakış**, s. 155.

¹⁸³ Hz. Câbir: “*Muhâcîr ve ensardan imkân sahibi olup da vakıfta bulunmayan tek kişi bilmiyorum*” demiştir. Hz. Ömer’in Hayber’de bulunan *Kasm* adlı hurmalığı vakfetmesi kaynaklarda yer alan başlıca örneklerdendir (İbrahim Cânan, **Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi**, C. 1, 12, 16, Ankara, (Akçağ Matbaası), 1993, C. 16, s. 275); M. Yusuf Kandehevî, (Çev. Ahmet M. Büyükcınar-A. Ömer Tekin-Ö. Faruk Harman), **Hayat-üs Sahabe**, Dördüncü Baskı, İstanbul, (Kalem Yayınevi), 1980, C. II, s. 732 vd.; Ziya Kazıcı, İslâmî ve Sosyal Açından Vakıflar, (Marifet Yayınları), İstanbul 1985, s. 48-49; Eraslan Özkaya, **Eski Vakıf Hukuku**, Ankara, (Seçkin Yayıncılık), 2012. s. 27, 53. Ayrıca ashaptan vakıf örnekleri için bkz. Muhammed Ebû Zehrâ, **Ebû Hanife**, (Çev. Osman Keskioglu), 5. Baskı, Ankara, (DİB Yayınları), 2005, (Ebu Hanife), s. 431; Hâtemî, **Vakıf Kurma**, s. 35; Aydın, s. 243.

¹⁸⁴ Bkz. Yukarıda dpn. 170.

¹⁸⁵ *Mesûr bin Rufaâ*’dan *Salih bin Cafer*’den aktaran *Abdullah bin Kaab bin Mâlik*’in aktardığına göre “*Muhayrik*’ın beyanı ‘bana bir durum isabet eder ise, mallarım Resûlullah’ındır (S. A. V). Allah’ın gösterdiği yere koysun’ diye vasiyet etti. Resûlullah’ın (s.a.v) umum

O dönemde vakfedilen mallar iktisadî ve coğrafî şartlar içinde – hürmalık ve su kaynağı gibi- mümkün olduğunca en değerli gayrimenkuller idi. Hz. Osman, önce satın alarak mâliki olduğu Rûme kuyusunu -yanına su kovasını da koyarak- insanların yararlanmasına vakfetmiştir. Bu vakıftan önce, bir kişi kuyuyu sahiplenmiş suyu satmakta, dilediğine içirip dilediğine içirmemekte idi. Hz. Osman, suyun az veya çok olduğu dönemlere göre öncelikle insanların; sonra hayvanların yararlanmasını; su yeterli ise, tarlaların sulanmasını mümkün kılmıştır. Hz. Osman tarafından su kuyusu süresiz ve karşılıksız olarak, herkesin ortak kullanımına sunulmuştur¹⁸⁶.

Hz. Ali bir arazisini ve içindeki suyu fakirlere, miskinlere ve yolda kalmışlara Allah yolunda vakfetmiştir¹⁸⁷. Hz. Hâlid, zırh ve atlarını vakfetmiştir. Hz. Ebû Bekir¹⁸⁸, Hz. Ömer¹⁸⁹, Hz. Enes, Hz. Zübeyr bin Avvam, Hz. Muaz bin Cebel, Hz. Zeyd bin Sâbit, Hz. Âişe, Hz. Esmâ binti Ebû Bekir, Hz. Ümmü Seleme, Hz. Ümmü Habîbe, Hz. Safiyye, Hz. Sa'd bin Ebî Vakkas, Hz. Hâlid bin Velid, Hz. Urvi'd-Debûsî, Hz. Câbir bin Abdullah Amr bin el-As ve Hz. Saad bin Ubâde gibi sahâbiler de diğer vakıf kuranlardır¹⁹⁰.

“Tasadduk ve infak” gibi “fî sebîlillâh”¹⁹¹ ve “cârî sadaka” kavramları pek çok âyet ve hadiste -kalıp halinde- yer almasına rağmen, doğrudan

sadakası işte budur” (Hadiste geçen *umum sadakât* kavramı vakıflardır). Hadis ile ilgili daha geniş açıklama için bkz. Ebû Bekr Ahmed bin Ömer eş-Şeybânî, **Ahkâmü'l-Evkaf**, Mısır 1904, s. 1-2'den aktaran, Öztürk, **Elmalılı**, s. 122, 124. İlk vakfın Kâbe olduğu görüşü de vardır (Avcı, s. 335; A. Demir, s. 309).

¹⁸⁶ Ebû'l Hasan El-Mâverdî, (Çev. A. Şafak), **El-Ahkamu's-Sultaniyye İslâm'da Hilafet ve Devlet Hukuku**, İstanbul, 1976, s. 204; İmam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ebû Bekir Merginânî, (Ter. A. Meylânî), **Hanefiler İçin İslâm Fıkhı El-Hidâye Tercemesi**, İstanbul, (Kahraman Yayınları), 2013, C. 3, s. 27-28, dñn. 7; Hayreddin Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, İstanbul, 1974, (Mukayeseli), C. I, s. 272.

¹⁸⁷ Öztürk, **Elmalılı**, s. 124, 129.

¹⁸⁸ Öztürk, **Elmalılı**, s. 125.

¹⁸⁹ Öztürk, **Elmalılı**, s. 125-128.

¹⁹⁰ Berki A.H, **Vakıflar**, C. I, s. 45; Öztürk, **Elmalılı**, s. 131.

¹⁹¹ **Kur'an**, Bakara: 215'te ahlakî bir kavram olarak, Allah rızası için çeşitli hayır yollarında harcamada bulunma, muhtaçların nafakasını (infak) sağlama, anlamında kullanılmıştır. Sözü edilen kavram, zekât, fitr sadakası gibi zorunlu mali yükümler yanında, sadaka çeşidinden olan gönüllü hayır faaliyetlerini de kapsamaktadır. Bağlayıcı olmamak şartıyla,

doğruya Kur'an'da "vakıf" olarak sınırları belirlenmiş ve tanımlanmış bir müessese bulunmamaktadır. Kur'an'da mallarını Allah yolunda harca-yanlar övülerek; her başağında, yüz tane bulunan yedi başaklı ve güçlü bir tohuma benzetilmiştir¹⁹². Bu durum uygulamada Müslümanların, örneğin avâriz vakıfları gibi, çok değişik infak ve tasadduk biçimleri geliştirmelerine sebep olmuştur¹⁹³. *Cin*, İslâm vakfındaki kurbet kasdının; Allah'ın yakınlığını ve hoşnutluğunu kazanma isteğinin vakıf tanımında önemsenmesi gerektiğini özellikle belirtmektedir¹⁹⁴.

İslâmiyet başta ihtiyaç sahipleri olmak üzere, tüm insanlığa yardım etmeyi ve yararlı olmayı amaç edindiği için tasadduk etmek ve insanlığın yararına çalışmak gibi temel esaslar hukuk sisteminin –hattâ hayatın- her alanına yaygın bir genellik taşımaktadır. Örneğin, Medine'de yapılan Hz. Peygamber mescidinin bir kısmının eğitim-öğretim faaliyetlerine ayrılmasında olduğu gibi (*zulle-suffe*), her türlü sosyal yardımlaşma biçimi, o dönemde henüz vakıf sözcüğü ile adlandırılmamış da olsa bol miktarda görülmekteydi¹⁹⁵.

kişiye en yakın *ihtiyaç sahibi* akrabadan başlanarak, tüm topluma tasadduk ve infakta bulunulabilir. Bu nedenle kural olarak, mirasçıya vasiyet öngörülmemiştir (Karaman-Çağrı-Dönmez-Gümüş, C. I, s. 335-336; Ebü Abdillâh Muhammed İbni İsmail El-Buhârî, El-Câmiu's-Sahih, **Sahih-i Buhari ve Tercemesi**, (Müt. Mehmed Sofuoğlu), C. 6, İstanbul, (Ötüken Yayınları), 2009, Kitâbü'l Vesâyâ/2597, 10-Bâb; Buhârî, Kitâbü'l Vesâyâ/2589, 6-Bâb, Hadis no: 10).

Hayr; bazen mal varlığı, bazen de Allah rızası ve yakınlığını kazanmak için yapılan iyilik anlamında kullanılmıştır (Karaman-Çağrı-Dönmez-Gümüş, C. I, s. 338). Şakir Berki, "Vakfın Mahiyeti", **Vakıflar Dergisi**, S. VIII, Tıpkı Basım, Ankara 2006, s. 1-7, (Mahiyet), s. 5.

¹⁹² Kur'an, Bakara: 261.

¹⁹³ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umûmî Esasları, İstanbul, (Marifet Basımevi), 1952, s. 518. Ayrıca bkz. Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kâmusu**, C. IV, (İÜ Yayınları No: 402; Hukuk Fakültesi No: 90) T.A.O-İstanbul Matbaacılık, 1951, s. 175; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 154, 156; Özkaya, s. 27.

¹⁹⁴ Halil Cin, "Osmanlı Toprak Hukukunda Mîrî Arazinin Hukukî Rejimi ve Bu Arazinin TMK. Karşısındaki Durumu", www.Auhf.ankara.edu.tr / ... /AUHF-1965-1966-22-23-01-04-Cin.pdf, s. 750.

¹⁹⁵ Vahdettin Aydın, "Türk Yönetim Tarihi Açısından Vakıf Sistemi ve Eğitim Yönetimine Katkısı", **SDÜİİBE**, C. 8, S. 1, 2003, s. 313-338, (V. Aydın), s. 314. Ayrıca suffe hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hamidullah, s. 150.

Kur'an'da vakıf diye bir müessesenin tanımlanmamış olmasının bir nedeni, genel ifade kullanarak yardımcı çeşitlendirmek ise, bir diğer nedeni, vakıfların üstlendikleri işlerin, Tevbe Sûresi'nin 60'uncu âyetinde devletin, toplayacağı vergiler yoluyla yapmak zorunda olduğu görevlerin arasında sayılmasıdır¹⁹⁶.

3. Konuya İlişkin Sünnet ve Hadisler

a. Genel Olarak

Hz. Peygamber'in "bir insan öldüğünde ameli(nin sevabı) kesilir, amel defteri kapanır. Yalnız sadaka-i câriye, ilmî eseri ve kendisine dua eden evlâdı olan kimsenin amel defteri kapanmaz"¹⁹⁷ şeklindeki hadisi, vakfın aslî kaynaklarının başında gelmektedir. Buradaki "sadaka-i câriye" tâbiri, vakıftan daha geniş bir kapsama sahip olsa da, Türk-İslâm-Osmanlı hukuk tarihinde vakıf şeklinde kurumsallaşmıştır¹⁹⁸. Hatta sadaka-i câriyenin vakıfla özdeşleştiği söylenebilir¹⁹⁹.

Osmanlı dönemine ait kitaplarda genel olarak vakıf, "yararlanması ve yararları (menâfi) Allah'ın kullarına ait olmak üzere gelir getiren veya bu nitelikteki bir mülkün mülkiyetini nakletmekten, devretmek ve devrılmaktan sonsuza kadar alıkoymak" olarak ifade edilmektedir. *Bilmen'e*

¹⁹⁶ Âyette devletin, topladığı zekâtı harcayacağı yerler; fakirler, miskinler, vergiyi toplayanların maaşları, kalpleri İslâm'a ısındırılmak istenenler (müellefe-i kulûb), köle ve esirlerin âzâd edilmesi, borca batmışların ve borcunu ödemekte acz içinde bulunanların kurtarılması, yolda kalmışların gözetilmesi ve "Allah yolunda" kavramına dâhil edilebilecek diğer tüm durumlar olarak örnekleyici şekilde sayılmıştır (Hâtemî, **Vakıf Kurma**, s. 26-27). Buladı, s. 159. Ayrıca bu bağlamda trust ile vakıf arasındaki kaynak, süreç ve hukukî düzenlemeler bakımından farklılıklar için bkz. Schoenblum, s. 1198, 1205.

¹⁹⁷ Buhârî, *Kitâbü'l Vesâyâ/2604*, 16-Bâb, dñn. 55; İbrahimi Halebî, **İzahlı Mültekâ El Ehbûr Tercümesi**, (Çev. Mustafa Uysal), C. 2-4, İstanbul tarihsiz, C. II, s. 420, dñn. 1; Hâtemî, **Genel Bakış**, s. 157; A. Demir, s. 309.

¹⁹⁸ Ömer Hilmi Efendi "ilâyevmil kıyâme cârî ve bâkî olan sadakadır ki, vakıf suretiyle inşâ olunan âsar-ı hayriyyedir" demek sûretiyle bunu ifade etmiştir. Halk, vakıftan yararlandığı müddetçe -vakıf ölmüş de olsa- "sanki yaşıyor ve sevap işliyormuş gibi" sevap kazanmaya devam eder (Ömer Hilmi Efendi, s. 9-10). Akgündüz, s. 63-64.

¹⁹⁹ Kazıcı, s. 48; Hâtemî, **Genel Bakış**, s. 156; Buladı, s. 238, 244.

göre vakıf, bir mülkün yararını halka özgüleyip, aynını Allah Teâlâ'nın mülkü hükmünde olarak temlik ve temellükten ebediyen yasaklamaktır²⁰⁰. Osmanlı dönemine ait bu tanım ulaşıncaya kadar belli süreçlerden geçilmiş olmasına rağmen, hiçbir zaman “hayır maksadı” tanımının dışında bırakılmamıştır.

Amr bin Haris tarafından rivâyet edilen bir hadiste “Resûl-i Ekrem vefat ettiği vakit arkasında ne gümüş ne altın ne köle ne de başka bir şey bırakmadı. Yalnız, binmekte olduğu bir beyaz katır ile silahını ve bir de yolculara vakfettiği Fedek ve Hayber'deki araziyi bıraktı” denmektedir²⁰¹.

b. Hz. Ömer'in Semg Hurmalığı Vakfı ile İlgili Hadis

Tarihte vakfın kökeni olarak kabul edilen hadis, Hz. Ömer'in Semg Hurmalığı'nı tasadduk etmek üzere Hz. Peygamber ile yapmış olduğu konuşmaya ilişkin olan olaydır. Bu bağlamda İslâm'da ilk vakfın Hz. Ömer tarafından yapıldığı ifade edilmektedir²⁰². Böyle ifade edilmesinin sebebi, hukuken tanım kurmaya uygun unsurların yer aldığı ilk işlem olmasından dolayı olabilir.

Hadise konu olan olayda, Hz. Ömer'e savaş ganimeti olarak bir hurma bahçesi düşmüştür. Kendisi ilk kez böyle değerli bir mülke sahip bulunduğundan bahisle, gördüğü bir rüya üzerine, Semg hurmalığını nasıl değerlendirmesi gerektiğini Hz. Peygamber'e sormuştur. Hz. Peygamber, Hz. Ömer'e “malın aslını hapsedmesini, semerelerini ise dağıtmasını belirtmiştir. Ama bu anlamı vermek üzere kullandığı sözcükler doktrinde farklı görüşlere konu olmuştur.

²⁰⁰ Hukukçu, sözlüğünde vermiş olduğu bu tanımın İmameyn'e ait olduğunu ifade etmekte ve fakat İmam-ı Âzam'ın aynı kanaati taşımadığını belirtmektedir (Bilmen, s. 155). Ayrıca tanım için bkz. Öztürk, **Yenileşme Tarihi**, s. 24; A. Demir, s. 309.

²⁰¹ Buhâri, C. 8, Hadis no: 1167. Ayrıca bkz. Kelebek, s. 131, dpn. 584.

²⁰² Halebî, C. II, s. 420; Leeuwen, s. 51. İslâm'da ilk yapılan vakıf sadakanın Hz. Peygamber'e ait olduğunu söyleyen, *Hüseyn bin Abdurrahman bin Ömer bin Saad bin Muâz'dan Atebe (Utbe) bin Cüveyre*'dir. İlk vakfın Hz. Ömer'e ait olduğunu söyleyen ise İbni Ömer'den, *Nâfi*'den, *Muhammed bin Abdullah bin Ömer*'dir (Öztürk, **Elmalılı**, s. 124, 125). Hz. Ömer hadisi altı geçerli hadis kitabında da yer almaktadır (Ayдын, s. 243, dpn. 10).

*Hz. Peygamber'*in ifadesi kısa ve özet olduğundan vakfın mâlikinin kim olacağı; yararlanıcıların niteliği/yakınlık ve uzaklığı; vakfedenin mirasçılarının durumu; ne zaman kurulmuş sayılacağı; ne zaman bağlayıcılık kazanacağı gibi hususlar açık değildi. Bunlar bir müessesenin tanımı ve hukukî sonuçları bakımından hukukçularca önemsenen hususlardır. *Hz. Peygamber* ve *Hz. Ömer* arasında yaşanan bu olay ve konuşmadan anlaşılamayan pek çok hukukî detay var ise de, açıkça anlaşılan tek husus, bunun diğer insanlara yardım, hayır ve tasadduk amaçlı bir müessese olduğudur.

c. Vakfın Sınırlarını Belirleyen Diğer Hadisler

Hadislerde mal vermek bu denli teşvik edilince, çoluk çocuk sahibi ve onların sorumluluğunu taşıyan aile babaları, varlarını yoklarını dağıtabilir²⁰³; kendileri ve belki de aileleri acz içine düşebilirlerdi.

Kişinin ailesi ve akrabasına infakta bulunmasının iki kat ecirli/sevaplı bir iş olacağını belirten hadislere rastlanmasının sebebi budur. Bu teşvike dayanan birçok sahabe, vakfettikleri bahçe veya tarlayı (yararlarını) akrabaları arasında bizzat bölüştürmüşlerdir²⁰⁴. Ayrıca *Buhârî'*ye göre, vakfa mütevellî tayin edilen kimsenin, vakfın köküne tecavüz etmeyerek, yalnız gelirinden, örf'e göre yemesinde ve dostuna yedirmesinde sakınca veya günah yoktur²⁰⁵.

²⁰³ O dönemde Müslüman olup, günahları için tevbe edenler, *Hz. Peygamber'*den tüm mallarını Allah ve Rasûlü yoluna tasadduk etmek için izin isterlerdi. Mallarından sökülüp sıyrılmayı, bir tür tevbelerin tamamlayıcısı, bağlıklarının işareti olarak görmüşlerdi. Fakat *Hz. Peygamber* malın bir kısmının kendi üzerlerinde tutulması gereğini belirterek onları sınırlamıştır (*Buhârî*, C. 6, 16. Bab, s. 2604-2605).

²⁰⁴ *Kanebî'*den yapılan rivâyete göre, hadise konu olan örnek olayda, bahçeyi taksim eden bizzat *Hz. Peygamber*, *Aynî'*ye göre *Ebû Talhâ'*dır; fakat bunu *Hz. Peygamber'*in emri ile yapmıştır. Hadisin metninde *Hz. Peygamber*, *Ebû Talhâ'*ya hitaben -*Müslim'*in rivâyet ettiği şekliyle- “sen o Beyruha bustanını kendi yakınlarının fakirlerine tahsis et”; bir diğer rivâyette ise, “sen onu soy yakınlığın olan fakirlere tahsis et” demiştir. (*Buhârî*, C. 6, s. 2596-2597, Bab: 10; *El-Müslim* (Sahih), (Çev. Ahmed Davudoğlu), **Sahih-i Müslim Tercemesi ve Şerhi**, C. 5, İstanbul, (Sönmez Yayınları), 1979, C. 5, Bab: 11-12, s. 353; Seyrun, s. 217-218). Bu ikisi arasında anlam bakımından fark yoktur. Yakınların kimler olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu hadise konu olan olay, aynı zamanda zürri vakıfların ilk örneği kabul edilmektedir (Özkaya, s. 52; A. Demir, s. 311).

²⁰⁵ *Buhârî*, C. 6, Kitabü-ş-Şurût, s. 2578, no: 19, dpn. 58.

Ancak insan tabiatı bu kez de ihtiyaçlı olmayan evlat ve akrabasını, gelecekte muhtaç olabilir ihtimali ile kayırmak ve kollamak için; hayır gibi görünen fakat aslında malını sarf değil, muhafaza etmeye yarayan bir uygulama geliştirmiştir. Bu niyetle yapılan vakıfların, gerçek anlamda vakıf olmayacağı açıktır. Ancak bu uygulamalar daha ziyade Hz. Peygamber'den sonraki dönemlerde meydana geldiği için kimi hukukçular, verdikleri fetvâlarla bunun önüne geçmek istemişlerdir²⁰⁶.

İşte bu aşamada İslâm miras hukukunun emredici hükümlerinin ber-
taraf edilemeyeceği ve dolanılamayacağına ilişkin hadisler sınır tayin edici
rol üstlenmişlerdir. Bu mânâya gelen hadisler, gerçek anlamına ve özüne
uygun olarak kurulan vakıflardan, vakfedenin ihtiyaç sahibi akrabası ve
ailesinin yararlanmasına engel olmak için değil; kötü niyetli uygulamalar
için engelleyici bir düzenlemenin temeli olmuşlardır. Özellikle Osmanlı
hukukuna esas olan Hanefî mezhebinin önemli hukukçularından İmam
Muhammed Şeybânî'ye göre vakıf, öncelikle bir tasadduk ve hayır mües-
sesesidir. Fakat vakfedenin soyu tükenince muhtaç ve yoksullara kalması
şeklindeki uygulama da kabul edilebilir²⁰⁷.

Ayrıca vakfedenin yakınlarının da yararlanacak olması, mütevellînin,
vakıf gelirlerini arttırmaya yönelik daha etkin bir çaba göstermesine se-
beep olabilir. Vakıfların çoğunda ilk yönetici vakfedenin kendisi, ondan
sonra evlâdı arasından bu işe uygun bir kişi şeklinde belirlenmiştir²⁰⁸.

Genellikle Batılı kaynaklarda vakıftan, müslümanlar tarafından
Allah'ın Kur'an'da ayrıntılı bir şekilde belirlemiş olduğu İslâm miras
hukukunun (ilmü'l-ferâiz) emredici paylaşım esaslarından kaçınarak
yerine kendi paylaşım şekillerini ikâme etmek için kullandıkları bir yol
olarak söz edilmektedir. Neden böyle bir algıya sahip olunduğu Batı'da
vakfın tarihî temelleri açıklanırken belirtilmişti. Bu bağlamda bir kişinin

²⁰⁶ Sadakadan çok aile içinde devredilen malvarlığı özelliği taşıyan vakıfların Hanefî ekol tarafından kabul edilmediği görüşü için bkz. Bedir, s. 154.

²⁰⁷ Bedir, s. 156. Ayrıca bkz. Avcı, s. 334.

²⁰⁸ Böylece yöneticinin vakfi sahiplenmesi ve özel sektör bakış açısıyla yönetmesi sağlanmıştır (Öztürk, **Yenileşme**, s. 63; Nazif Öztürk, **Azınlık Vakıfları**, Ankara, (Altınküre Yayınları), 2003, (Azınlık), s. 36).

vakfından, ailesinin veya kendisinin yararlanıp yararlanamayacağı İslâm hukukçuları arasında da tartışılmıştır.

Osmanlı Devleti vakfiyeleri üzerinde yapılan incelemelerde vakıfların amaçlarının din, eğitim ve kamusal-sosyal hizmetler olduğu görülmüştür. Hz. Peygamber devrinden Osmanlı Devleti'ne gelinceye kadar geçen uzun zaman zarfında –her ne kadar aile fertleri de yararlanıcılar arasına içine dâhil edilmişse de- amaç unsurunda bir değişiklik olmamış; hukuken hayır maksadı bulunmadan da bir vakıf kurulabileceği gibi bir düzenleme veya içtihat ortaya konulmamıştır²⁰⁹.

çç. Ferâiz Kurallarının Kesinliğine İlişkin Hadis

Hukuk düzeni bir kişinin Kur'an'da miras paylaşımına dair yer alan zorunlu paylaşım hükümlerini bertaraf edecek biçimde; sanki paylaşmayı ve mallarının idaresini hâlâ ve sonsuza kadar kendi elinde tutuyormuşçasına kontrolü dâhilinde vakıf kurmasına cevaz verip vermeyeceği tartışılabilir. Buna karşı olan hukukçular yanında savunanlar da vardı. Karşı olanlar, yukarıdaki kurgusal örneğin, Kur'an'ın miras paylaşım esaslarından bir kaçınma olduğunu düşünmüşlerdir. Buna delil olarak da “Allah'ın paylaşırmasından (ferâizinden)²¹⁰ kurtulmak (hubs) yoktur” şeklindeki hadisi göstermişlerdir²¹¹.

Ferâiz hükümlerini dolanmak amacı ile yapılan hubslar/vakıflar birçok hukukçu tarafından geçersiz sayılmıştır. Hatta Ömer b. Abdülaziz, bu nitelikteki vakıfları ıslah etmek için, Hz. Âişe'nin görüşüne dayanarak,

²⁰⁹ Öztürk, **Yenileşme**, s. 40.

²¹⁰ *Ferâiz*; takdir edilmiş ve belirlenmiş olan, hisse, kesin dinî emir anlamında farzlar anlamına gelmektedir. İslâm hukuku terimi olarak ise, İslâm miras hukukunu, paylarını ve esaslarını ifade etmektedir (İsmail Paçacı, **Dinî Kavramlar Sözlüğü**, Yayına Haz. İsmail Karagöz, “Ferâiz” maddesi, Ankara, (DİB Yayınları), 2010, s. 177.

²¹¹ Bu hadis “Mallar varisler arasında taksim edilmekten alıkonulamaz” şeklinde de tercüme edilmiştir (Merginânî, C. 3, s. 24; *Dârekutnî*, Sünen (Ferâiz), C. 2, s. 289; Müslim (Vasiyetler), C. 2, s. 41; Ebû Dâvud (Vasiyetler), C. 2, s. 42; Tirmîzî, Vakıf, C. 1, s. 177; İbni Mâce ve *Nesâî* (Kitabü'l Ecnas) *Nâfi* yoluyla *Abdullah ibni Ömer*'den aktaran Merginânî, C. 3, s. 24; Hennigan, s. 93. Ayrıca bkz. Vehbe Zuhaylî, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, (Ter. Ahmet Efe-Beşir Eryarsoy), İstanbul 1994, C. 10, s. 244, dpn. 1.

iptal etmek istemişti. Hz. Âişe, bazı vakıfların, sadaka anlamını yitirdiği kanısındaydı²¹².

Ayrıca Hz. Ömer'in kâdîsı olarak bilinen *Kâdî Şurayh* de bu şekilde yapılan vakıfların mallarının satılabileceğine karar vermiştir. Bunu yaparken Hz. Peygamber'in ayn'ın hapsini ("vakıf" veya "mirasçıya vasiyet" anlamında) yasakladığı sözlerine dayanmıştır²¹³. Kararın gerekçesine göre, malın tedavülden çekilmesi yasaktı ve satılabilirdi.

Kimi hukukçular mirasçıya yapılan vakfın, Allah'ın âyetleri ile koyduğu miras paylaşım düzenine bir müdahale olduğu konusunda endişelerini dile getirmişlerdir. Bu duruma düşmek istemeyen iyiniyetli Müslüman vâkıflar ise, mirasçılarının yararlanmasını şart ettiklerinde bu yararlanmanın ferâize göre olacağını da şart olarak belirtmişler; böylece iyi niyetlerini ortaya koymuşlardır.

Yukarıdaki endişeyi taşıyan hukukçuların maksadı, hayrî vakıfların meşrûyetini sorgulamak değil; kötüye kullanılmasının önüne geçmek olsa gerektir. Çünkü İslâmiyet'in erken dönemlerinde bazı müslümanlar eski, bütüncül intikal yöntemine, mâmelekin tek mirasçıda kalmasını sağlayan İslâm öncesi sisteme geri dönmek isteyebilirdi. Aile reisleri kendileri öldükten sonrası için, aile mallarının âkibetini düzenlemek ve mevcut aile malvarlığının sürmesi için tedbir almak istemiş olabilirler. Ancak "Allah'ın ferâizinden (farzlarından/emirlerinden) habs (alıkoy-mak) yoktur" hadisi bu tür bir suiistimale karşı set oluşturmaktadır.

Sonuç

Çalışmamızın konusu olan Roma hukuku kaynaklı fideicommissum ve Cermen-salic hukuku kaynaklı salmannus müesseselerinin İslâm hukukundaki vakıfla ilişkisi veya benzerliği, bir maldan yararlanmanın, kuru mülkiyetten ayrılarak mülkiyetinin üçüncü bir kişi üzerinde muhafaza edilmesi, buna karşılık kullanımının yararlanıcılara karşılıksız olarak devrini öngörmesi bakımındandır. Fakat araştırmamızın sonucunda sözü ge-

²¹² Akgündüz, s. 68, 69, 276-277.

²¹³ Bilmen, s. 203.

çen yararlanıcıların ihtiyaç sahibi, âciz, muhtaç gibi toplumda korunması gereken kişiler olması zorunluluğu bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Günümüzde ülkemiz hukukçularının tasavvurunda, vakıf dendiği zaman, kendiliğinden “hayrî maksatlı bir müessese” canlanmakta olduğundan, hayır maksatsız bir “vakıf”ın var olabileceği düşünülmemektedir. Başka bir deyişle bu konu üzerinde fazla durulmamaktadır. Bazılarına göre ise, bir mal topluluğunda, ticarî gâyenin bulunmaması hayır maksadının gerçekleşmesi için yeterlidir. İşte bu yüzden Batı hukukunda algılandığı ve tanımlandığı şekli ile bir “mal/mülkiyet transfer yöntemi” olan müesseselerin derinlemesine incelenmesi önemlidir.

Vakfı, sadece bir hukukî işlem şekli olarak ele alan görüşlere göre, malın mülkiyetinin, kuru mülkiyet ve kullanma/menfaat olarak ayrılması ve aslının her türlü el değiştirmesinin engellenmesi, bir müesseseye “vakıf” demek için yeterli gibi görünmektedir. Mal topluluğunun her hangi, belli bir amaca özgülenerak tüzel kişilik kazandırılması yeterlidir. Bu amaç ticarî de, ailevî de olabilmektedir. Burada işlemi yapan, sadece malvarlığının yönetimi veya mirasına dahil olmasını istemediği daha mirasçısını atlayarak, sonrasında nesilden nesle aktarımının sağlanmasını gâye edinebilmektedir. Öte yandan aynı işlemin hayrî gâyelerle de yapılabileceği kabul edilse bile bu bir alt ayırım olarak düşünülmüştür.

Buna karşın vakfı, insanın kendisi ile ve toplumla sağlıklı bir ilişkisinin sonucu olarak toplumsal yardımlaşma maksatlı (hayrî) bir müessese biçiminde tanımlamak; toplumsal/bireysel yardımlaşma niyetini vakfın tanımına koymak, yukarıda açıklanan sistemden farklıdır. Buna göre, toplumdaki ihtiyaç sahibi olanlara yardım etmekten başka maksatlarla vakıf kurulamamakta; vakfın daha iyi yönetilmesini sağlamak bakımından, zürriyetin de yararlanıcılar arasında alınmasına göz yumulsa bile, tek başına bir mal veya mal topluluğunun tek elden idaresi ve muhafazası maksatlı vakıf, geçerli olmamaktadır. Başlangıçta açıkça dile getirilen “Allah’ın rızasını kazanma” gâyesi zaman içinde, “Allah’ın kullarının yararına bir iş yapma”ya dönüşmüştür.

Araştırmamız esnasında vakfın kökeni bağlamında “*fideicommissum*” ve “*salic salmannus*” uygulamalarının aynı zamanda “*usus, ususfructus*,

fiducia, precarium, mortis causa donatio, uses ve cestui que use,” gibi farklı işlem ve/veya işlem şekilleri ile de bağlantılı oldukları görüldüğünden söz konusu bu hukukî uygulama ve işlemlerin de incelenmesi gerekliliği doğmuştur. Böylece konumuz olan fideicommissum ve salmannusun daha eski dönemlerdeki uygulama şekillerinin de hayır/yardımlaşma/Allah’ın rızasını kazanma kaygısı ile yapılan işlemler olmadığı ortaya çıkmıştır.

Batı hukuk tarihinde, Osmanlı hukukunda kullanılan anlamda bir vakıf müessesesinin değil, ancak Roma ve Cermen hukuku kaynaklı benzer veya yakın kavram ve uygulamaların bulunduğunu söylemek mümkündür. Bunlar aile/babanın malvarlığının bütün olarak bir kişinin mülkiyeti altında muhafazasını ve işletilmesini sağlayan; sadece kullanım hakkının devrini gerçekleştiren işlemlerdir. Öte yandan bu tür devirler, hukuk sistemine göre mirasçı olması mümkün olmayanların, maldan yararlanmasını sağlamak gibi bir amaca da hizmet edebilmektedir. Batılı kaynaklarda İslâm vakfını, sıklıkla, “İslâm miras kurallarını aşmak için yapılan bir hileli işlem” temeline dayandırma eğiliminin asıl nedeni bu bakış açısı olsa gerektir.

Çalışmamızda ayrıca hemen hemen her toplumda görülen adak veya dinî maksatlı mal bağışlamalar da değerlendirilmiştir. Bağışlayan kişi tarafından, bu tür bir bağışlamaya konu yapılan malların mülkiyetinin, şehir veya mâbedin kişiliğinde “haps” edildiği anlaşılmaktadır. İslâmiyet öncesinde çok tanrılı inanca sahip Arap toplumunda da yaygın olarak bu tür hapslerin yapıldığı bilinmektedir. Hapsedilen mallar mâbedin olmakta, satılamaz-devredilemez ve kullanılamaz hâle gelmekte ise de din adamları bunları diledikleri şekilde kullanmış veya sarf edebilmişlerdir. Yapılan bu tahsislerde, malı bağışlayanın bunu hangi ihtiyaç sahipleri yararına yaptığının, maldan elde edilen gelirin ne şekilde harcanacağına ve kim tarafından yönetileceğinin belirlenmesi gibi zorunluluklar olmadığından, hapsin, vakıf ile aynı anlama gelmeyeceği sonucuna varılabilir.

Bir müessesenin tarihçesi araştırılırken, ele alınan hukukî uygulamanın toplumda hangi gayeyi gerçekleştirmek için ortaya çıktığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu noktadan hareketle eski Türk toplumlarındaki hukuk uygulamaları değerlendirildiğinde, gâye unsuru açısından, vakfa

benzer çok sayıda örf-âdet ve uygulamaya rastlanmıştır. Muhtemelen bunlar İslâmiyet'in benimsenmesinden sonra vakıf kurumunun Türk toplumlarında büyük bir hızla gelişerek yaygınlaşmasında, etkili olmuşlardır.

Eski Türkler'deki yardımlaşma bilincine ek olarak Osmanlı hukukunda müesseseler tanımlanırken, İslâm hukukunun kaynak sistemindeki farklılık ve özgünlüğün gözden uzak tutulmadığı hükmüne varmak yanlış olmayacaktır. Müessesenin genelinde, sünni ekollerden Hanefi doktrinin kaynak sıralaması olan Kur'an, Sünnet, icmâ ve kıyas şeklindeki aslî hiyerarşiye önem verildiği görülmektedir. Vakıf konusunda, her ne kadar Kur'an'da vakıf kelimesinin kullanıldığı tanımlayıcı bir âyet bulunmamasına ise de, yardımlaşmayı emir ve teşvik eden genel ilkeler vardır. Bu genel hükümlerin nasıl uygulanacağı bağlamında birçok hadis, sünnet ve sahabe uygulaması gelişmiştir. Kaynak oluşturması bakımından değerlendirilen âyet, hadis ve sahabe uygulamalarında, vakıf müessesesinin temelinde bir müslümanın diğer insanlara yardım etme gayreti bulunduğu; bunun da Allah'ın rızasını kazanmaya yönelik olduğu görülmektedir. Söz konusu bu kaynaklar, Osmanlı dönemine ait usûl kitapları ve vakıf şerhlerinde dile getirilmiştir.

Osmanlı hukukundaki vakıfta mülkiyet ilişkileri ve kapsamı da düzenlenmiştir. Vakıf kurulduktan sonra malların mâlikinin kim olacağı, yararlanıcıların kapsamı ve hukukî statüleri gibi konularda Hanefi doktrin içinde farklı görüşler bulunmakta ise de, hayrî maksat konusunda bir tartışma yoktu. Örneğin İmam-ı Âzam Ebû Hanife'ye göre vakıf, malın mâlikinin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmamakta; mülkiyet hakkı, mâlikin üstünde durdurulmakta (vakf/habs); mâlik vakfettiği malında tasarrufta bulunamamaktadır. Ancak *Ebû Yusuf*'a göre, mal Allah'ın mülkü hükmünde olacak şekilde vakfedilmektedir. Daha çok *Ebû Yusuf*'un içtihatlarının yön verdiği Osmanlı vakıf hukukunda -yukarıda sözü edilen teknik hukuka ilişkin konulardaki farklı görüşlere rağmen- vakfın, hayrî maksat ve Allah'ın rızasını kazanma gâyesi taşıyan bir yardımlaşma müessesesi olduğu konusunda şüphe yoktur. Bu hayır müessesesi kurulurken eklenebilecek en dünyevî nitelikli şart, aile bireylerinin de vakıf yararlanıcısı olabileceğidir.

Osmanlı Devleti'nde, Kur'an'da devletin görevleri arasında sayılan kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde gayrisahih vakıflardan yararlanılmıştır. Aslında sahih vakıfların da bir yönüyle kamu hizmeti gördükleri söylenebilir. Osmanlı Devleti'nde kamu hizmeti kavramı oldukça gelişkindir. Bunda, Avrupa'da henüz kamu hizmeti kavramına geçilmemişken İslâm hukukunda vakfın müessese olarak temellerinin atılmış olmasının etkisi vardır. Osmanlı Devleti, kamu hukukunda özgün müesseseler oluşturmak yolu ile vakfı çeşitlendirmiştir. Örneğin vakıf konusu malın, ister Müslüman ister zimmi olsun, belli bir mahalle veya köy halkının ihtiyaçlarına tahsis edilmek veya belli bir meslek veya sanatla uğraşan kişilerin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak ayrılması anlamına gelen avâriz vakıfları kurulmuştur.

Roma, Cermen ve Osmanlı vakıf hukuklarında, birbirinden farklı amaçlarla meydana getirilmiş olan müesseselerin birbirinden türemiş gibi düşünülmesinin ve zaman zaman aynı sözcükle ifade edilmelerinin nedeninin, Haçlı Seferleri sırasında iki toplum arasında meydana gelen etkileşimler olduğu düşünülmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Batı hukukunda tarihi açıdan vakfa benzer müesseselerden bahsedilebilirse de, günümüzde trasta ilişkin düzenlemelerden, vakfın toplumsal ve karşılıksız yardım (iâne) yönüne fazlaca vurgu yapılmadığı ve hattâ buna lüzum görülmediği açıkça anlaşılmaktadır. Oysa Allah'ın hoşnutluk ve yakınlığını kazanma (rıza) kastı, Türk-İslâm vakfını benzerlerinden ayıran belki de en önemli unsurdur. Bu yönüyle doktrinde bazı yazarların, vakıf kurumunun, Batı hukuku için nisbeten yeni bir kazanım (müktesebât-ı cedîde) olduğunu ortaya koyan fikirler haksız sayılmamaktadır. Yararlanması ve yararları (menâfi) Allah'ın kullarına ait olmak üzere, gelir getiren veya bu nitelikteki bir mülkün mülkiyetini nakletmekten, devretmek ve devralmaktan sonsuza kadar alıkoymak şeklindeki eski vakıf tanımının, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 101'inci maddesinde yer alan "gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişilik tanınmış mal toplulukları" şeklindeki tanımdan farklı olduğu düşünülmektedir. Önceki hukukumuzun benimsemiş olduğu tanımın hadisteki "aslın habsi, semerelerin fisebilillah dağıtılması" yaklaşımını; sonraki tanımın ise, Batı hukuk anlayışını benimsediği söylenebilir.

Doktrinde, Batı hukukunun en eski devirlerden beri var olan “kullanma ve yararlanma” kavramlarını karşılayan sözcüklerden Roma hukuku kökenli “*usus*” ile, Cermen hukuku kökenli “*use*”un dahi birbirinden farklı müesseseler oldukları ve birbirinin kökeni olmalarının mümkün bulunmadığı ileri sürülürken, İslâm vakfının bu ikisine/ikisinden birine dayandırılması çok gerçekçi gibi görünmemektedir. Roma hukukunun Cermen soylu toplumlara olan etki ve katkısının ne denli büyük olduğu düşünüldüğünde, Avrupa devletlerine mensup hukukçuların bir kısmının, mevcut müesseselerin Roma hukukundan kaynaklanmadığı tezlerini ortaya atıp ispata çalışmaları karşısında, İslâm vakfının kendi tarihsel bağlamında değerlendirilmesi gereği açıktır.

Vakfın, kanunlarda, toplumsal yardımlaşma temeli üzerinden tanımlanmasının, günümüzün sadece kendisi ve alt soyu için çalışan, biriktiren ve harcayan insanı için önemli bir değişim veya katkı sunabilir. Modern toplumlarda, evsiz, fakir, muhtaç gibi toplumsal gruplar, varlıklı ve çalışma gücü olan/üreten kişilerin sırtında bir yük gibi algılanabilmektedir. Zenginlerin yardım faaliyetleri yapmaları için devletin kanunlar yoluyla ekonomik teşvikler sunması gerekmektedir. Oysa Osmanlı Deleti’nde bir kişinin vakıf işlemi yapabilmesi için maddî bir teşvike ihtiyacı yoktu. Hattâ zengin olmasına dahi gerek bulunmayıp ihtiyacından fazlasına sahip olması yeterliydi.

İnsanlar arasında, yardım ve desteksiz yaşayamayacak durumda olanların zengin ve sağlıklı olanlara ihtiyacı olduğu kadar, bir insan olarak kendi kişisel gelişimini tamamlayabilmek bakımından zenginlerin de fakirlere ihtiyacı olduğu bilincinin yerleştirilmesi, gerekmektedir. Yardımlaşma davranışı, kişinin, kendinde olanı başkaları ile paylaşma arzusunu içselleştirmesi ile ilgili bir sonuçtur. Toplumdaki muhtaç kesimlere devlet hazinesinden yardım sunulmasının da pek çok yolu vardır. Ama bu durumda, kendinde ihtiyacından fazlası bulunanların, birey olarak “verme” davranışı geliştirmesinin bir başka yolunu bulmak gerekecektir. Bunun ekonomi ile doğrudan ilgisi yoktur. Tarihte başta yöneticiler ve aileleri olmak üzere vakfedenlerin kurmuş oldukları vakıf medeniyeti sayesinde, toplumumuzda vakfın, hâlâ bir hayır etkinliği olarak algılanmakta olması mutluluk vericidir.