

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 27, 2019 (Bahar)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
Kurucular	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
Danışma Kurulu	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
Editör	Fethi Gedikli
Yardımcı Editör	Ali Adem Yörük
Sekreterlik	Furkan Şahan
Baskı	Pelikan Basım, Odin Topkapı Center no: 28/1a, Topkapı / İstanbul Tel: 0212 613 79 55
Baskı Tarihi	Aralık 2019

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Sancaktepe Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.
Belediye Başkanı Av. Şeyma Döğücü'ye teşekkür ederiz.

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 27 • 2019 (Bahar)

İçindekiler

Türkiye'deki İsviçre Medeni Kanununun Osmanlı ve İslami Altyapısı <i>Ruth A. Miller - Çev. Elif Kaplan</i>	5
Hüseyin Naci'nin Darülfünun Hukuk Fakültesindeki Son Fıkıh Usulü Ders Takrirleri (1924-1925) <i>Sami Erdem</i>	35
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Hukuk Reformu Metinleri 6: 35. Madde Tartışmalarının Gölgesinde Kanuna Dair Üç Metin (Diran Kelekyan, Affan Osman, Kostaki Vayani) <i>Haz. Göktuğ İdiz</i>	93
Vakfa Dair Bir Tedkik: Vakfın Mahiyet-i Hukukiyesiyle Tevessü ve İntişarı ve Avrupa Ulema-yı Hukukunun Vakfı Suret-i Telakkideki Hataları <i>Hüseyin Naci - Haz. Ali Adem Yörük</i>	101
Modern Bir İmam-ı Âzam Menâkıbı <i>Hüseyin Naci - Haz. Ali Adem Yörük</i>	119
Hüseyin Naci Bey'e Dair Birkaç Not <i>Ali Adem Yörük</i>	165

VAKFA DAİR BİR TEDKİK: VAKFIN MAHİYET-İ HUKUKİYESİYLE TEVESSÜ VE İNTİŞARI VE AVRUPA ULEMA-YI HUKUKUNUN VAKFI SURET-İ TELAKKİDEKİ HATALARI*

Hüseyin Naci**, haz. Ali Adem Yörük***

İslâm hukukunda bir mahiyet-i hususiye ile tebarüz eden ve memâlik-i İslâmiyede kesretle tatbik edilip diğer memâlikte aynıyla tesadüf edilmeyen vakıf müessesesi, muhtelif nukât-ı nazardan mevzu-ı bahs u tedkik olmaya şâyân mevâdd-ı mühimmedendir.

Muhtelif İslâm memleketlerinde kesretle bulunan evkaf, acaba ne gibi esbâb ve avâmile binâen tesis edilmiştir, bu avâmil-i müştereke nelerdir? Bu, dinin daha ziyade maneviyâta müteallik bir emrinin tatbiki mi veya bir ihtiyac-ı ictimâî neticesi midir? Böyle bir müessese-i hukukiye Avrupa âlem-i hukukunda mevcut mudur? Evkaf, iktisad nazariyâtıyla nasıl uyuşabilir? Avrupa ulemayı hukuku vakfı nasıl anlıyorlar? Ve'l-hâsıl, bir kelime ile, vakfın nazariyat-ı hukukiye itibarıyla mevki ve kıymeti nedir?

İşte vakfa dair şâyân-ı dikkat birtakım meseleler ki burada bunlardan bir kısmının tedkikine cehd edeceğim.

* “Vakfa Dair Bir Tedkik”, Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, sy. 12, Teşrin-i sâni 1338/Kasım 1922, s. 94-114. Kapsamı daha iyi ifade ettiği için başlığın altındaki mündericât kısmı, başlığa eklenmiştir. (Hüseyin Naci ve bu metin hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ali Adem Yörük, “Hüseyin Naci Bey’e Dair Birkaç Not”, bu sayı).

** Çopurkadızâde Hüseyin Naci, Beyrut Hukuk Mektebi Arazi ve Evkaf muallimi.

*** Dr. Öğr. Ü., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

Vakfın Mahiyet-i Hukukiyesi

Vakıf bir akd-i hukukî midir yahut tasarrufât-ı basîta-i hukukiyeden bir tasarruf mu veya ibadet mahiyetinde bir emr-i dinî midir? Hukuk-ı İslâmiye lisanında “vakıf, menâfii umuma ait olmak üzere bir ayının aslını müebbeden habs etmektir”. Bu tarife nazaran vakıf, mülkte bir tasarruf-ı basîttan ibaret demek oluyor. Mülkteki tasarrufâtın kâffe-i envâı mutlaka eşkâl-i akdiyeden bir şekil tahtında tahaddüs etmez. Bazı basît tasarruflar vardır ki bir akit mahiyetinde değildir. Tasarrufâtın bir kısmı da muâvazât ve ukûd kabîlindedir. Vakıf bunlardan hangisine dahildir? Kütüb-i fıkhiyede vakfın şerâit-i in’ikâdından bahsedilir. Şerâit-i in’ikâd ancak bir akitte taharri olunabileceğine nazaran vakfın da bir akit olması lâzım geliyor. Halbuki in’ikâd tabiri, hukuk-ı İslâmiyede icab ve kabulün ber-vech-i şer’î yekdiğerine taallukunu ifade etmekle beraber bazen ale’l-ıtlâk bir fiilin, bir emrin vücûd ve tahakkuku mânasına gelir. Vakıfta in’ikâd bu ikinci mâna ile kullanılmıştır. Vakfın in’ikâdı demek, vakfın vücûdu demektir. Vakfın bir akit olmadığına delil şudur ki: Her bir akitte mevcut olan tarafeyn burada mevcut değildir. Vakıfta yalnız bir taraf vardır. Vâkıf, malını vakf etmekle vakıf tahakkuk eder ve mevkufun-aleyhin kavlen veya fiilen kabulü şart değildir. Hatta vakıfta teslim ve kabzın da şart olması muhtelefun-fih olmasına nazaran vakfı teberruât envâından addetmek de mümkün olmaz. Teberruâtın tamamıyeti, kabza mütevakıf olduğu halde fukahâdan bir kısmının ve ez-cümle İmam Ebu Yusuf’un re’yince vakıfta kabz şart değildir. Ve binâenaleyh vakfın tamamıyeti kabza iftikâr etmez. Böyle olunca vakıf mahiyeten bir akit olmadığı gibi temlik de demek değildir. Alelâde bir “ıskat-ı hak”tır, mülkten bir ihraçtır; yani basît bir tasarruftur. İmam Ebu Yusuf, vakfı bir “ıskat-ı hak” mahiyetinde telakki ettiği için vakıftan rücûun sıhhatini tecviz etmemiştir.

Vakfın mahiyetini tayin hususunda diğer taraftan İmam Muhammed’in serd ettiği nazariye vardır ki buna nazaran vakıf, temlikî mutazammın ve binâenaleyh sadaka mahiyetindedir ve bu sebepledir ki vakfın tamamıyetinde teslim ve kabz şarttır. İmam Ebu Yusuf, teksir-i vakf taraftarıydı; vakıf için mûcib-i suhûlet olabilecek efkâr ve mütalaât serd etmiştir. Vakfı sadece “bir ıskat ve mülkten ihraç” diye telakki etmesi de bundan neş’et eylemiştir. Bu tarz-ı telakkinin neticesidir ki İmam-ı müşârunileyhin re’yince meşğûl veya müşâ’ın vakfı caizdir. İmam Muhammed’e göre vakfın tamamıyetinde kabz şart olmakla meşğûl veya müşâ’ın vakfı caiz olmaz. Fürû’daki ihtilafât, hep bu iki mebdedeki ihtilafıktan tekevvün eder.

Vakfın Suret-i Zuhuru ve Tarihçesi

Ekser-i fukahâ vakfı tamamıyla bir müessesesi-i İslâmiye addederler ve kable'l-İslâm malum bir şey olmadığını söylerler, hatta İmam Şafî "Cahiliyede vakıf yapılmamıştır, vakıf İslâma mahsustur" demişlerdir. Maahaza kable'l-İslâm Araplar nezdinde o zaman müessesât-ı diniyesinin bazı hıdemâtına müebbeden ait kalmak üzere bazı emvalin tahsis edildiğini tedkikât-ı tarihiye göstermektedir. Bu nev' emvale "emval-i muhaccere" tabir olunurdu. Fakat bu emval-i muhaccerenin hukuk-ı İslâmiye meyânındaki vakfın tarihî bir esasını teşkil ettiği iddia olunamaz.

Buhari'nin (194'te tevellüd ve 256'da vefat etmiştir, [810-870]) mecmua-i muteberesinde nakl ve rivayet ettiği bir hadis, vakıf müessesesini Hazret-i Peygamber'e kadar çıkarır: Hazret-i Ömer Hayber'deki arazisini rıza-yı Bârî'yi istihâl edecek vechile nasıl istimal edebileceğini Cenâb-ı Peygamber'den istifsâr etmiş ve şu cevabı almıştı: "Aslını habset ve semerelerini tasadduk et". Bu hadis-i şerife binâen o zaman vakfa "sadaka" tabir olunurdu. Vakıf tabiri, ikinci karn-ı hicrîde istimal edilmeye başlamıştır. İslâmda vâki olan ilk sadakada yani vakıfta ihtilaf edilmiştir. Bazıları "İslâmda olan sadakaların birincisi Resulullâh'ın havâit-i seb'ası idi, bundan sonra yedinci sene-i hicriyede Ömer İbnü'l-Hattâb'ın 'semağ' namındaki sadakası idi" demiştir. Bu cihetler hakkında fazla tafsilat için Ebu Bekir Ahmed bin Ömer [el-Hassâf] eş-Şeybanî'nin *Ahkâmü'l-Evkaf*'ına veya Muhammed Hamdi Efendi'nin *İrşâdü'l-Ahlâfi Ahkâmî'l-Evkaf* namındaki eserine müracaat olunmalıdır.

Bu cihet, yani vakfın menşe-i aslîsi meselesi böyle tarihan sâbit olduğu halde bazı Avrupa müellifleri vakfın Roma hukukundan iktibas edilmiş olduğu mütalaasında bulunmuştur. Ez-cümle vakfa dair neşr-i âsâr eden Avrupa müelliflerinden [Domenico] Gatteschi şu fikirde bulunuyor:

"Vakıf müessesesi, diğer birçok İslâm müessesâtı gibi 'Main-morte' ve 'emphytéose' usullerine vâkıf olan Romalılara tâbi akvâmdan iktibas edilmiştir. Filhakika bu müessese, Roma hukukunun 'res-sacroe'sine benziyor. Roma hukukunun 'res-sacroe' dedikleri şeyden kimse istifade edemez. Ve o, kimseye ait değildir. Romalıların 'res-sacroe'leri müslümanların en ziyade mahall-i evkaf olan camilerine benzer. Her ne olursa olsun Hazret-i Muhammed gerek evvelce mevcut bir şeyi tanımış ve teyid eylemiş ve gerek vakfı yeniden kendisi vaz' ve tesis etmiş olsun, her hâlde şurası muhakkaktır ki O, bunu sade bir nasihat-i ibadetskârâne şeklinde yapmıştır. Diğer taraftan Peygamber'in vakfa dair olan hadis-i şerifi ancak vakf-ı şerî'ye aittir".

Vakfın esasen millî ve mahallî bir müessese-i İslâmiye olduğuna bâlâda

nakl edilen hadis-i şerif ve emsâli delâlet ettiği gibi kable'l-İslâm vakfa benzer bir müessese-i milliyenin mevcudiyeti de tedkikât-ı tarihiyeden münfehim olmaktadır. Bu hakâyık-ı tarihiye karşısında vakfın Roma hukukundan iktibas edilmiş olduğu yolundaki mütalaât sıhhat ve isabetten mahrum telakki edilmek icab eder.

Gatteschi, vakıftan başka birçok İslâm müessesâtının daha Roma hukukundan iktibas edilmiş olduğunu beyan ediyor ki bu ayrıca şâyân-ı bahs u tedkiktir. Gatteschi'nin nakl ettiğimiz fıkrasının son cümlesi de şâyân-ı dikkattir. Bu cümle vakfın esasen bir müessese-i İslâmiye olduğunu göstermekle beraber vakfın “şer’î” ve “âdî” diye bir taksime tâbi tutulduğunu da beyan ediyor. Böyle bir taksim, hakikaten mevcut mudur? Vakfa dair ilk eserleri telif eden fukahâ-yı müctehidinin kitaplarında böyle bir taksime tesadüf edilmez. Vakfın hukuk-ı İslâmiye nazarında bir ve daimî mahiyeti vardır ki tâata ve hayr-ı ictimâiye müteallik bir tasarruftan ibarettir. Filhakika sonraları vakıf, mahiyet-i asliyesinden çıkarılarak başka maksatlara hâdim bir akit haline getirilmiştir. Esbâb-ı muhtelif-i tarihiyenin tesiriyle tekevvün ve bir asr-ı îkâf ihdâs eden vakıflar, bu müessese-i hayriyenin yeni bir usul-i veraset, ahkâm-ı hukukiye-i İslâmiyenin dairesinden kurtulmaya meyyâl bir vasiyet şeklinde tatbik edildiğini gösteriyor. Müsadere-i emvalin mübah addedildiği devirlerde vakıf, emlâk için bir penâh-ı necât gibi itibar edilmiş, hukuk-ı mülkiyeti temine hâdim bir müessese halini alarak mülkiyetin hâmisi olmuştur. Diğer taraftan bu nev’ evkafın tekevvünü samimi bir emr-i dinî ifası maksadına matuf değildi; ekseriya, vâkıfın hayatında kendisine ve vefatında evlad ve ahfadına meşrut idi: O, bir müessese-i diniye değil, daha ziyade bir müessese-i iktisadiye mahiyetini almış oluyordu. Bu sebeplerle bu nev’ evkafı “âdî evkaf” addetmek mümkündür. Fakat bunların âdî olması, şer’î olmamasını intâc etmez. Evkafa dair vaz’-ı ahkâm eden fukahâ-yı ızâm vakfın, vâkıfa ve evlâdına meşrut olması esasını kabul etmişlerdir. Müttehâlifü'l-maksad olan bu vakıflar aynı ahkâm-ı hukukiyeye tâbidir.

Mouradgea D’ohsson [1740-1807], *Devlet-i Osmaniye'nin Umumî Tablosu* (*Tableau général de l'Empire Othoman*) namındaki eserinde vakfı (Halebî'ye atfen) üçe taksim ediyor: Birincisi, camilerin evkafını ihtiva eder. Bunlar, milletin emval-i diniyesini teşkil eyler. İkincisi, fukaraya ve hayr-ı âmm esaslarını temin etmek üzere tesis edilen vakıflardır. Üçüncüsü, evkaf-ı âdiyedir ki camilerin tamir ve ihyasına mahsustur.

Gatteschi, bu taksimi ikiye ircâ ediyor: Vakf-ı şer’î, vakf-ı âdî. Vakf-ı âdîde

intifâ, mülkiyetten ayrılmıştır. Ve bundan fiil-i ibadete ait asıl mülkiyet (*dominium direct[um]*) ile mülkiyet-i nâfia[yı]/hakk-ı intifâi (*dominium util[e]*) fark ve temyiz etmek mümkündür.

Böyle bir taksim esasen mevcut olmamakla beraber tatbikât-ı nizamiyede bu farkın vücûdunu kabul eden ahkâma tesadüf edilmektedir. Bizde evkafın zabtı ve bir nezarete tevdi, bazı evkafın *müstesna* addolunması, böyle bir tefrikten neş'et etmiş olacaktır. Mısır'daki bu fark, birçok mevâdd-ı kanuniyede ve bilhassa mahkemelere dair olan Nizamnamenin 62'nci maddesinde nazar-ı itibara alınır.

Hulâsa vakıf, esas-ı vaz'ında tesisât-ı diniye vücûda getirmeye, hayr-ı âmm temin etmeye hâdim bir ibadet ve tâat mahiyetinde olmakla beraber bilahare bu maksattan mütebâid diğer maksatların teminine vasıta olacak bir müessese-i hukukiye halini almış ve bu ikinci nev' vakıflar yavaş yavaş âdât-ı İslâmiyeye nüfuz etmiştir. Bazen bir vâkıf, vakf ettiği emvalin iradlarından bir kısmını bir emr-i hayra tahsis etmekle beraber kısm-ı mühimm-i mütebakisini kendi evlad ve ahfadına şart kılar, bu suretle vakfın esas-ı vaz'ından tebâüd etmemekle beraber kendi maksadını da temin ederdi. Onlara bu selâhiyet verilmeseydi İslâmiyetin vakıftan beklediği menâfi tahakkuk edemezdi. Emval ve cihâz-ı dinînin çoğalmasını görmek arzusu, ilk halifeler ile eimme-i mezâhibi bu bâbda müsaade-kârâne ahkâm vaz'ına sevk etmiştir: Vakıf müessisleri, kendi arzu ve iradelerine göre mevkûfun-aleyhleri tayin etmek iktidarını ihraz ettiler.

İslâmiyetin vaz' ettiği ahkâm-ı cedîde-i verasete henüz alışamayan ve eşkâl-i kadîme-i verasete merbutiyetleri zâil olmayan kimseler için bu usul-i vakf, pek muvâfık geliyordu. Zamanın bu temayülâtı karşısında fukahâ, bu usulün meşruiyetini teslimde tereddüt etmediler. Bu usulün bazı kerre ahkâm-ı irsiyeden müstefid olanların hukukunu ihlâl ettiği inkâr olunamaz: Bu şekilde vakıf, müslüman ashâb-ı emlak için, emlakini intikal-i irsiden kurtarmak ve zevcesinin, validesinin, kızlarının hukukuna tecavüzle bütün mâmeleğini ahfad-ı zükûruna hasr etmek vasıtası olmuştur. Hatta bu ahkâmın mevcudiyetidir ki bazı Avrupa müelliflerine vakfı, yeni bir müessese-i veraset gibi göstermiştir. Bu ciheti âtîde tedkik edeceğiz.

Vakfa dair ahkâm evvel emirde eimme-i erbaanın birincisi olan İmam-ı Âzam hazretleri tarafından *Fıkhul-Ekber* namındaki eserinde tanzim ve tensik edilmiş ve bunu müteakib İmam Mâlik, İmam Şafî ve nihayet İmam Ahmed bin Hanbel taraflarından vakıf hakkında ahkâm-ı mahsusa vaz' ve tedvin edil-

miştir. Üstad-ı âzamın şakirdleri İmam Ebu Yusuf ve Muhammed eş-Şeybanî de vakıf mesâilini tedkik ve ta'mik ederek bazen mebâdide ve ekseriya fûrû'da yek-diğere muhalif ahkâm ve kavâid vaz' etmişlerdir.

Mezâhib-i erbaa müessisleriyle onların şakirdleri vakıf hakkında Kur'an'da tefsiri mümkün olan ve hilâfına hareket kâbil olmayan sarahat-i mahsusaya tesadüf etmediler. Vakfın delil-i naklîsi bâlâda nakl olunan hadis-i şeriftir. Kur'an-ı kerimde vakfa müteallik bir nass mevcut değildir. Vasiyete dair olan âyet-i kerimenin delâlet tarikiyle vakfa da şâmil olduğunu iddia edenler bulunmuştur. Fakat fukahânın bu meselede istinâd ettikleri delil-i naklî mezkur hadisten ibarettir. Hadis-i şerif, sadaka-i müebbedenin meşruiyetini göstermekte olup ahkâmı şâmil olmadığından vakıf hakkındaki ahkâm tamamıyla eimmenin eser-i ibdâ'dır ve bu sebeptendir ki gerek eimme-i erbaa ve gerek onların şakirdleri arasında vakıf mesâilinde çok derin ihtilafât hâsıl olmuştur. Eimme-i erbaa ile şakirdlerinden her birisi, bu müessese-i cedîdenin mebâdisini tesis etmeye çalışırken, kendi fikrine göre mütalaâta girişmiştir. Yalnız mezheb-i Hanefî nazar-ı itibara alınsa bile görülür ki müessis-i mezheb Ebu Hanife'nin başlıca şakirdleri olan İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, hem üstadlarıyla, hem de kendi aralarında daimî bir ihtilaf halinde bulunmuşlardır. Ebu Hanife'ye göre vakıf, bir akd-i gayr-ı lâzımdır. İmam Ebu Yusuf ise vakfı bir akd-i lâzım addeder. Onun vaz' ettiği ahkâm, zamanında tehâlükle mazhar-ı kabul olmuştur. Zira bu kavâid bir vakıf tesis etmek isteyen kimsenin menâfiine muvâfık bulunuyordu. İmam Muhammed, üstadı Ebu Yusufun bu kavâid-i hürriyet-perverânesi aleyhine kıyâm etmiştir. Zira o, son derslerinde bulunduğu İmam Mâlik'in efkâr-ı muhafaza-kârânesiyle meşbu [i]di. İmam Ebu Yusuf'a ve hatta bazı kerre İmam Ebu Hanife'nin pek fazla aklî ve nazarî bulduğu nazariyâtıyla her an mücadelede bulunmuştur. Vakıf hususundaki şu ihtilafât nazar-ı itibara alınırca fukahâ-yı ızâmın, metne istinâd etmedikleri zaman kendi fikirlerine; daima mesâil ve müşkilâtı, delâil-i akliye ve nakliye ile ve incelikle, firâset ve maharetle halletmek hususundaki müfrit gayretlerine nasıl vâsi bir zemin-i cevelan verdikleri ve her birisinin, hatta en selâhiyetdâr hasımlarının bile fikirlerini nazar-ı itibare almadan, mantıkî olmaktan ziyade müfid görünen şeyi talim ettikleri görülür. Nassın mefkûd veya nâ-kâfi olduğu mahallerde bu ihtilafât derinleşir.

Dört büyük imam, nukât-ı mühimmede muhtelifül'efkâr olmakla beraber vakfın tesisini teshil için, kanun-ı veraseti itibardan düşürmeyecek ve bir

faraziye ile kanun-ı veraset bertaraf edilmeyecek, onun ahkâmından sıyrılmak mümkün olmayacak surette bazı çareler, tedbirler ittihaz etmişlerdir. Meselâ vâkıfın vakf ettiği maldan derhal keff-i yed etmesi esasını vaz' ettiler. Bu surette vakıfta men-lehü'l-intifâ olanların derhal mal-i vakfa vaz'-ı yed etmesi ve vakfin, kendisi tarafından habs ve vakf edilen maldan istifade edememesi kaide ittihaz olundu. Bundan başka vakfiyenin kadılar tarafından tescilini lâzım addettiler. Hatta İmam Mâlik, vâkıfa birinci derecedeki evladını vakıftan istifade ettirmek selâhiyetini vermemiştir. Fakat insanları vakfa teşvik etmek hissiyle mütehasıs ve meşbu olan İmam Ebu Yusuf, müessesenin tevessüüne mâni olabilecek her şeyi tayy u ilga etmek taraftarıydı. Hatta vâkıfın fiilî keff-i yedini gayr-ı mecburi addetmiştir. Bu surette vâkıf, mal-i mahbusa yine sahip olmak üzere kalıyor; yani vâkıf, bir emr-i hayr vücûda getirerek tarz-ı hayatına hâlel getirmeden, mâmelekini tenkis etmeden, hem vakıfta men-lehü'l-intifâ olanların şükran ve minneti, hem de mükâfât-ı uhreviyeyi kazanıyor. Ebu Yusuf, bundan başka hâkimin tescil etmek suretiyle vakfa müdahalesinin pek zaruri bir şey olmadığını beyan etti. Bu fikir memâlik-i İslâmiyenin bir kısmında gayr-ı mer'î ve bir kısmında câridir. Memâlik-i Osmaniyede bu esas takip edilmiyor, yani tescil şart ittihaz ediliyor. Cezayir'de ise evkafın onda dokuzu şahitler huzurunda itmâm ediliyor. Ebu Yusufun bu nazariyesine göre "vakıf, izhar-ı arzudan başka bir şey değildir" demek olur. Şu mütalaâta, mezheb-i Hanefînin, bütün evlad ve ahfadın mevkûfun-aleyh yapılabileceğine dair olan müsaadesi de ilave edilecek olursa vakfî yeni bir müessese-i veraset gibi göstermek isteyenlerin iddiası kesb-i kuvvet etmiş olur. Maahaza verasetle vakıf arasında esasen ve hukuken mevcut olan farklar bunların ayrı ayrı birer müessese olduklarını vâzihan irâe eder.

Müctehidîn-i fukahâdan bazıları bu şekilde vakfin meşruiyetini inkâr etmişlerdir. Kadı Şüreyh, diyor ki: "Allah tarafından tesis edilen kanun-ı verasete muhalif bir vakfın vücûdu kabul edilemez".

Ebu Yusuf'a muhalif olan müctehidîn, Şüreyh kadar ileri gitmemekle beraber İmam-ı müşârunileyhin kendi efkâr-ı hukukiyelerine muvâfık bulmadıkları mebdâdisine bütün kuvvetleriyle hücum etmişlerdir. İmam Muhammed, iki mualliminin, Ebu Hanife ile İmam Mâlik'in fikirleriyle meşbu olarak, vakfa idhal edilmek istenilen bidatları reddetti. Fakat bu bidatlar vâkıfların işine geldiğinden, zamanın diğer müctehidleri tarafından hücumu maruz kalmakla beraber mazhar-ı kabul oldular. Vâzı'-ı ahkâm olan müctehidîn, mebdâî ve

esasâta dair mücadelât ve münakaşâta bulunurken müslümanlar, kâmilen, Ebu Yusuf'un ictihadını kabul ve tatbik ederlerdi. O suretle nihayet bu fikir, bir emr-i vakiin teyyüd etmesi oldu. Ebu Yusuf'un mahirâne nazariyatı ve incelikleri, zamanın ihtiyacât ve temayülâtına tevâfuk etmişti.

3. Vakf-ı Âdînin Tevessü ve İntişarını Müstelzim Olan Ahvâl

Vakfın tarihçesinden, pek umumî bir nazarla, bahsettikten sonra şimdi de vakf-ı âdînin süratle tevessü ve intişarını müstelzim olan ahvâl ve esbâbdan bahsedeceğiz.

Bu esbâb müteaddiddir. Evvelâ şurasını tahattur etmek icab eder ki sadr-ı İslâmda müslümanlar, şeriat-ı İslâmiyenin vaz' ettiği ahkâm-ı cedîde-i hukukiye ile kesb-i istînâs edebilmek, eski milli ananât ile takarrur eden ahkâm ve kavâidden birden bire uzaklaşmak hususlarında az çok mücâhedâta bulunmaya, yeniliği kabul edivermekteki müşkilâtı iktihâm etmeye mecbur olmuşlar ve ahkâm-ı hukukiye müsait oldukça ananât-ı kadîme izlerini muhafazaya devam edegelmişlerdir. Her milletin âlem-i hukukîsindeki devre-i intikaliyesinde tesadüf edilen bu hal pek tabîi ve zaruriyül-vukû telakki edilmek icab eder. Tarih-i hukuk bunu isbat edebilecek vekâyi ve hadisât ile mâlîdir. İşte bu meyl-i mazinin sevkiyledir ki ikinci ve üçüncü asr-ı hicrîde Ebu Yusuf'un hürriyet-perverâne efkârı, kabul-i âmmeye mazhar oluyor ve tatbik ediliyordu. Vakıf hakkında vaz' ettiği ahkâm-ı müteceddidâne, kadîm ahkâm ve ananâtı unutamayan kimselerin bu meyillerini okşuyordu. Kable'l-İslâm kadın, verasetten hariç kalırdı. Arapların birçok âdât ve ahkâm iktibas ettikleri İbranî hukukundakinden daha şedîd bir surette kadın, mahrum-ı veraset idi. Hazret-i Muhammed, kadınlara nizâm-ı irsîde bir hisse-i kanuniye verip onları sınıf-ı vârisîne yükselterek yeni bir hukuk vaz' etmiş oluyordu. Bu hukuk vaz'-ı ilahî olduğundan münakaşa ve tağyir edilemezdi. Fakat evkafa dair vaz' edilen ahkâm ile aile reisine, hayatında iken emvalini kendi uhde-i hukukiyesinden (*patri-moine*) çıkarmaya ve bu suretle o halde verasetin cereyan etmemesini temine hâdim bir vasıta verildi. Daha doğrusu mevcut olan bu vasıttan ashâb-ı emlak istifade etmek yolunu buldular. Vakf-ı âdî ise bu sebeple mazhar-ı tevessü ve inkişaf oldu.

Müessese-i vakfın hüsn-i kabulünü müntic olan ikinci sebep, vâkıfa

emlakini müsadereden kurtarmak imkânını vermesinden ibarettir. İntifâ, mülkiyet-i mahzadan yani rakabeden ayırıp bu mülkiyeti, önünde en büyük memurların bile ser-fürû olacağı bir müessese-i ibadete terk ve tahsis etmekle bir gayrimenkulün sahibi, emvalinin menfaatini kendisine ve ahfâdına temin edebiliyordu.

Vakfın kabul ve inkişafına bâdî olan bu iki sebepten mâadâ vâkıfa temin ettiği diğer menâfi onu bu yolda teşvik etmiş oluyordu. Vakıf, vâkıfın muahharan hâdis olan düyûnundan dolayı aleyhinde vâki olacak takibât-ı adliye-den kendisini masûn bulundururdu. Zira bir vakıf, üzerinde hiçbir dâyinin iddia-yı hukuk edemeyeceği bir mal idi. Kezalik vakıf, malı şufa hakkının mahall-i tatbiki olmaktan kurtarırdı. Nihayet vâkıf, zükûr ve inâs evladına mütesaviyen emval terk etmek, intikal edecek hisseleri istediği gibi tayin ve tespit etmek iktidarını ihraz etmiş oluyordu.

Ve'l-hâsıl müslümanlar bidâyet-i emrde vakfı bir emr-i hayr gibi telakki ettiler, bilahare onu müsaderât-ı keyfiyeye karşı bir siper, hısas-ı intikaliyeyi irade-i zâtiyeye göre tayin ettirebilecek bir vasıta gibi kullandılar. Bununla beraber vakfı yeni bir müessese-i veraset gibi telakki etmek mümkün olmadığını âtîde izah edeceğiz.

4. Vakfa Dair Fıkh-ı Hanefînin Başlıca Âsârı

Fıkha dair tasnifâtta bulunan müctehidîn-i fukahâ, eserlerinde vakıf ahkâmından bahsetmişlerdir. İmam-ı Âzam'ın *Fıkhü'l-Ekber*'inden sonra İmam Ebu Yusufun *Âdâbü'l-Kâdı* namındaki eseri gelir. Muhammed eş-Şeybanî birçok eserler bırakmıştır ki en meşhurları *Câmiü'l-Kebir* ve *Câmiü's-Sagir*'dir. Bunlardan mâadâ âsâr-ı meşhure şunlardır: Şemsü'l-eimme Ebubekir es-Serahsî'nin *el-Mebsut* adlı eseri, Burhaneddin Muhammed bin Ahmed'in *el-Muhitü'l-Burhanîsi*, Alaaddin'in *Tuhfetü'l-Fukahâ* isimindeki eseri; Burhaneddin Ali bin Ebubekir'in *el-Hidâyesi*, Emir Kâtib bin Emir Ömer'in *el-Kifâyesi*, Kemaleddin Muhammed es-Seffal'in *Fethü'l-Kadîri*, Abdullah bin Mesud'un *el-Vikayesi*, Şeyh İbrahim bin Muhammed el-Halebî'nin *el-Mülteka'l-Ebhûru*, Muhammed el-Haskefi'nin *ed-Dürrü'l-Muhtarı*, Şeyh İbn Âbidin'in *er-Reddül-Muhtarı*, Ömer Hilmi Efendi'nin Türkçe olarak *Ahkâmü'l-Evkafi*, Muhammed Hamdi Efendi'nin keza Türkçe *İrşâdü'l-Ahlâf fi Ahkâmi'l-Evkafi*.

5. Avrupa Müellifin-i Hukukiyesinin Vakıf Hakkındaki Mütalaaları

Hukuk-ı İslâmiyeye dair telif-i âsâr eden Avrupa ulema-yı hukukundan bazıları vakfı yeni bir müessese-i veraset gibi, bazıları vasiyet ve hibe hükmünde bir akit gibi telakki etmişler, bazıları da vakfı Fransa hukukundaki bazı ukûda teşbih etmişlerdir. Onlar vakfı mütalaa ederken Garb manzume-i hukukiyesi düsturlarının tesirâtından âzâde kalamayarak Şark hukukunu kendi adese-i ilmiyeleriyle müşâhede etmiş olduklarından hukuk-ı İslâmiye nokta-i nazarından bazı hatalara düşmüşlerdir. Vakıf hususunda olduğu gibi diğer birçok mesâilde de bir Avrupa hukuk âlimi için en mühim müşkilât, küçükten beri ale'l-umum hukuk hakkında edindiği malumattan tecerrüd etmekte ve kavânîn-i Garbiyenin esasâtını teşkil eden nukât-ı nazara göre değil, İslâm hukukunun esasâtına göre muhakeme etmeye muvaffak olmaktadır.

İslâm hukuku tedkik edilirken ekseriya, güyâ yek-diğerine müşâbih iki müessese arasındaki avâmil-i mukayeseden biri olarak Roma hukukuyla ondan neş'et eden kavânîn nazar-ı itibara alınıyor. Filhakika, bedîhidir ki, bir kavmin kavânîninin asıl sebep-i mevcudiyeti hayat-ı ictimâiyesindeki ihtiyacât olduğu ve bu ihtiyacât insanlar için az çok müşâbih bulunduğu cihetle yeni ve eski muhtelif kavânînde bazı mertebe mümâselet ve müşâbehet bulunabilir. Bu müşâbehet-i cüz'îye hiçbir zaman kavânîn-i muhtelif esasât ve ahkâmının aynı olmasını intâc etmez. Binâenaleyh İslâmiyete hâs bazı müessesâtın mahiyetini anlamak için Roma hukukundan istidlâlâtta bulunmak hatalı bir yoldan gitmek demektir. Fukahâ-yı müctehidîn, o zaman her tarafa intişar eden Roma hukukunu tanımış olabilirler; fakat bu marifet, hiçbir vakit hukuk-ı İslâmiyenin menâbi'-i asliyesini terk ile ahkâm-ı hukukiyeyi başka taraflarda aramaya bâdî ve sâik olmamıştır. Bu sebepledir ki hukuk-ı İslâmiye daima tamamıyla aslî, bidâ'î (*original*) bir mahiyeti haiz kalmıştır.

Bu cihetleri şöylece kaydettikten sonra Avrupa müellifin-i hukukiyesinden bazılarının vakıf hakkındaki suret-i telakkilerini ve bu telakkiyâtta hataları göstermek münasiptir.

Müellifinden Gatteschi, *Mülkiyet-i Arazi, Ferâğ Bi'l-Vefa ve Evkaf Hakkında Tettebbu (Etude sur la propriété foncière, les hypothèques et les Wakfs)* nam eserinde [vakfın], "*emphytéose*"den muktebes olduğunu beyan eder. Vakıf, bilâ-bedel ve vahîdü't-taraf bir akittir. Halbuki "*emphytéose*", bedel ile sünâ'iyü't-taraf bir

akit olduğu cihetle bu fikir kabul edilemez. Filhakika vakıf, bazen “*emphytéose*”¹ denilen akde pek müşâbih bazı ukûd tevliid eder; hakir, icareteyn gibi. Fakat bu müşâbeheth bi’z-zat vakıfta mevcut değildir.

Diğer birtakım müellifler vakıf ile eski Fransız hukukunun vasiyet, hibe, vekalet ukûdu arasında bir müşâbeheth müşahede etmişlerdir. Bu muhtelif müesseseler vakıf ile müteaddid nukât-ı münasebet irâe edebilirler; fakat şu nukât-ı müşâbeheth yanında vakfı müessesât-ı mezkureden suret-i mutlakada tefrik eden ve vakfa bir hâssa-i bedâ’iyet veren ihtilaf noktaları zikr edilebilir.

Cezayirli hukukî-i şehîr M. [Eug.] Robe, bu maddeye dair derin bir tettebbuâtı ihtiva eden eserinde şu suretle beyan-ı fikr ediyor:

“Vakfın hukukumuzda nazîri yoktur. Bu, ne bir vasiyet, ne bir hibe, hatta ne de bir şerâit-i mahsusayı haiz hibedir (*‘substitution’*)”.

Vakıf, Fransız hukukunun bu müessesâtına benzemediği gibi bizde de hibe ve vasiyet ile vakıf arasında pek esaslı farklar vardır. Filhakika vakfı vasiyet gibi telakki etmek doğru değildir. Vasiyette mûsâ, emvalini mâ-ba’de’l-mevte muzâfen tanzim eder. Bu zaman ise hal-i hâzırda mevcut olmayıp istikbale ait ve gayr-ı muayyen bir zamandır. Vakfın ahkâmı ise müessisin hayatında cereyana başlar. Vasiyet, nizam-ı irsînin (*statut successorale*) bir kısmıdır. Mûsâ, nizam-ı irsiye o kadar riayet eder ki mûsâ-lehleri tayin hususunda mûsâyaya verilen selâhiyet, ahkâm-ı diniye ile vârislere tahsis edilen hisseden fazla onlara bir şey itâsına müsait değildir. Vakıf, bilakis ahkâm-ı irsiyeye münâfi olabilir. Vâkıf, emvalinin suret-i terk ve intikalini tamamıyla kendi arzusuna göre, serbest, bilâ-mâni tanzim eder ve vasiyette olduğu gibi muayyen hisseleri ve hakları mahfuz vârisler yoktur. Vâkıf, bütün emvalini ecnebler menfaatine, hatta bir kısım vârislerin zararına olarak diğer bir kısım vârisler menfaatine vakf ve tahsis edebilir.

Ve’l-hâsil evvelâ, ecnebiye yani vâris olmayan kimseye vasiyet ancak sülüs-i mal hakkında nâfız ve muteberdir; vakıfta ise böyle değildir. Bir kimse bütün emvalini istediğine bilâ-mâni vakf etmek iktidarını haizdir. Sâniyen, bir kimse veresesinden birine vasiyet eder ise vasiyeti verese-i sairenin icazetine mevkufdur. Onlar mucîz olursa muteber olur ve mucîz olmazsa muteber olmaz. Vakıfta böyle bir icazete lüzum yoktur. Sâlisen vasiyet ba’de’l-mevt düyûnun infazından

¹ *Emphytéose*: Mahiyet-i mahsusayı haiz bir icardır ki müstecire pek vâsi hukuk temin eder, müddeti yüz seneyi tecavüz edemez.

sonra infaz olunduğu halde vakfın hükmü derhal nâfiz olur. Ahkâm-ı fıkhiyece medyunun vakfı sahihtir. Fakat 950 tarihinde Şeyhülislâm Ebussuud Efendi merhumun arzı üzerine sâdır olan irade-i seniyye ile medyunun vakfını tes-cilden hükkâm men edilmiştir. Binâenaleyh medyun hal-i sıhhatinde emlakini vakf ettikten sonra vefat edip eda-yı deyne vâfi diğer malı olmasa dâyinler vakfı hâkime nakz ettirip ol emlakten istîfâ-yı deyn edebilirler. Bu noktada vakıf ile vasiyetin hükümleri birdir. Fakat bir kimse medyun değil iken hal-i sıhhatinde bazı emlakini müseccelen vakf edip ba'dehu medyun olarak asla terekesi olmadı-ğı halde vefat etse bile dâyinler emlak-i mevkufeye müdahale edemezler; işte bu noktada vasiyetin hükmüyle vakfın hükmü bir değildir.

Vakıf ile vasiyet şu nukât-ı esasiyede farklar irâe etmekle beraber nukât-ı fer'iyede de muhtelif hükümlere tâbidirler.

Vakıf bir hibe midir? Bu iki müesseseyi idare eden ahkâm ve mebâdî ara-sında bir münasebet ve müşabehet var mıdır?

Avrupa hukuk müelliflerinden bazıları böyle bir münasebet ve müşa-behet bulunduğu fikrini dermeyân etmişlerdir. İskenderiye Mahkeme-i Muhtelitesinin, 3 Nisan 1895 tarihli bir kararı² bu iki müessese arasında hukukî bir münasebet bulunduğunu kabule kadar gitmiştir. Bu karara göre vakıf, birisi mülkiyet-i mahzanın yani rakabenin terk edildiği emr-i hayr için, diğere intifâın matuf olduğu mevkufun-aleyhler için olmak üzere bilâ-bedel bir hüküm-i muzâ'af tesis eden bir hibe-i mürekkebedir. Mahkeme, bu mebdeden hareket ederek müessesenin butlân-ı mutlakı intac ettiğini göstermek için hukuk-ı tabiiye ve adalet bahanesiyle Roma hukuku mebâdîsini ve Fransız hukukunun “donner et retenir ne vaut [rien]” kaide-i külliyesini (*adage*) nazar-ı itibara alıyor.

Bu muhakemedeki sakatları göstermek güç değildir: Evvelâ, Roma hukuku mebâdîsiyle Fransız hukukunun ve hukuk-ı tabiiyenin bu hususta ne münasebeti vardır? Eğer kıyas tarikiyle muhakeme edilmek isteniliyorsa avâmil-i mukayeseden olmak üzere hukuk-ı İslâmiye mebâdîsini de düşünmek lâzım gelir. Bu halde vakfın bir hibe olmadığını görmek kolaydır. Vakıf, hibenin evsâf-ı esasiyesini asla haiz değildir: Evvelâ, şerâit-i esasiyesinden birisi vâhibin halen terk ve ref-i yedidir. Bir vakfın müessisi ise ân-ı tesisinden itibaren

² Eug[éne].Clavel, [*Droit musulman*] - *Le wakfou habous [d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malékite)]*, [Le Caire 1896], cild 1, s. 34.

mülkiyet-i mahzasından ref-i yed ederse de müddet-i hayatında intifâ etmek hakkını kendisine hıfz ve tahsis edebilir. Vakıfta sahih olan böyle bir kayıt, hibeyi iptal eder. Sâniyen, vakıf gayr-ı kâbil-i rücûdur. [Mezheb-i] Hanefiye göre hibe bilakis, esasen kâbil-i rücûdur. Vâhib, şurût-ı malume dahilinde mal-i mevhubu istirdâd etmek hakkını haizdir; hatta nefsinden bu hakkı iskat etmiş olsa bile. Roma ve Fransız hukukunda hibeden adem-i kabiliyet-i rücû, bir kaide ve esas olduğu halde hukuk-ı İslâmiyede bir istisnadır.

İşte görülüyor ki vakıf ile hibe yek-diğerinden pek ayrı şeylerdir. Vakıf ile hibe arasında diğer birtakım ihtilafât-ı esasiye daha zikr etmek mümkündür: Vakfı tesise sâik olan his ile vakf edilen mal, hibedeki his ile ve mal-i mevhub ile müşabehet arz etmez. Bundan başka istisnaen tecviz edenlerden başka emval-i menkulenin vakfı gayr-ı caizdir. Hibede böyle bir kayıt yoktur. Kezalik mal-i mevhubun mülkiyeti vâhibden mevhubun-lehe intikal eder. Halbuki vakıfta mülkiyet-i mahza yani rakabe, mülk-i ilahîde kalarak menâfiin intikali vâkıf tarafından ihtiyar ve arzuya göre tanzim edilir.

Vakıf, eski Fransız hukukundaki “*substitution*”lara benzer mi?

“*Substitution*”da muhafaza ve bilahare iade etmek vazifesiyle mülkiyeti terk etmek vardır; yani bir kimse diğerine bütün mâmelekini devr eder, o şart ile ki ol kimse bu malı muhafaza ve ba’de vefâtihi iade etmek vazifesini haiz olacaktır. Bu âdeta bir hibedir, bir miras veya hediye tesisidir. Halbuki vakıfta men-lehül-intifâin mevhubun-lehe veya tayin edilen bir vârise benzemediğini gösterdik. “*Substitution*”da vekil kendi menfaatine olan hakiki bir kayd-ı şahsî (*servitude personnelle*) ile bir şeyin mâliki oluyor. Fakat keyfiyet-i intikal ancak birincinin uhde-i hukukiyesinden (“*patrimoine*”³), ikincinin uhde-i hukukiyesine bir tarik-i istihlâf (*par voie successive*) ile vukû bulur. O kadar ki vekil hibeyi reddederse hüküm bâtil olur. Zira vekil vekaleti kabul etmemekle kendi menfaatine ait olan cihet mahv oluyor. Vakıfta ise muayyen olmayan mevkûfun-aleyhlerin kabulü şart olmadığı gibi muayyen mevkûfun-aleyhin adem-i kabulü de vakfın butlânını intac etmez. Şunu da ilave edelim ki “*substitution*”da bütün bir mülkiyetin yani rakabe ile beraber menâfiin intikal-i mütemâdisi vardır. Vakıfta ise yalnız intifâ intikal eder. Ve kezalik birçok ahvâlde vekilin rızasına ihtiyaç

³ “*Patrimoine*”, ıstılah-ı hukukîsi Türkçe’ye “zimme”, “şahsiyet-i hukukiye”, “küll-i hukukî” gibi tabirat ile nakl edilmiştir. “Zimme”, yalnız aleyhde olan tekâlifi irae eder; “şahsiyet-i hukukiye”, daha başka mânalarda kullanılır; “küll-i hukukî”, evvelki iki tabire nisbetle daha iyi ise de muharrir-i âciz “uhde-i hukukiye” tabirini vaz’ ve bunu diğerlerine tercihan, şimdilik, istimal ediyorum.

olmadan ve bütün ahvâlde vekilin rızasıyla vekâletin mevzuunu teşkil eden emval kâbil-i bey' u ferağdır. Bu hal vakıfta mevcut değildir. Şu ciheti de unutmamalı ki “*substitution*” ekser-i ahvâlde netâyicini ancak müvekkilin vefatından sonra husûle getirir, halbuki vakıf, mal-i mevkûfu vâkıfın mülkiyetinden derhal ihraç eder.

Müellifinden bazıları da vakfı bir müessese-i veraset gibi telakki ederler ve bunu asıl ahkâm-ı irsiyeye muhalif bulurlar.

Kadı Şüreyh'in beyanı vechile vakıf, hakikaten Şâri'-i Âzam'ın vaz' ettiği ahkâm-ı irsiye ile hal-i tenakuzda mıdır ve yeni bir müessese-i veraset midir?

Bu suale cevap vermek için evvel emirde kavânîn-i Garbiyeyi idare eden hukuk-ı irsiye mebâdîsini zihinden çıkararak şeriat-ı İslâmiye nokta-i nazarından meseleyi mülâhaza etmek icab eder.

Fransa ve hemân bütün Avrupa akvâmı kanunlarına göre hakk-ı irsî, bir şahsa revâbit-ı tabiiye ile merbut olan bir şahsın zî-hayat ve kâbil-i hayat olarak dünyaya geldiği andan itibaren vücûd bulmakla beraber bu hak mûrisin (*de cujus*) uhde-i hukukiyesini (*patrimoine*), onun hayatında bir dereceye kadar tahdid eder. Verese-i mukayyede ve meşrutanın (*héritiers réservataires*) vücûdu, gerçi bir mâmeleki, mülkünü istediği bedel ile mülkiyetten ihraç etmeye hiçbir mâni ihdas etmezse de “*patrimoine*”nın yalnız bir kısmında bilâ-bedel tasarrufa ehliyetini tahdid eder. Bu tahdidin neticesidir ki veraset kaidesi, vâhibin vefatıyla, verese-i mukayyede ve meşrutanın zararına olarak haksız bir surette terk ve teberru edilen malı, onlara intikal eden emval meyânına idhal eder; bu suretle hakk-ı veraset, verasetin küşâdından evvel mûrisin (*de cujus*) hayatında bile gayr-ı kâbil-i itiraz bir surette netâyici husûle getirir.

Hukuk-ı İslâmiyede ise hal asla böyle değildir. Verese-i şer'iyenin sıfatı, mûrisin emvali üzerinde ancak onun vefatından sonra bir hak temin eder; şunu da tahattur etmeli ki miras, vasiyetin ve düyûnun ifasından sonra kalan emvali ihtiva eyler. Çocukları ve diğer halef olabilecek olanları bulunan adam hısas-ı irsiyede vasiyet tarikiyle tadilat vücûda getiremez ise de hayatında bütün emvalini gerek bir ecnebiye ve gerek kendine halef olabileceklerden birisine hibe etmekle bütün veresesini mirastan mahrum bırakabilir. Ber-hayat olanlar arasında serbestî-i teberru, gayr-ı mahduddur. Veresenin hakkı ancak mûrisin vefatından sonra tahakkuk eder ve vefatı günündeki emvali üzerinde cereyan eyler.

Hukuk-ı İslâmiyede muhtelefun-fih olmayan bu mebâdî, vakfin mahiyetini

daha adlî bir tarzda takdir etmeye müsaittir. Vakıf, ber-hayat olanlar arasında bir hibe olmadıktan başka Kur'an-ı kerimin tayin ettiği ahkâm-ı şahsiyeye, nizam-ı şahsî ve irsîye (*statut successorale*) de taalluk etmez, bunda da dahil değildir. Zira bu nizamın⁴ tatbiki ancak mûrisin vefatından sonra başlar ve bu esnada vakfî teşkil eden veya bir hibenin mevzuu olan emval, vakıf ile hibenin vukûları anında ve ekseriya yıllarca mukaddem müessisin "*patrimoine*"nından çıkmış bulunur. Bu o kadar doğrudur ki fukahâ-yı ızâm, maraz-ı mevtte vâki olan vakfî muteber addetmezler ve böyle bir vakıf vasiyete benzetilerek verese-i şer'iyenin hisseleri üzerinde bir tesir husûle getirmez.

Mûlahazât-ı sâbika gösteriyor ki vakıf asla nizam-ı irsîye dahil değildir ve nizam-ı şahsîye taalluk etmez. Bu ancak müslümanlarca müselleme mebdâ-i mahsusaya tevfikân vukû bulan bir şekl-i mahsus-ı ferağdır.

Vakıf, nizam-ı irsîye o kadar az benzer ki birçok müellifler vakf-ı muvakkati kabul ve bunun vâkıfın vefatından evvel bile hitâm bulabileceğini teslim ederler. İmam Ebu Yusuf, bir aydan fazla bir zaman için fukara menfaatine olan vakfî muteber addeder, diğer müctehidler bu müddetin hiç olmazsa bir sene olması fikrindedirler. İşte vakf-ı muvakkatin -velev ki bazı müctehidler fikrinde- mevcudiyeti, vakfî nizam-ı irsîde bir tagayyur vücûda getiren bir akit gibi göstermek isteyenlerin fikirlerinin ne kadar hatalı olduğunu gösteriyor.

Vakf edilen mal, vâkıfın uhde-i hukukiyesinden çıkar, fakat vâkıfın kendi arzusıyla ve bir maksad-ı muayyen ile çıkar ve bu maksadın husûlünü temin için âdetâ mahcur kalır. Bu maksad da malın, mülk-i ilahîde mahbus kalmasıdır. Mal-i mahbus, hukuk-ı hususiye kavâidine ve bilhassa intikal ve veraset kanunlarına tâbi olmaktan kurtulur. Fakat vakfın gayesi olan şey hâsıl olmazsa mal serbest kalarak daire-i fa'âle-i ticarete dahil olur; mülk sıfatını bi'l-iktibas müessise veya verese-i şer'iyesine avdet eder ve şer'an muayyen olan nizam-ı irsî cereyan-ı aslîsini alır. Zira mâni olan hal-i vakfiyet zâil olmuştur. Kezalik vakıf kâbil-i icra olmayınca münfesihi olur ve bi'n-netice mal-i mevkûf müessis-i vakfa veya veresesine avdet eder. Aynı vechile vakfın müteallik olduğu emr-i hayr veya nef-i âmm mün'adim olunca mal-i mevkuf, iktibas-ı hürriyet eder.

Müctehidîn-i fukahâ bir müslümanın, kendi mezhebinden başka bir mezheb ahkâmınca bir vakıf inşasını kabul ederler; fakat vâkıf, yalnız vakıf husu-

⁴ "*Statut réel, personnel successoral*" tabirâtını "nizam-ı aynî/şahsî/irsî" diye tercüme etmek münasıptır zannedirim. Daha muvâfik tercümeleri bulununcaya kadar bunları istimal edeceğim.

sunda o mezheb ahkâmına tâbi olur. Müctehidîn-i ızâm taraflarından vâkıflara itâ olunan bu hürriyet -ki böyle bir hürriyet yalnız vakıfta kabul edilmiştir-şunu isbat ediyor ki vakıf kavâidi sâliklerinin arzu ve iradelerine göre kâbil-i tagayyur ve tadil olmayan nizam-ı şahsî ve irsîden hiçbirisine ait değildir. Hiç kimsenin zihnine vârid olmaz ki bir Hanefî, mirasını Mâlikî mezhebi kavâidine göre tanzim ve vasiyetini o mezheb ahkâmına tevfiik edebilsin. Müslümanların nizam-ı şahsî ve irsîsi, sâlik oldukları mezheb tarafından tayin edilmiştir ve bunun ahkâmı değiştirilemez. Bir vakfın müessisine verilen haddenden efzûn ve müstesna müsaade, eğer vakıf nizam-ı irsîye taalluk etseydi, hiçbir zaman itâ edilmezdi.

Şeriat-ı İslâmiyenin bu kat'î ve sarîh ahkâmına karşı bazı müellifin ile beraber muhtelif İslâm memleketlerinde bulunan bazı mehâkim-i muhtelite vakfı bir müessese-i veraset gibi telakki etmekten çekinmemişlerdir. Ez-cümle,

- "Reis-i aile bir vakıf tesisıyla usul-i tevrîsi tadil edebilir" (Cezayir İstinaf Mahkemesi, 6 Nisan 1868).

- "Vakıf, hususî bir nizam-ı veraset ihdas eder" (aynı mahkeme, 15 Şubat 1864, 1 Mayıs 1879).

- "Kanun-ı İslâm iki suret-i tevrîs kabul eder: Biri kanun ile muayyen, diğeri irade-i insaniye ile muayyen olan usul-i intikal" (aynı mahkeme, 23 Mart 1874).

- "Men-lehül-intifâllardan her birisinin vakıf varidâtından bir hissesini tayin etmek münhasıran nizam-ı şahsîye tâbi bir mesele-i veraset meydana çıkarır" (İskenderiye Mahkeme-i Muhtelitesi, 1 Haziran 1892).

Şu zikir ettiğimiz ve daha birçok emsalinin zikri mümkün olan mukarrerâtta mündemic nazariye, adlî bir nokta-i nazardan gayr-ı kâbil-i kabuldür. Vakıf, Kur'an'ın vaz' ettiği usul-i tevrîsten başka bir usul-i tevrîs ihdas etmiyor ve hukuk-ı irsiyeyi asla takyid etmiyor. Verese-i şer'îye daima Kur'an'ın vaz' ettiği tertip dahilinde mekâdire mâliktir. Yalnız onlar, mûrislerinin uhde-i hukukiyesinden (*patrimoine*) daha evvelce çıkmış olan emvale vâris olamazlar. Zira o emval suret-i mutlakada kanunî ve şer'î bir selahiyetle miras haricine çıkarılmıştır.

Bâlâda mezkur mukarrerâtta tesadüf edilen hatanın sebebi evvelâ, kelime teşevvüşâtıdır. Bir vakfın müessisi, suver-i intikali kendi arzusuna göre tayin eder; yani emval-i mevkûfenin hakk-ı intifâma müteakiben nail olacak olan eşhası tayin eyler. Men-lehül-intifâllardan birisi vefat edince onu takip eden muntakalün-ileyh vakıftan istifade hususunda ona halef olur. Fransız huku-

kunda “*succession*” kelimesi mâna-yı adlîsinde “*l’hérédité*”ye taalluk eder. Bundan şu netice istihrâc edilmiştir ki: Madem ki bir men-lehü'l-intifâ, diğer birisine halef oluyor (bu ancak “*sucééder*” kelimesi umumiyetle “*venir-aprés*” mânasında kullanılmak şartıyla doğrudur) demek ki vakıf, hususî bir tertib-i irsî tesis ediyor. Bu suretle nizam-ı irsîye dahildir.

Hatanın menbaı işte buradadır. Bazı kanunların vakfa müteallik mevâddından gayr-ı muvâfik tabirâtın istimali, izâle[si] sadedinde bulunduğumuz hatanın ve yanlış telakkinin ortadan kalkmamasına ve devam ve intişar etmesine bâis oluyor. Mısır Kanun-ı Muhtelitinin 77'nci maddesinde şu sözlere tesadüf olunur:

“Miras, müteveffanın mensup olduğu milletin kanunlarına göre tanzim edilir. Maahaza emval-i mevkufenin hakk-ı intikaline müteallik olan ‘hukuk-ı irsiye’ (*droit de succession*) kanun-ı mahallî ile tanzim olunur”.

“*Droit de succession*” tabiri yerine “hukuk-ı takip”, “hukuk-ı intikaliye” gibi bir mâna ifade eden bir tabir konulsa hata zâil olur.

Maahaza Mısır kanunlarının hey'et-i umumiyesi, zikr ettiğimiz hatalar ile beraber vakfî nizam-ı şahsî ve irsîye değil, nizam-ı mülkiye idhal eder. Mısır Teşkilat-ı Adliye Kanunu'nun 26'ncı maddesi Mısır hükümetini, yerlilerin nizam-ı şahsîsine müteallik kavânîni neşre mecbur kılıyordu. 1875'te bu neşriyat vukû buldu. Nizam-ı şahsîye ve başlıca verasete, vasiyete, hibeye müteallik ahkâmı mutazammın olan bu mecelle-i kavânînin vakfa müteallik ahkâmı muhtevi olmadığı görülüyor. Eğer vakıf herhangi bir cihetten nizam-ı irsîye müteallik olsaydı bu mecelleye dahil olurdu.

Kavânîni Osmaniyenin vakfî ne suretle telakki ettiğine yani onu nizam-ı şahsî ve irsî ile nizam-ı mülkîden hangisine idhal ettiği meselesine gelince: Tefrik-i vezâif hakkında şimdiye kadar tanzim edilen nizamât ile 31 Teşrin-i evvel 1333 tarihinde neşredilen Usul-i Muhakemât-ı Şer'îye Kanunu, evkaf davalarının rü'yetini mehâkim-i şer'îyenin daire-i vezâifi meyânına idhal ediyor. Mehâkim-i şer'îyenin selahiyeti dahilindeki mevâdd, umumiyetle veraset, vasiyet, nikâh gibi nizam-ı irsî ve şahsîye müteallik olan mevâddır. Vakfın bu meyânda bulunması, onun da nizam-ı şahsî ve irsîye dahil telakki edildiğine delâlet edebilir. Eğer tefrik-i vezâif meselesinde esas, ale'l-ıtlâk nizam-ı şahsî ve mülkî davalarının selahiyet-i rü'yetini tefrik etmek fikri olsaydı bu mütalaa pek ziyade vârid addolunurdu. Halbuki tefrik-i vezâifde böyle bir esas takip edilmemiştir. Zira ahkâm-ı adliyenin böyle bir taksimi, hukuk-ı İslâmiye ve

Osmaniyede mütearef ve kanunların bu esasa göre tertibi mutâd değildir. Böyle bir tefrikin sebebini, daha ziyade taknin edilmemiş mevâddın mehâkim-i şer'îye vezâîfi meyânına terk edilmiş olmasında aramalıdır. Bundan başka nizam-ı şahsîye dahil mevâddan bazılarının hall ü faslı selâhiyeti mehâkim-i nizamiyeye terk edilmiştir. Şu esbâba binâen bizde tefrik-i vezâîfi, nizam-ı şahsî ve mülkînin bir tefriki gibi telakki etmek ve ondan vakfın nizam-ı şahsî ve irsîye dahil addolunduğunu istintâc etmek doğru değildir.

Müsakkafât ve Müstegallât-ı Vakfiyenin İntikalâtı Kanunu, vakfı bir müessese-i veraset gibi gösteremez. Çünkü bi'l-icareteyn sıfatıyla mümtaz ve mazhar-ı tedavül olan müsakkafât ve müstegallât-ı vakfiye, hâssa-i esasiyesini çoktan kaybetmiş ve yeni bir mekûle emval ihdas etmiştir. Bu ise mevzu-ı bahsimizden hariçtir.

Nazariyat-ı hukukiye ve teşkilat-ı muhtelif-i adliyeden istinbât ettiğimiz delâil-i mesrûde vakfın nizam-ı şahsî ve irsîye dahil olmadığını ve onun yeni bir müessese-i veraset gibi telakki edilemeyeceğini ve gerek hukuk-ı İslâmiye ve gerek Avrupa hukukunda başka hiçbir akit ve tasarrufa kâbil-i kıyas olmadığını göstermeye kâfidir.

Hukuk-ı İslâmiyenin bidâ'î ve aslî bir müessesesi olan vakfın hayat-ı ictimâiyedeki ehemmiyet ve tesirâtından ve iktisaden olan mevki ve kıymetinden bahsetmek münasip olacaktı. Fakat elde mevzu-ı bahsi tenvir edecek vesâik ve delâil-i ihsâiye mefkûd ve bunların tedariki şimdilik hemân gayr-ı mümkün olduğundan ve bu hususta esasen malum olan mülâhazât ve nazariyatın tekrârından bir faide hâsıl olmayacağından bahsimizin bu cihetini mecburen tehir ediyoruz.