



# A CRITICAL ASSESSMENT OF THE WAQF LAW BEING PREPARED BY IDB/IRTI AND KUWAIT FOUNDATION

**Prof. Dr. Murat ÇİZAKÇA**

INCEIF University - MALAYSIA

## INTRODUCTION

There is a huge need in the Islamic world to revitalize the waqf system. The currently dilapidated state of waqfs in most countries should actually be considered as an opportunity to design a thorough reform taking into consideration not only the classical Islamic waqf law but also the latest practices and norms in the west. It is to be hoped that such a synthesis of the classical Islamic and modern western practices and norms in conformity with the *Sharfah* will lead to an ideal waqf law that can be of vital importance for the restoration of this institution.

Looked from this perspective, the IDB/IRTI and the Kuwait Public Foundation should be congratulated for preparing a waqf law to be proposed to the entire Islamic world.<sup>1</sup> In what follows, I will try to assess this law from the above perspective.

The law starts with an ambitious tone and states that it will be a superior law of waqfs and any existing law in contradiction to it will be abolished. This tone is then somewhat scaled down with the statement that the preface will be written subject to the constitution of each country. If an ideal law was prepared (and I am in agreement with most of the principles of this draft law) and the whole Islamic world embraced it, this would have obviously a very positive impact. But Islamic world is a huge place and there are myriad of vested interests. Consequently, while many items of the law might be embraced, I doubt if it would be applied *in toto*. With this *caveat*, let us now look at the details.

## ESTABLISHMENT

According to the classical Islamic law, a waqf is born when a wealthy person goes to the local judge, *kadi*, and declares his intention to establish a waqf. The *kadi* then records the amount of the *corpus* being donated for the purpose, subject to the condition that the capital is the private property of the founder. Thus, according to the classical tradition, there are two conditions at this initial stage; that the capital must be privately owned and that it must be registered with a local court.

<sup>1</sup> I am grateful to Dr. Adnan Ertem, the General Director of Waqfs in Turkey, for having provided me with a Turkish translation of this important document.

## A Critical Assessment of the Waqf Law Being Prepared by IDB/IRTI and Kuwait Foundation

Concerning registration, the IRTI-KPF draft law demands that when a person wishes to establish a new waqf, the founder must inform the local court, which will register it. The founder is also obliged to report his decision to the Association of Awqaf (The decree, item 72).

This is the traditional and, in my opinion, the correct way to establish a waqf. While I am in favour of informing the local court, the traditional method, and the Awqaf Association, I must warn against informing a state agency. History informs us that informing the state of its establishment can be detrimental for a waqf. Waqfs should operate as decentralized autonomous institutions without state interference.

In the United States unincorporated associations and trusts do not have to register with any state authority at all. Only incorporated associations requesting tax exempt status, need to register. The huge advantage of the American system is that it allows groups of people to meet together to pursue common purposes without having to obtain official approval or even acknowledgement. The disadvantage is that it makes it difficult to gauge the size of this sector.<sup>2</sup>

The American approach is very similar to the original Islamic norm, that is the establishment with kadi's approval alone. The New IRTI/KPF draft waqf law, correctly, provides for this. But it is important that the information given to the courts and the Awqaf Association stay with these institutions and are not conveyed to a state agency. Historical experience informs us that registration is the first step for state interference in waqf affairs.

### **OWNERSHIP OF THE CORPUS**

Concerning the condition of private ownership of the waqf's corpus, the IRTI/KPF draft makes clear that the endowed property must be the private property, *mulk*, of the founder (Item 6).

During the last century this condition has been relaxed when Iran confiscated the late Shah's property and established new waqfs with it. In Turkey and Malaysia also the state became an active waqf founder.<sup>3</sup> There is nothing wrong with this, providing the state established waqf has complete independence from the very state that has established it. On this issue, I would like to point out to the establishment of the Stiftung Volkswagenwerke in Germany. After the Second World War, two states, the state of Niedersachsen and the federal one, agreed to establish with the capital of the Volkswagenwerke, which they owned, a Stiftung, foundation, for promoting scientific research. Although established with state money, the complete independence of the foundation from state interference was planned with great care. In short, establishment of a foundation with state money might be acceptable providing the foundation is granted complete independence from the very state that establishes it. If this is not provided, the foundation can be impeded by bureaucratic inertia, even, corruption. The

---

<sup>2</sup> Salamon.. *I primer*, p. 21.

<sup>3</sup> To name just a few; in Iran, *Bunyad-i Mustaz 'afan*, and *Bunyad-e Panzdah-e Khordad*, in Turkey *Diyanet Vakfı*, in Malaysia the *Johor Foundation* as well as *Yayasan Waqaf Malaysia* were all established by state funds.

draft, correctly, allowed the endowment of only privately owned property. But this may create problems with the waqfs whose capital are state owned. While the law makers might allow for such waqfs, it is imperative that the law also insists on their independent and autonomous management.

### TYPES OF WAQFS

The IRTI/KPF draft law recognizes primarily the following three waqf types (Item 2):

- a) waqf khayri, charitable waqfs
- b) waqf ahli, family waqfs and
- c) hybrid waqfs.

Thus, family waqfs abolished in much of the Islamic world under the pressure of the colonial powers during the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries are now being reestablished.<sup>4</sup> This is clearly an important development. While this is so, the draft needs to take into consideration the following types as well.

d) Incorporated waqfs: These are waqfs that enjoy full incorporate status. Thus they can sue and be sued. They also provide full owner and entity shielding to their trustees. In the United States, such foundations enjoy full tax-exemption.

e) There are six types of waqfs that are officially recognized by the latest waqf regulation of 2008 in Turkey.<sup>5</sup> Referring only to the most important ones;

1) *Mazbut vakıflar* are those that survived from Ottoman era. Not having their original founders or their descendants as their trustees, they are managed by the General Directorate of Waqfs. The IRTI/KPF draft should recognize such waqfs. Indeed, what happens when the founders and their descendants disappear? Since waqfs are essentially perpetual institutions, such a possibility must be seriously considered. Such waqfs need a central authority to manage them. Within the framework of the IRTI/KPF draft, it is the Association of Awqaf which should provide this.

2) *Mülhak Vakıflar* are those that are still managed by their original founders or their descendants. As mentioned above, such waqfs should enjoy full incorporation with owner/entity shielding as well as full tax-exemption. The third and fourth categories represent Ottoman practice being reflected in modern republican norms.

3) *Mukataalı Vakıflar* pertain to properties built upon waqf lands. Originally accepted by the Hanbelis, this waqf type also known as *Hukr*, has been eventually accepted by all schools. The Lebanese law of Real Estate Ownership refers to this as *muqala\i ijarah tavilah*.<sup>6</sup> The *modus operandi* of these waqfs is as follows: the land is the property of the waqf and a developer

4 Procedural Appendix, items 3 and and 31.

5 MEB Mevzuat Bankası, *Vakıflar Yönetmeliği*, pp. 1-2.

6 Akgunduz, *Vakif Müessesesi*, p. 392.

rents this waqf land on the basis of *ijarah tavilah*, long term rent. Leasing waqf property for the long term is usually not permitted, but *Hukr* constitutes an exception. The developer rents the land on long term basis and builds upon it. The building belongs to the developer and as long as he pays his rent for the land regularly, he enjoys full ownership rights over the building he has built. The developer enjoys this right for as long as he lives and he can even transfer it to his descendants.<sup>7</sup>

Concerning the level of rent, two factors are important. First, the rent paid by the developer should not be lower than the prevailing rent, *ajr misl*, paid by other tenants in the neighbourhood. Second, if the neighbourhood of the leased property develops, the original rent agreed upon can be increased.

This classical arrangement has recently been somewhat changed in Turkey so as to enable the land owner (waqf) to enjoy greater income. When a developer wishes to build upon waqf land, the ownership of these properties are split between the waqf, owner of the land, and the developer who built and developed this land usually into residences or shopping centers or a combination of both. The exact ratio of ownership of the developed property, i.e., number of flats, is determined as a result of bargaining and the waqf receives annual rent from the units it owns.

The new draft law should take into consideration both the classical *Hukr* and its modern version, flat sharing, described above. This is because, the latter provides higher revenue for the waqf than the former, whereby the waqf receives rent from the developed property instead of the undeveloped land.

*Mukataalı Vakıflar* may well be highly relevant for contemporary Malaysia, where waqf assets with development potential are estimated to be about 40 billion RMs (12.5 billion USD), which may well dwarf most other asset forms managed by the Islamic finance industry.

4) *Icareteynli Vakıflar* are defined by the Turkish Waqf Law of 2008 as those waqf properties rented out on long term basis, without any fixed term. This category was invented by Ottomans when waqf properties were destroyed by earthquakes or fires. Faced with such disasters, tenants were asked to make a large lump sum payment, which the waqf used for rebuilding the premises. The tenants were then given long term rent contracts and continued paying their usual rents. What the tenants gained in this process was a status of quasi ownership, which allowed them to continue using the premises for the long term subject to the payment of annual rents, while the waqf was enabled to rebuild its premises.<sup>8</sup>

There are number of serious objections to the *ijaratayn* arrangement. First, the exact period of the long term rent is unclear. Second, the annual rent tenants continued paying often tended to become less than the prevailing rent in the neighbourhood, *ajr misl*. Third, the fact that the descendants of the tenant can take over the property, thus diluting the property

<sup>7</sup> Akgunduz, *ibid.*, p. 396.

<sup>8</sup> This lease form was controversial among classical jurists. For details of the controversy the reader is referred to Akgunduz, *VakıfMüessesesi*, pp. 356-363.

right of the waqf even further. In view of these serious objections, it is difficult to recommend that this lease form be included in the new draft law. But on the other hand, the problem of what happens to the waqf property in case of a natural disaster needs to be taken into consideration. One possible way out of this problem can be the modern *takaful*, or Islamic insurance.

### THE NATURE OF THE CORPUS

The next question concerns the nature of the capital, *corpus*, with which the waqf is established. Classical Islamic law recognizes primarily real estate waqfs. Waqfs established with cash were discussed and permitted by Imam Zafar back in the eighth century, subject to the condition that the cash capital of the waqf should be invested in *mudaraba* partnerships and the returns spent for the purpose of the waqf. Wide spread application, however, and then not exactly remaining true to Imam Zafar's *mudaraba* formula, was observed first in the Ottoman empire during the fifteenth century as an informal practice. These waqfs then became very popular, which triggered a long lasting debate.<sup>9</sup> Finally, they were formally permitted during the late sixteenth century by a sultanic decree, thus becoming a norm. Initially limited to the Ottoman Empire, they were eventually approved in Egypt, Iran as well as in the Indian sub-continent with a long delay at the beginning of the 20<sup>th</sup> century. Moreover, this approval covered not only cash, pure and simple, but also shares of joint stock companies.<sup>10</sup> Such waqfs are now known as waqf of stocks.

The importance of the waqf of stocks should not be underestimated. The Ottoman cash waqfs invested their *corpus* with a financial method known as *istiglal*. This was a legal trick designed to disguise the rate of interest embodied. Modern waqfs of stocks, however, operate with shares of various companies, a method very similar to the *mudaraba* partnership practiced by the Prophet and demanded by Imam Zafar. Put differently, waqfs of stocks are truly profit and loss sharing partnerships, practiced and recommended by the Prophet himself.

Items 20, 21 and 22 of the procedural appendix, correctly, permit the establishment of a waqf with cash or company shares. Company shares can be endowed as the corpus of a waqf. The procedural appendix makes it clear that stocks are not for speculation but for the keeping.<sup>11</sup> The trustee is not permitted to sell the stocks unless he is authorized to perform *istibdal*. Waqf of stocks is now granted definitive legitimacy. Thus the centuries old debate on the legitimacy of cash waqfs is now brought to an end thanks to the waqf of stocks. To my knowledge, the earliest approval of establishing a waqf with company shares as well as European perpetual bonds (*rente*) had been granted back in 1907 when the "Mujtahid of Karbala" granted his approval for the waqf of stocks established with such instruments. This was followed in 1908 by the fatwa of the Mufti of Egypt based on the condition that such waqfs should be divided into shares which should be handed over to the trustee.<sup>12</sup> Thus,

9 Mandaville, "Usurious Piety".

10 Çizakça, *Philanthropic Foundations*, ch. 3.

11 *Ibid.*, item 21.

12 Cizakca, *Philanthropic Foundations*, pp. 35-36, 40-41.

following the footsteps of these early 20<sup>th</sup> century fetvas, with the new draft law we have the definitive approval of waqf of stocks for the entire Islamic world.

In Turkey, in an effort to curb waqf founding, a paid in capital condition of at least 500,000 USD was imposed by a hostile government to anyone desiring to establish a waqf. Founders reacted to this by capital pooling. Recent research has shown that on average 35 persons founded a waqf, pooling among themselves the necessary capital.<sup>13</sup> Most recently, in 2009, this requirement has been reduced to 50,000TLs by the newly established Board of Waqfs. Remarkably, after this ruling an improvement in the number of waqfs established has not been observed in Turkey, indicating that other more important factors, such as inadequate tax exemption, continue to play a negative role in this process.

Item 71 of the IDB/IRTI and the KPF Draft Law permits the establishment of a waqf by a group of founders. In view of above, I am in complete agreement with this. At this point the question comes to mind whether the law should impose any minimum capital condition to avoid the emergence of too small waqfs and to encourage capital pooling among the founders.

Currently, in Europe, there is a bewildering variety of rules regarding minimum capital needed to establish a foundation. European Union member countries demand from € 240 Euros (in Malta) to € 70,000 in Austria. In France, though there is no legal obligation, in reality, authorities insist on the ridiculously high amount of € 1,000,000.<sup>14</sup> In the forthcoming *European Law of Foundations*, the founding assets must be equivalent to at least 25,000 euros, allowing the *corpus* in the form of real estate, cash, shares or a combination of all.

As the French example given above should demonstrate, imposition of any minimum capital condition can be exploited by a hostile state by pulling the amount to ridiculous heights. Moreover, the exact amount should depend on the general conditions and GNP/capita of the country in question! The authors of the law have therefore wisely refrained from imposing any such condition.

## LEGAL PERSONALITY

Although the classical Islamic law does not clearly define this concept, jurists have long considered waqfs as entities with legal personality. Modern Muslim jurists like Zahraa, Zarqa and Sanusi are unanimous that the classical Islamic law, in fact, recognizes the concept.<sup>15</sup> While this may well be so, it is not clear to what extent the classical Islamic law provides owner/entity shielding, both very important characteristics of the modern corporation. The most recent Turkish law of waqfs clearly grant legal personality to waqfs.<sup>16</sup>

All western laws also grant this status to foundations.

---

13 Çarkoğlu, "Bireysel Bağışlar", p. 139.

14 TÜSEV, *Vakıf ve Derneklere İlişkin*, pp. 4-5.

15 Çizakça, "Long-term Causes".

16 *Vakıflar Kanunu, No. 5737*, Accepted on Feb. 20<sup>th</sup>, 2008, Madde 4.



With the new IDB/IRTI-KPF draft law, waqfs are now granted legal personality. The new law, however, does not make it clear whether “owner and entity shielding” are provided. More work on this is needed.

### TAX EXEMPTION

In modern times, all American public serving foundations are tax exempt, while member serving ones are not. The former also receive tax deductible gifts from individuals and corporations. To be eligible for this privilege, they have to serve recognized public purposes. In 1996, Americans contributed 139 billion USDs and 85 percent of these donations and gifts came from individuals, while only six percent came from corporations. The remaining nine percent came from other foundations. About half of these donations and gifts went to religious organizations while about 12.7 billions went to education.<sup>17</sup>

In the Islamic world, waqfs are, by definition, public serving. Even family waqfs become public serving entities when the family becomes extinct. Therefore, all waqfs, including the family waqfs, must be tax exempt. Because, thanks to their perpetuity, they represent sustained capital accumulation for serving the public.

In Turkey, however, tax exemption is only rarely granted. Only 2.7 to 4.5 percent of the waqfs established during the republican era have been granted tax exempt status and 24 percent of the such privileged ones are public waqfs.<sup>18</sup> Recent research has revealed the very negative role of this situation on waqf founding. Asked whether the current state imposed rules and regulations impede waqf activities, 65 per cent of the trustees said, “yes”. Difficulties encountered in obtaining tax exempt status were the most cited impediment.<sup>19</sup>

In the European Union, each country has its own practices and norms regarding tax exemption leading to a bewildering variety. Even the most recent, forthcoming, *European Foundation Proposal* has not remedied this situation as it has allowed each country to apply its own norms.<sup>20</sup> About half of the European countries tax their foundations.<sup>21</sup>

Donations constitute another important source of income for waqfs in Turkey. Of the 237 waqfs questioned in 2002, while 45 per cent received less than USD 12,000, some 33 per cent received between 12,000 and 48,000.<sup>22</sup> Waqfs receiving these donations do not pay income as well as inheritance taxes in Turkey. This is the same in all European countries with the exception of Denmark, where only some reductions are allowed.<sup>23</sup> For donors, however, a different situation prevails. In Turkey, a donor can deduct his donation, merely upto 5 per cent, off his taxable income.

17 Salamon, *A Primer*, p. 25.

18 Aydın, “Cumhuriyet Dönemi Vakıfları”, pp. 38-40.

19 Çarkoğlu, “Türkiye’de Bireysel”, pp. 154-55.

20 European Commission, *Statute for a European Foundation*, p. 36.

21 TÜSEV, *Vakıf ve Derneklere İlişkin*, p. 17/65, table 8.

22 *Ibid.*, p. 145.

23 TÜSEV, *Vakıf ve Derneklere İlişkin*, p. 19/65.

## A Critical Assessment of the Waqf Law Being Prepared by IDB/IRTI and Kuwait Foundation

When receiving donations, waqfs should not pay any taxes. This is the European norm. Equally important, donors should be permitted to deduct the whole of their donation from their taxable income.

Since the overall purpose of the IDB/IRTI and KPF draft law is to encourage waqfs in the Islamic world, tax exemption appears to be a very important concern. This is confirmed by the Turkish situation explained above.

Item 62 of the draft law exempts all charitable waqfs (khayri) from all taxation. This is a necessary but insufficient condition. Since waqfs are nonprofit organizations channelling all of their earnings, minus expenses, to charitable purposes, any tax imposed on them simply reduces the funds that could have been spent for these purposes. Tax exemption needs to be considered at three different levels: taxes imposed directly on the revenues generated by waqfs, taxes imposed on donors and finally, those imposed upon the profits generated by companies associated with waqfs. The draft law should recognize the need for all of these and provide tax exemption at all three levels.

Moreover, while the draft law exempts charitable waqfs from taxation, it is silent about family waqfs. Since family waqfs are potential charitable waqfs in that they will convert into charitable waqfs when the family they are designed to support becomes extinct, they should be granted the same tax status as charitable waqfs.

### SOURCES OF INCOME

As mentioned above, while Ottoman cash waqfs earned their income by lending their original capital with *istiglal*, quasi interest<sup>24</sup>, modern waqfs of stocks obtain shares of joint-stock companies and thus become true partners of professionally managed firms ultimately sharing risks, profits and losses.

With the exception of the Czech Republic, all the members of the European Union allow their foundations to establish associated companies. So, this is the European norm.

Modern waqfs of stocks can also establish their own firms. Indeed, Turkish waqfs were allowed to establish associated companies already back in 1967. Currently, 24 per cent of Turkish waqfs possess commercial firms. A small group of these waqfs earned on average exceptionally high USD 400,000 annual revenue. Most, 70 per cent, however, earned less than USD 48,000 per annum. On the whole, 81 per cent of Turkish waqfs are reported to enjoy profits, which they either distribute as charity or add to their capital. Commercial revenue constitutes 42 per cent of Turkish waqfs' annual income, and is taxed.<sup>25</sup>

While the IDB/IRTI and KPF draft law allows waqfs to obtain shares of various companies (procedural appendix, item 208), the draft is silent about waqfs actually establishing their own firms. This should be permitted just as companies establishing their own waqfs should also be permitted. Such flexibility enriches the waqf sector.

---

<sup>24</sup> *Istiglal* obeyed the letter of the Islamic law but violated its spirit. It was not based upon risk/profit/loss sharing but was a mere legal trick disguising interest.

<sup>25</sup> Çarkoğlu, "Türkiye'de Bireysel", p. 145.



## **WAQF DURATION AND REVOCABILITY**

Waqfs are generally known as perpetual institutions. Indeed, it is possible to find waqfs that have survived for centuries all over the Islamic world. The new IDB/IRTI and KPF draft law, however, has permitted establishment of fixed duration waqfs. Family waqfs are considered to be temporary waqfs (Draft Law item: 70/3; Appendix item 64). Although, the purpose is to make waqf establishment attractive, the word of the law is ambiguous here.

In the same context, revocability is also permitted subject to certain conditions. Indeed, the founder can change his mind and revoke his waqf. This rule settles another debate in classical waqf law which had led to a cumbersome procedure for waqf establishment in Ottoman era.

## **TRUSTEES**

The law (24/2, appendix item 111) makes it clear that the trustee(s) are to be appointed by the founder. This condition is well known and reflects the classical law as well as centuries' long tradition. Yet, it challenges the current situation in Malaysia where the state religious councils are the sole trustees of all the waqfs in a given state. If this law is accepted in Malaysia, it can make the previous law null and void per item one above.

One of the novel items of the new draft law is that it permits the determination of the trustee's wage by the founder as a certain percentage of the waqfs profit or revenue (appendix, #137). Linking the trustee's wage to the profitability of the waqf rather than making it a fixed monthly sum, this item makes the trustee strongly interested in the performance of the waqf. I consider this as a very important development in view of many critiques of waqfs in history, whereby this institution was labelled as the dead hand. Linking the trustees' income to the performance of the waqf should no doubt make these institutions more dynamic.

There is concrete evidence to support this view. Sadr and Sourì have studied the rental income generated by waqf owned stores in the grand bazaar of Teheran.<sup>26</sup> Their conclusion is startling: Of the three categories of waqfs they consider: those whose trustees are selected directly by the founder; those appointed according to the will of the founder and those directly administered by the Awqaf Organization, the average rental income of the stores in the bazaar administered by trustees appointed by the founder is 99.3, by the trustees appointed according to the founder's will is 101.5 and administered by the Awqaf Organization is 34.7 thousand Rials respectively. The income of the first two categories, both run independently of the AO is almost three times of those run directly by the AO. This is despite the fact that the wages of the trustees of the first two categories are only indirectly linked to the performance of the waqfs they manage.

A policy suggestion can be drawn from this, centralised awqaf organizations are necessary, particularly in view of waqfs whose founders have perished. But they should not be involved in direct day to day management. Instead they should quickly hand over the waqfs under

---

<sup>26</sup> Sadr and Sourì, "The Role of Management", pp. 22, 24.

their management to selected trustees whose income are directly linked to the performance of the waqfs they manage. Looked from this perspective, appendix number 137's importance becomes obvious.

## INVESTMENT

The following Islamic partnership forms are considered by the law (Appendix #208) as appropriate methods of investment of the *corpus*:

a) *Mudaraba*.

The draft law allows even the risky *mudaraba* thus confirming Imam Zufar's original ruling back in the eighth century that was hardly ever practiced. This is a revolutionary permission and should be applauded. It combines *mudaraba* with *waqf* - two powerful institutions. This constitutes the ultimate support given to entrepreneurship as *waqf* funds constitute long term funds, exactly what entrepreneurs need. This is a revolutionary step. Indeed, permitting *waqf* funds to be invested in *mudaraba* partnerships opens the way for venture capital type of investments thus facilitating the birth of this important sector in the Islamic world.

b) *Musharakah mutanakisa*

c) Leasing

d) *Ijaratayn*, thus confirming the centuries' long Ottoman practice

e) Joint-stock company shares, confirming the 1907 and 1908 fatwas. But these fatwas had also permitted perpetual bonds as *waqf corpus*. Islamic perpetual bonds, *esham*, should also be accepted as *waqf corpus* as they are Shari'ah based and are not involved in *riba*.

f) Islamic investment funds

g) Investment accounts in Islamic banks

h) *Mudaraba* accounts with Islamic banks

i) *istisna'a*

j) *Mudaraba* within *istisna'a*

k) *Murabaha*

l) *Muzara'a*

Finally, a suggestion: Although the classical law demands so, the amount a donor wishes to donate should not be limited to one third of his wealth. After all, *Shari'ah* permits *hiba* without any limit. Put differently, a person while healthy, can give his entire wealth as a gift to any person. The only condition being that the beneficiary actually receives it. Thus the one-third limit can and should be exceeded with the new law. After all, in the United States, Bill Gates and Warren Buffet donated 90 per cent of their wealth. Are Muslims less altruistic than these Americans?

## CONCLUSION:

Within the time limit I was given, I have been able to pinpoint only to some of the salient points of the IDB/IRTI and KPF draft law. Subject to the caveats and suggestions I have made, my overall impression of this draft law is highly positive. If the draft, indeed, becomes a universal law of waqfs, its authors would have done a great service to the Islamic world.

## BIBLIOGRAPHY

Alinas, Tunku Alina Bte Raja Muhd. *Unleashing the Potential of the Waqf as an Economic Institution in Malaysia* (Kuala Lumpur: INCEIF University Ph. D Thesis, 2011).

Aydın, Davut. "Cumhuriyet Dönemi Vakıfları: Tarihi Bir Bakış ve Vergi Muafiyetine Sahip Vakıfların Mali Analizi", in R. Zincir and F. Bikmen (eds.), *Türkiye'de Hayırseverlik: Vatandaşlar, Vakıflar ve Sosyal Adalet* (İstanbul: TÜSEV, 2006).

Barkan, Ömer L. and E. H. Ayverdi. *İstanbul Vakıfları Tahrir Defteri* (İstanbul: İstanbul Fetih Cemiyeti, 1970).

Çarkoğlu, Ali. "Türkiye'de Bireysel Bağışlar ve Vakıf Uygulamalarında Eğilimler", in R. Zincir and F. Bikmen (eds.), *Türkiye'de Hayırseverlik: Vatandaşlar, Vakıflar ve Sosyal Adalet* (İstanbul: TÜSEV, 2006).

Çizakça, Murat. "The Ottoman Government and Economic Life, 1453-1606". In; Suraiya Faroqhi and Kate Fleet (eds.). *Cambridge History of Turkey*, vol. II. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

Çizakça, Murat. "Long Term Causes of Decline of the Ottoman/Islamic Economies", in Francesco Ammanati (ed.), *Religion and Religious Institutions in the European Economy, 1000-1800* (Florence: Firenze University Press, 2012), pp. 361-377.

Çizakça, Murat. *Islamic Capitalism and Finance: Origins, Evolution and the Future* (Cheltenham: Elgar, 2011).

Çizakça, Murat. "Cross-cultural Borrowing and Comparative Evolution of Institutions between Islamic World and the West", in S. Cavaciocchi (ed.), *Relazioni economiche tra Europa e mondo Islamico, Secc. XIII-XVIII*, (Prato: Istituto di Storia Economica, F. Datini/Le Monnier, Serie II, vol. 38/11, 2006), pp. 671-698.

Çizakça, Murat. *A History of Philanthropic Foundations: Islamic World from the Seventh Century to the Present* (Istanbul: Boğaziçi University Press, 2000).

Çizakça, Murat. *Comparative Evolution of Business Partnerships* (Leiden: E. J. Brill, 1996).

Çizakça, Murat. 'Economic Institutionalization of Medieval Eurasia: An Institutional Framework, in "Library of Mediterranean History", I, 1994, pp. 47-77.

European Commission, *Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation*, (Brussels: 2012/0022 APP). Retrieved from www.EFC.Be on June 12<sup>th</sup>, 2013.

**A Critical Assessment of the Waqf Law Being Prepared by IDB/IRTI and Kuwait Foundation**

Gaudiosi, Monica. "The Influence of the Islamic Law of Waqf on Development of the Trust in England: The Case of Merton College", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 136, no. 4, 1231-261.

IDB/IRTI and Kuwait Public Foundation, *Vakfın Öngörülen Kanun Tasarısı* (Translated into Turkish by the Turkish General Directorate of Waqfs), 2012.

Johansen, Baber. *The Islamic Law on Land Tax and Rent* (London: Croom Helm, 1988).

Lamoreaux, Naomi R. and J-L Rosenthal, "Entity Shielding and the Development of Business Forms: A Comparative Perspective", *Harvard Law Review Forum*, vol. 119:238, pp. 238-245.

Mandaville, Jon E. "Usurious Piety: the Cash Waqf Controversy in the Ottoman Empire", *IJMES*, vol. 10, 1979, pp. 289-308.

McCormick, Michael. *Origins of the European Economy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

MEB Mevzuat Bankası, *Vakıflar Yönetmeliği*, (Ankara: Resmi Gazete, 27.9.2008, 27010).

Özcan, Tahsin. *Osmanlı Para Vakıfları, Kanûnî Dönemi Üsküdar Örneği* (Ankara: TTK, 2003).

Panzac, Daniel. "Le Contrat d'Affrement maritime en Mediterranee", *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, vol. 45, no. 3, pp. 351-8.

Rosenthal, J-L. See, Lamoreaux.

Sadr, Seyed Kazem and Jojjatullah Souri. "The Role of Management of Commercial Waqf Properties on Their Corresponding Generated Revenues", *Iranian Economic Review*, vol. 14, no. 25, 2010, pp. 20-31.

Salamon, Lester M. *America's Nonprofit Sector, A primer* (Washington D.C.: Foundation Center, 1999).

Salamon Lester M. *Defining the Nonprofit Sector, A Cross-national Analysis* (Manchester: Manchester University Press, Johns Hopkins Nonprofit Sector Series, 1997).

Sezgin, Fuad. *Einführung in die Geschichte der Arabisch-Islamischen Wissenschaften* (Frankfurt am Main: Johann Wolfgang Goethe Universitaet, 2003), vol. I.

TÜSEV, *Vakıf ve Derneklere İlişkin Vergi ve Kamu Yararı Raporu, AB Ülkeleri ve Türkiyede'ki Uygulamalar ve Öneriler*, (İstanbul: TÜSEV, 2010).

Verbit, Gilbert Paul. *The Origins of the Trust* (Xlibris, 2002).

Wink, Andre. *Al-Hind, the Making of the Indo-Islamic World* (Leiden: E. J. Brill, 1991) 19

# IDB/IRTI VE KUVEYT EVKAF İDARESİ TARAFINDAN HAZIRLANAN VAKIF KANUNU ÜZERİNE ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Murat ÇİZAKÇA  
INCEIF Üniversitesi – MALEZYA

## GİRİŞ

İslam dünyasında vakıf sisteminin yeniden canlanmasına çok büyük bir ihtiyaç vardır. Şu anda pek çok ülkede vakıfların bakımsız bırakılması aslında sadece klasik İslami vakıf kanunu değil ayrıca batıda görülen son uygulamalar ve normlar da göz önünde bulundurularak kapsamlı reform tasarlamak için bir fırsat olarak düşünülmelidir. Umuyoruz ki *Sharfah*'a uygun modern batı uygulamaları ile klasik İslam uygulamalarının bu şekilde sentez edilmesi, bu kurumunun restorasyonu için son derece önem arz eden ideal vakıflar kanununun hazırlanmasını sağlayacaktır.

Bu açıdan bakıldığında tüm İslam dünyasına önerilecek vakıf kanunu hazırladıklarından dolayı IDB / ORTI ve Kuveyt Kamu Vakfı tebrik edilmelidir.<sup>1</sup> Bunun ardından bu kanunu yukarıdaki perspektife göre değerlendirmeye çalışacağım.

Kanun çok kararlı bir tonla başlamaktadır ve bunun üstün vakıflar kanunu olacağını ve bununla çelişecek kanunların kaldırılacağını ifade etmektedir. Ancak daha sonra bu ton; her bir ülkenin anayasasına tabi olacak bir önsözün yazılacağı ifadesi ile düşmektedir. İdeal bir kanun hazırlandıysa (ve şahsen ben bu taslak kanunun ilkelerinin büyük bir kısmını kabul ediyorum) ve tüm İslam dünyası bunu kucakladıysa bunun olumlu etkisi olduğu açıkça görülebilir. Ancak İslam dünyası çok büyük bir yer ve içerisinde on binlerce çıkarı barındırmaktadır. Sonuç olarak kanunun pek çok maddesinin kabul görmesine rağmen bunun *in toto* çapta uygulanıp uygulanamayacağına dair şüphelerim var. Bu ikaz ile birlikte şimdi de ayrıntılara bakalım.

## KURULUŞ

Klasik İslam kanununa göre varlıklı bir kişinin yerel hakime, yani kadıya gidip vakıf kurma niyetini beyan etmesi ile vakıf doğar. Daha sonra kadı; sermayenin kurucunun özel mülkiyeti olması koşulu ile o amaç için bağışlanacak yapı miktarını kaydeder. Böylece klasik geleneğe göre başlangıç aşamasında iki koşul vardır: sermayenin özel mülk sahibi olmak ve bunun yerel mahkemeye tescil ettirmiş olmak gereklidir.

Tescil işlemi ile ilgili olarak IRTI – KPF taslak kanunu; bir kişinin yeni vakıf kurmayı istemesi durumunda kurucunun tescili yapacak yerel mahkemeyi bildirmesini talep eder. Kurucu aynı zamanda bu kararını Vakıflar Birliğine de bildirmek zorundadır (Kararname, madde 72).

**Bu işlem geleneğe göre gerçekleştirilmiş olur ve bence vakıf kurmanın doğru yoludur. Geleneksel yöntem olarak yerel mahkemeye ve Vakıflar Birliğine haber verilmesinden yana olmakla birlikte devlet ajansının bilgilendirilmesi konusunda uyarmalıyım. Tarih bize kuruluşunun devlete bildirilmesinin vakıf için zararlı olabileceğini öğretmiştir.**

<sup>1</sup> I am grateful to Dr. Adnan Ertem, the General Director of Waqfs in Turkey, for having provided me with a Turkish translation of this important document.

**Vakıflar; devlet müdahalesi olmadan adem-i merkezîyetçi bir şekilde özerk kurumlar olarak işletilmelidir.**

Birleşik Devletler’ de şirket olmayan birliklerin ve trustların herhangi bir devlet kuruluna tescil edilmesi zorunlu değildir. Sadece vergi muafiyet durumu isteyen kuruluş birliklerinin tescil edilmesi gereklidir. Amerikan sisteminin büyük bir avantajı; insan gruplarının resmi onay veya hatta beyan almadan ortak hedeflerin peşinde koşmak üzere toplanmalarına olanak sağlamasıdır. Sektörün büyüklüğünün ayarlanmasında çekilen zorluklar ise dezavantaj oluşturmaktadır.<sup>2</sup>

Bu Amerika yaklaşımı; sadece kadının onayı ile gerçekleşen kurulma şekli açısından orijinal İslam normuna çok benzerdir. Yeni IRTI / KPF taslak vakfı kanunu bu hususu doğru bir şekilde sağlamaktadır. Ancak mahkemelere ve Vakıf Birliğine verilen bilgilerin bu kurumlarda muhafaza edilmesi ve devlet ajansına verilmemesi önemlidir. Tarihi deneyimler bize tescil işleminin devletin vakıf işlerine müdahale etmesine yol açan ilk adım olduğunu öğretmiştir.

### **YAPI SAHİPLİĞİ**

Vakıfların yapısı üzerindeki özel mülkiyet şartı ile ilgili olarak IDB/IRTI/KPF taslağına göre vakfedilen mülkiyetin kurucunun özel malı, mülkü olması gereklidir (Madde 6).

Geçtiğimiz yüzyıl boyunca bu koşul; İran’ın son şahının mülkiyetine el koyup eline geçirdiği mülkiyeti kullanarak vakıflar kurması ile esnetilmiştir. Türkiye’de ve Malezya’da da devlet; faal vakıf kurucusu olmaktadır.<sup>3</sup> Devlet tarafından kurulan vakfın vakfı kuran devletten tam anlamda bağımsız olması durumunda devletin vakıf kurmasında herhangi bir sıkıntı olmaz. Bu konu ile ilgili olarak Almanya’da Stiftung Volkswagen werke’ nin kuruluşuna işaret etmek isterim. İkinci Dünya S.a.v.ından sonra iki eyalet, yani Niedersachsen eyaleti ve federal eyalet; bilimsel araştırmalarını geliştirmek için Stiftung’tan, yani vakıftan ödünç aldıkları Volkswagen werke sermayesi ile kurmaya karar verdiler. Devlet parası ile kurulmuş olmasına rağmen vakfın tamamıyla devlet müdahalesinden bağımsız olması büyük özenle planlanmıştır. Kısacası vakfa, kendisini kuran devletten tam bir bağımsızlık verilmesi durumunda devlet parası ile vakıf kurulması kabul edilebilir. Ancak bu bağımsızlığın sağlanmaması halinde bürokratik uyumsuzluklar ve hatta yolsuzluk vakfa sekte vurur. Taslak doğru bir şekilde sadece özel olarak sahip olunan mülkiyetin vakfedilmesine izin vermektedir. Ancak bu sermayesinin devlete ait olduğu vakıflar açısından sorun yaratabilir. Kanun koyanlar bu tür vakıflara izin verirken kanunun da bağımsız ve özerk yönetimler üzerinde ısrarcı olması son derece mühimdir.

### **VAKIF TİPLERİ**

IRTI/KPF taslak kanunu esas olarak aşağıda verilen üç vakıf tipini tanıır (Madde 2):

- a) Hayır vakıfları
- b) Aile vakıfları ve
- c) Hibrit vakıflar.

<sup>2</sup> Salamon.. I primer, p. 21.

<sup>3</sup> To name just a few; in Iran, *Bunyad-i Mustaz ‘afan*, and *Bunyad-e Panzdah-e Khordad*, in Turkey *Diyanet Vakfı*, in Malaysia the *Johor Foundation* as well as *Yayasan Waqaf Malaysia* were all established by state funds.



Böylece XIX ve XX. yüzyıllarda koloni güçleri baskısı ile İslam dünyasının pek çok bölümünde kaldırılan aile vakıfları yine kurulmaktadır.<sup>4</sup> Bu, kesinlikle çok önemli bir gelişmedir. Bunun önemli bir gelişme olması ile birlikte taslağın aşağıdaki tipleri de göz önünde bulundurması gereklidir.

d) Şirket vakıfları: Bunlar tam şirket statüsüne sahip vakıflardır. Bu yüzden dava açabildikleri gibi haklarında dava da açılabilir. Mütevellilerini koruyacak şekilde tam mülkiyet ve kişilik sağlayabilir. Birleşik Devletlerde bu tür vakıflar tamamıyla vergiden muaf tutulurlar.

e) Türkiye’de en son 2008 düzenlemesi ile resmi olarak tanınan altı tip vakıf bulunmaktadır.<sup>5</sup> En önemli olanlarına değinecek olursak;

1) *Mazbut vakıflar*; Osmanlı döneminden hayatta kalan vakıflardır. Müteveli olarak soyları veya ilk kurucuları olmadığından Genel Vakıflar Müdürlüğü tarafından yönetilmektedir. IRTI/ KPF taslağı ayrıca bu vakıfları da tanımalıdır. Gerçekten de kurucuları ve soyları yok olduğunda ne olacak? Vakıfların ille de sürekli kurumlar olması ön görülmesinden dolayı böyle bir olasılık ciddi bir şekilde düşünülmelidir. Bu vakıfların yönetilmesi için merkezi otoriteye gereksinim vardır. IRTI / KPF taslağı çerçevesi içerisinde bunu sağlaması gereken otorite Vakıflar Birliğidir.

2) *Mülhak Vakıflar*; hala kendi kurucuları veya soyları tarafından yönetilen vakıflardır. Yukarıda belirtildiği gibi söz konusu vakıfların tam vergi muafiyetinin yanı sıra mal sahibi / kişilik koruması ile birlikte tam şirket statüsüne sahip olması gereklidir. Üçüncü ve dördüncü kategoriler; modern cumhuriyetçi normlarda yansıtılmakta olan Osmanlı uygulamalarını ifade eder.

3) *Mukataalı Vakıflar*; vakıf arazileri üzerine inşa edilen gayrimenkuller ile ilgilidir. İlk başta Hanbeliler tarafından kabul edilen ve Hukr olarak da bilinen bu vakıf tipi; tüm mezhepler tarafından kabul edilmiştir. Lübnan Gayrimenkul Mülkiyet Kanunu buna muqala’i ijarah tavilah<sup>6</sup> şeklinde atıfta bulunur. Bu vakıfların icra tarzı şu şekildedir: arazi; vakfın mülküdür ve geliştiren kişi onu vakfa ijarah tavilah, yani uzun süreli bir biçimde kiralar. Vakfın genellikle uzun süreli kiralanmasına izin verilmez; ama Hukr bir istisnadır. İnşa eden kişi, uzun vadede araziyi kiralar ve onun üzerine inşa eder. Bu bina geliştiren kişiye aittir ve bu arazinin kirasını düzenli bir şekilde ödediği müddetçe inşa ettiği binanın üzerinde tam bir mülkiyet hakkına sahip olur. Geliştiren kişi; yaşadığı sürece bu hakka sahip olur ve ayrıca bunu miras olarak ile verebilir.<sup>7</sup>

Kira seviyesi ile ilgili olarak iki faktör önemlidir. Birincisi, geliştiren kişi tarafından ödenen kira; komşulardaki diğer kiracıların ödediği *ajr misl*’den yani geçerli kiradan daha düşük olmamalıdır. İkincisi, kiralanan mülkiyette komşuluk olması durumunda mutabık kalınan orijinal kira yükseltilebilir.

4 Procedural Appendix, items 3 and 31.

5 MEB Mevzuat Bankası, *Vakıflar Yönetmeliği*, pp. 1-2.

6 Akgunduz, *Vakıf Müessesesi*, s. 392.

7 Akgunduz, *bknz.*, s. 396.

Bu klasik düzenleme; Türkiye’de son dönemlerde arazi sahibinin (vakıf) daha fazla gelir elde etmesini sağlayacak şekilde değiştirilmiştir. Geliştiren kişi; vakıf arazisi üzerinde inşa etmek istediği zaman bu mülkiyetlerin sahipliği, vakıf, arazi sahibi ve bu vakıf arazisini genellikle konuta veya alışveriş merkezlerini veya bunların kombinasyonuna dönüştüren kişi arasında paylaşılmaktadır. Geliştirilen mülkiyetin sahipliğinin gerçek oranı, yani daire sayısı pazarlık sonucu belirlenir ve vakıf, sahip olduğu birimlerin yıllık kirasını alır.

Bu yeni taslak kanunu; hem klasik *Hukr* ve yani yukarıda tarif edilen kat irtifakı şeklinde görülen modern versiyonu dikkate almalıdır. Çünkü modern versiyon; klasik *Hukr’a* göre vakıf için daha yüksek gelir sağlar; vakıf, geliştirilmemiş arazi yerine geliştirilmiş mülkiyetin kirasını alır.

*Mukataalı Vakıflar*; İslam finansman sanayisinin yönettiği pek çok diğer mal varlıkları şekillerini gölgede bırakacak şekilde, geliştirme potansiyeli yüksek vakıf varlıklarının yaklaşık 40 milyar RM (12.5 milyar ABD doları) olduğu tahmin edilen günümüz Malezya’sı için oldukça ilgili olabilir.

4) *İcareteynli Vakıflar*; 2008 Türk Vakıflar Kanununda sabit dönem olmaksızın uzun vadeli kiralanan vakıf varlıkları şeklinde tanımlanmaktadır. Bu kategori; vakıf mülkleri yangınlar ve depremler ile tahrip olduğu zaman Osmanlılar döneminde icat edildi. Bu türden felaketlerle karşılaşan kiracılardan tesisleri yeniden inşa etmek için vakfın kullandığı büyük miktarlar istendi. Daha sonra kiracılarla uzun vadeli sözleşmeler yapıldı ve normal kiralari ödemeye devam edildi. Bu süreç içerisinde kiracılar; vakıf binalarını yeniden inşa edebilirken aynı zamanda yıllık kiralalarını ödemeleri koşulu ile uzun süre bu binaları kullanmalarına olanak tanıyan şibih mülkiyet statüsü elde ettiler.<sup>8</sup>

İcareteyn düzenlemesine çok sayıda ciddi itirazlar vardır. Birincisi, uzun dönemli kiralamanın tam süresi belli değildir. İkincisi, yıllık kiralayan kiracılar; komşularda geçerli olan *ajr misl* denilen kira bedelinden daha az ödeme eğiliminde olmaya devam ettiler. Üçüncüsü, kiracının soylarının mülkiyeti devralabilmesi, vakfın mülkiyet hakkının daha da uzatılmasını sağlamıştır. Bu ciddi itirazlar karşısında bu tür kiralama şeklinin yeni taslak kanununa dahil edilmesini önermek oldukça zordur. Ancak öte yandan doğal felaket olması halinde vakıf mülkiyetine ne olacağı probleminin de göz önünde bulundurulması gereklidir. Bu problemden kurtulmanın bir yolu İslami sigorta olan modern *tekafül* olabilir.

### **KORPUSUN YAPISI**

Bir sonraki konu; vakfın kurulmasında kullanılan *korpus* adı verilen sermayenin yapısı ile ilgilidir. Klasik İslam hukuku esas olarak gayrimenkul vakıflarını tanır. Parayla kurulan vakıflar sekizinci yüzyılda İmam Zufar tarafından ele alınmış; vakfın para sermayesinin *mudaraba* ortaklıklarına yatırım yapmada kullanılması ve getirilerin vakıf amacına uygun kullanılması koşulu ile bu tür vakıfların kurulmasına izin verilmiştir. Ancak daha sonra İmam Zufar’ın *mudaraba* formülüne harfiyen uygun olmayan geniş çapta yaygın uygulamasına ilk kez gayri-

8 This lease form was controversial among classical jurists. For details of the controversy the reader is referred to Akgunduz, *VakıfMüessesesi*, ss. 356-363.

resmi uygulama olarak on beşinci yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu döneminde rastlıyoruz. Bu vakıflar uzun süre devam edecek tartışmaları tetiklemişler ve çok popüler olmuşlardır.<sup>9</sup> Son olarak, on altıncı yüzyılın sonlarına doğru sultan kararnamesi ile bu tür vakıflara resmen izin verilerek bir norm haline gelmişlerdir. İlk başta Osmanlı İmparatorluğu ile sınırlı olan bu tür vakıflar Mısır'da, İran'da ve ayrıca uzun bir gecikmeden sonra XX. yüzyıl başlarında Hindistan alt kıtasında da onaylandı. Ayrıca bu onay sadece saf ve yalın parayı değil aynı zamanda ortak girişim şirketleri hisselerini de kapsadı.<sup>10</sup> Bu vakıflar artık hisse sermayeli vakıflar (waqfs of stocks) olarak bilinmektedir.

Hisse sermayeli vakıfların önemi göz ardı edilmemelidir. Osmanlı para vakıfları; *istiglal* diye bilinen finansman yöntemi ile *korpuslarını* yatırdılar. Bu; içerisinde barındırılan faiz oranının kılığını değiştirmek için tasarlanmış yasal bir oyundur. Ancak modern hisse sermayeli vakıflar; Peygamber zamanında uygulanan ve İmam Zufar tarafından talep edilen *mudaraba* ortaklıklarına çok benzer bir yöntemle çeşitli şirketlerin hisseleri üzerinden işlem yapar. Diğer bir ifade ile hisse sermayeli vakıflar; Peygamber'in kendisi tarafından uygulanan ve önerilen tam anlamıyla kar ve kayıp paylaşımli ortaklıklardır.

Prosedür ekinin 20, 21 ve 22 sayılı maddeleri doğru bir şekilde para veya şirket hisseli vakıflarının kurulmasına izin vermektedir. Şirket hisseleri; vakfa korpus olarak vakfedilebilir. Prosedür eki; hisselerin spekülasyon için değil muhafaza etme amacıyla muhafaza edildiğini açık bir şekilde ifade eder.<sup>11</sup> *Istibdal* uygulamaya yetkisi olmadığı müddetçe Mütevellinin hisselerini satmasına izin verilmez. Hisse sermayeli vakıflara belirleyici bir meşruluk tanınmıştır. Böylece nakit vakıflarının meşruluğu hakkında yüzyıllardır yapılan tartışma da hisse sermayeli vakıflar sayesinde nihai sonuca ulaştırılmıştır. Bildiğim kadarıyla Avrupa'daki intifa senetlerinin (rente) yanı sıra şirket hisseli vakıf kurulmasına ilk olarak "Karbala Müçtehid'i'nin bu tür araçlarla kurulun hisse sermayeli vakıflar onaylaması ile 1907 yılında onay verilmiştir. Bunun ardından bu tür vakıfların kurulmasını vakıfların mütevelliyeye devredilebilecek hisselerle bölünmesi koşuluna bağlayan Mısır Müftüsünün 1908 yılında çıkardığı fetva geldi.<sup>12</sup> Böylece, yeni taslak kanunu ile birlikte 20nci yüzyıl başlarında çıkarılan bu fetvaların izinden gittiğimizde tüm İslam dünyasında hisse sermayeli vakıfların belirgin bir şekilde onaylandığını görürüz.

Türkiye'de vakıf kuruluşunu yenmek isteyen hasım hükümet, vakıf kurmak isteyen kişilerin en az 500,000 ABD dolarını sermaye koşulu kapsamında ödemesini zorunlu tuttu. Kurucular buna sermayelerini birleştirerek yanıt verdi. Son dönemlerde yapılan araştırma; ortalama 35 kişinin kendileri arasında gerekli sermayeyi birleştirerek bir vakıf kurduğunu göstermiştir.<sup>13</sup> 2009 yılında son dönemlerde bu koşul; yeni kurulan Vakıflar Kurulu ile 50,000 TL'ye indirildi. Bu kuralın konulmasından sonra vakıf sayısında görülen gelişme, manidar bir şekilde Türkiye'de gözlemlenmemiştir; bu da yetersiz vergi muafiyeti gibi daha önemli diğer faktörlerin bu süreçte olumsuz rol oynamaya devam ettiğini göstermektedir.

9 Mandaville, "Usurious Piety".

10 Çizakça, *Philanthropic Foundations*, ch. 3.

11 *Ibid.*, item 21.

12 Çizakça, *Philanthropic Foundations*, pp. 35-36, 40-41.

13 Çarkoğlu, "Bireysel Bağışlar", p. 139.

IDB / IRTI ve KPF Taslak Kanununun 71. Maddesi; bir grup kurucu tarafından vakfın kurulmasına izin vermektedir. Yukarıda belirtilenlerin ışığı altında bu maddeyi tamamıyla kabul ediyorum. Bu noktada kurucular arasında sermayenin havuza alınmasını teşvik etmek ve çok küçük vakıfların ortaya çıkışını önlemek için kanunun herhangi asgari sermaye koşulu koyup koymayacağı sorusu akıllara gelmektedir.

Şu anda Avrupa'da bir vakıf kurmak için gerekli minimum sermaye ile ilgili çok çeşitli kurallar vardır. Avrupa Birliği üye ülkeleri; 240 € (Malta'da) ve Avusturya'da 70.000 € talep etmektedir. Fransa'da yasal bir yükümlülük olmamasına rağmen gerçekte kurullar; 1.000.000 €'ya kadar saçmalık derecesinde yüksek meblağlar üzerinde ısrar ediyorlar.<sup>14</sup> Çıkmak üzere olan Avrupa Vakıflar Kanununda gayrimenkul, nakit, hisse veya bunların bir kombinasyonu şeklinde olmasına olanak verecek şekilde kuruluş varlıklarının en az 25.000 Avroya eşit olması gereklidir.

Yukarıda verilen Fransız örneğinde kanıtlandığı gibi herhangi bir asgari sermaye koşulunun konulması; miktarı çok aşırı yüksek meblağlara çekerek hasım devlet tarafından sömürülebilir. Ayrıca gerçek miktar; genel koşullara ve söz konusu ülkedeki GSMH / gayri safi milli hasılaya bağlı olmalıdır! Kanunları yazan kişilerin bundan dolayı böyle bir koşulu koymaktan kaçınmaları gereklidir.

#### YASAL KİŞİLİK

Klasik İslam kanunlarının bu kavramı açık bir şekilde tanımlamamasına rağmen hukuk adamları vakıfları uzun süreli yasal kişiliği olan kuruluşlar olarak görmüşlerdir. Zahraa, Zarqa ve Sanusi gibi modern Müslüman hukuk adamları; aslında klasik İslam hukukunun da bu kavramı tanıdığı konusunda fikir birliği içerisinde.<sup>15</sup> Bu durumun gayet iyi bir şekilde yolunda gitmesine rağmen klasik İslam kanunun, modern kurum için çok önemli iki özellik olan, mal sahibi / kişilik korumasını hangi boyuta kadar sağladığı belli değildir. Vakıflarla ilgili Türkiye'de çıkarılan son kanun açık bir şekilde vakıflara yasal kişilik tanımaktadır.<sup>16</sup>

Tüm batı kanunları da vakıflara bu statüyü tanımaktadır.

Yeni IDB/IRTI-KPF taslak kanunu ile birlikte vakıflara artık yasal kişilik tanınmıştır. Ancak yeni kanun 'mal sahibi veya kuruluş korumasının sağlanıp sağlanmadığını' açıkça belirtmemektedir. Bu konuda daha fazla çalışma yapılması gereklidir.

#### VERGİ MUAFİYETİ

Modern çağlarda tüm Amerikan kamu hizmeti vakıfları vergiden muaf tutulurken üye hizmeti vakıfları vergiden muaf tutulmazdı. Kamu hizmeti vakıfları; bireylerden ve kurumlardan vergiden mahsup edilebilir bağışlar almaktadır. Bu ayrıcalığı elde edebilmek için tanınmış kamu amaçlarına yönelik hizmetlerde bulunmak gereklidir. 1996 yılında Amerikalılar 139 milyar ABD doları bağış yaptı ve bu bağış ve hediyelerin yüzde 85'i bireylerden gelirken sadece yüzde altısı kurumlardan alınmıştır. Geriye kalan yüzde dokuzluk kısım da diğer vakıflardan

14 TÜSEV, *Vakıf ve Derneklere İlişkin*, ss. 4-5.

15 Çizakça, "Uzun Süreli Nedenler".

16 Vakıflar Kanunu, No. 5737, 20 Şubat 2008'de kabul edilmiştir, Madde 4.

elde edilmiştir. Bu hediyelerin, bağışların yaklaşık yarısı dini kuruluşlara giderken yaklaşık 12,7 milyarı eğitime ayrılmıştır.<sup>17</sup>

İslam dünyasında yapılan tanıma göre vakıflar kamu hizmeti kuruluşlardır. Aile yok olduğunda aile vakıfları bile kamu hizmeti kuruluşu olur. Bundan dolayı aile vakıfları dahil olmak üzere tüm vakıfların vergi muafı olması gereklidir. Bunlar sürekli olmaları sayesinde kamuya hizmet sunmak için sürdürebilir sermaye birikimini temsil ederler.

Ancak Türkiye’de vergi muafiyeti çok az tanınır. Cumhuriyet döneminde kurulan vakıfların sadece yüzde 2,7’si ile 4,5’ine vergiden muafiyet statüsü tanındı ve söz konusu ayrıcalıklı olanların sadece yüzde 24’ü kamu vakıflarıdır.<sup>18</sup> Son çalışmalar; bu durumun vakıf kuruluşları üzerinde negatif rolü olduğunu ortaya çıkarmıştır. Konulan kuralların ve düzenlemelerin vakıf etkinliklerini durdurup durdurmadığı sorulduğunda mütevellilerin yüzde 65’i ‘evet’ yanıtını verdi. Vergi muafiyeti statüsü edinirken engel oluşturucu unsur olarak en çok karşılaşılan güçlükler belirtildi.<sup>19</sup>

Avrupa Birliği’nde çok fazla çeşitliliğe yol açacak şekilde her bir ülkenin vergi muafiyeti ile ilgili kendi uygulamaları ve normları vardır. En son çıkmakta olan *Avrupa Vakıf Önerisi* bu durumu iyileştirmede. Çünkü her bir ülkenin kendi normlarını uygulamasına olanak tanımıştır.<sup>20</sup> Avrupa ülkelerinin yaklaşık yarısı kendi vakıflarını vergilendirmektedir.<sup>21</sup>

Bağışlar; Türkiye’deki vakıfların diğer bir önemli gelir kaynağını oluşturmaktadır. 2002 yılında sorgulanan 237 vakıftan sadece yüzde 45’i 12.000 ABD dolarından daha az alırken yüzde 33’ü 12.000 ila 48.000 arasında bağış elde etmiştir.<sup>22</sup> Bu bağışları alan vakıflar; Türkiye’de miras vergisi ödemediği gibi gelir vergisi de ödememektedir. Sadece bazı mahsupların yapılmasına izin verilen Danimarka dışında bu durum tüm Avrupa ülkelerinde aynıdır.<sup>23</sup> Ancak bağış yapan kişiler için farklı bir durum hakimdir. Türkiye’de bağış yapan kişi; tüm vergilendirilebilir gelirini en fazla %5 oranına kadarını bağıştan mahsup edebilir.

Bağışları alırken vakıflar herhangi bir vergi ödememelidir. Bu bir Avrupa normudur. Aynı derecede önemli olan diğer bir husus da, bağış yapan kişilerin vergilendirilebilir gelirlerinden kendi bağışının tamamını mahsup etmesine izin verilmesi gerektiğidir.

IDB / IRTI ve KPF taslak kanunun genel amacının İslam dünyasındaki vakıfları teşvik etmek olmasından dolayı vergi muafiyeti karşımıza çok önemli bir konu olarak çıkmaktadır. Bu; yukarıda açıklanan Türkiye durumu ile de teyit edilmektedir.

Taslak kanunun 62. Maddesi; tüm hayır vakıflarını (hayri) vergiden muaf tutmaktadır. Bu gerekli ancak yetersiz bir koşuldur. Vakıflar, tüm kazandıklarının tamamını hayırsever amaçlar

17 Salamon, *A Primer*, s. 25.

18 Aydın, “Cumhuriyet Dönemi Vakıfları”, pp. 38-40.

19 Çarkoğlu, “Türkiye’de Bireysel”, pp. 154-55.

20 *European Commission, Statute for a European Foundation*, p. 36.

21 TÜSEV, *Vakıf ve Derneklere İlişkin*, p. 17/65, table 8.

22 *Ibid.*, p. 145.

23 TÜSEV, *Vakıf ve Derneklere İlişkin*, p. 19/65.

için kanalize eden, giderlerini azaltmaya çalışan, kar amacı gütmeyen kuruluşlar olması sebebiyle bunlara basit bir şekilde konulan herhangi bir vergi; bu hedefler için harcanabilecek fonları azaltır. Vergi muafiyetinin üç farklı seviyede düşünülmesi gereklidir: vakıflar tarafından oluşturulan gelirler üzerinden doğrudan konulan vergiler, bağış yapan kişilere konulan vergiler ve son olarak da vakıflar ile ilişkilendirilen şirketlerin elde ettiği karlara konulan vergiler. Taslak kanun; tüm bunlara duyulan gereksinimi fark etmeli ve üç seviyede vergi muafiyeti sağlamalıdır.

Ayrıca, taslak kanun; hayır vakıflarını vergilendirmeden muaf tutarken aile vakıflarının vergilendirilmesine karşı sessiz kalmaktadır. Destekleyen aile yok olduğunda aile vakıflarının hayır vakıflarına dönüştürülerek potansiyel hayır vakfı olmalarından dolayı söz konusu bu aile vakıflarına da hayır vakıfları ile aynı vergi statüsü tanınmalıdır.

### **GELİR KAYNAKLARI**

Yukarıda belirtildiği şekilde Osmanlı nakit vakıfları *istiglal*, yarı faiz ile orijinal sermayelerini istikraz ederek gelir elde ederken<sup>24</sup> modern hisse sermayeli vakıflar; ortak girişim şirketlerinin hisselerini edinirler ve böylece kar, risk ve kayıp paylaşımlarında bulunarak profesyonel bir biçimde yönetilen firmaların gerçek ortakları olurlar.

Çek Cumhuriyeti istisnası ile birlikte tüm Avrupa Birliği üyeleri; vakıflarının bağlı şirketler kurmalarına olanak tanımaktadır. Bundan dolayı bu da bir Avrupa normudur.

Modern hisse sermayeli vakıflar ayrıca kendi firmalarını oluşturabilirler. Gerçekten de Türk vakıflarının 1967 yılına kadar uzanan eski dönemlerde bağlı şirketler kurmalarına olanak tanımıştır. Şu anda Türkiye vakıflarının yüzde 24'ü ticari firmalara sahiptir. Küçük bir vakıf grubu; yıllık gelir olarak ortalama 400.000 ABD doları kazanmaktadır. Ancak genellikle yüzde 70'i 48.000 ABD dolarından daha az yıllık kazanç elde etmektedir. Genel olarak Türk vakıflarının yüzde 81'inin ya hayır olarak dağıttığı ya da sermayelerine ekledikleri karları olduğu bildirilmiştir. Ticari gelir; Türk vakıflarının yıllık gelirinin yüzde 42'sini oluşturur ve vergilendirilir.<sup>25</sup>

IDB / IRTI ve KPF taslak kanunu vakıfların çeşitli şirket hisseleri edinmelerine olanak tanıırken (prosedür eki, madde 208) kendi firmalarını kuran vakıflar konusunda sessiz kalmaktadır. Buna, kendi vakıflarını kuran şirketlere de izin verilmesi gerektiği gibi mümkün kılınmalıdır.

### **VAKIF SÜRESİ VE FESHEDİLEBİLİRLİK**

Vakıflar genellikle sürekli kurumlar olarak bilinmektedir. Gerçekten de tüm İslam dünyası boyunca yüzyıllar boyu hayatta kalan vakıfların bulunması mümkündür. Ancak yeni IDB/IRTI ve KPF taslak kanunu; sabit süreli vakıfların kurulmasına da olanak tanımıştır. Aile vakıflarının geçici vakıflar olduğu düşünülmektedir (Taslak Kanun: 70/3; Ek madde 64). Vakıf kuruluşunun cazip hale getirilmesi hedeflense bile burada kanun kelimesi muallaktır.

Aynı bağlamda belli koşullara tabi olmak şartıyla feshedilmeye de izin verilmelidir.

<sup>24</sup> *Istiglal* obeyed the letter of the Islamic law but violated its spirit. It was not based upon risk/profit/loss sharing but was a mere legal trick disguising interest.

<sup>25</sup> Çarkoğlu, "Türkiye'de Bireysel", p. 145.



Gerçekten de kurucu kararını değiştirebilir ve vakfını feshedebilir. Bu kural; Osmanlı döneminde vakıf kuruluşunda ağır prosedüre neden olan klasik vakıf kanununda başka bir tartışmayı başlatır.

## MÜTEVELLİLER

Kanun (24/2, ek maddesi 111); mütevellilerin kurucu tarafından atanacağını açıkça belirtmektedir. Bu koşul da iyi bilinmektedir ve yüzyıllar boyu süren geleneğin yanı sıra klasik kanunu da yansıtır. Ayrıca bu; devlet dini meclislerinin o devletteki tüm vakıfların münhasır mütevellileri olduğu Malezya'daki mevcut duruma da meydan okumaktadır. Bu kanunun Malezya'da kabul edilmesi durumunda yukarıdaki madde gereği önceki kanunu geçersiz olacaktır.

Yeni taslak kanunun getirdiği yenilik maddelerinden bir tanesi de; mütevellilerin ücretinin vakıfların karlarının veya gelirinin belli bir yüzdesi olarak kurucu tarafından saptanmasına olanak tanımasıdır (Ek No 137). Mütevellinin ücretinin sabit aylık meblağ olarak saptamaktansa bu ücret vakıf karlılığına bağlandığında mütevellinin güçlü bir şekilde vakfın performansına ilgi göstermesini sağlanabilir. Bu müessesenin satılamaz mülk olarak yaftalandığı göz önünde bulundurulduğunda tarihteki pek çok eleştirmenin bakış açısına göre bunun önemli bir gelişme olduğunu düşünüyorum. Mütevellilerin gelirinin vakıf performansına bağlanması şüphesiz bu müesseselerin daha dinamik olmasını sağlayacaktır.

Bugörüüşü destekleyecek somut kanıtlar vardır. Sadr ve Osuri; Tahran büyük çarşısında vakıfların mülkiyetinde olan dükkanların yarattığı kira geliri hakkında araştırma yapmıştır.<sup>26</sup> Ortaya çıkan sonuç çok şaşırtıcıdır: göz önünde bulundurulması gereken üç vakıf kategorisi: mütevellileri doğrudan kurucu tarafından seçilenler; kurucusunun isteğine göre atananlar ve doğrudan Evkaf Örgütü tarafından idare edilenler. Kurucusu tarafından atanan mütevellilerin yönetildiği pazar içerisindeki dükkanların ortalama kira geliri 99.3; kurucusunun isteğine göre atanan mütevellilerin yönettiği vakıfların 101.5 ve Evkaf Örgütü tarafından idare edilen vakıfların ise 34.7 bin Rial'dir. AO'dan bağımsız bir şekilde yönetilen ilk iki kategorisinin geliri; doğrudan AO tarafından yönetilenlerin gelirinin hemen hemen üç katıdır. Bu durum, ilk iki kategorinin mütevellilerinin ücretlerinin sadece yönettikleri vakıfların performansı ile dolaylı olarak bağlantılı olmasına rağmen ortaya çıkmıştır.

Bundan bir politika önerisi çıkarılabilir; merkezileşmiş vakıf örgütleri; özellikle de kurucuları vefat eden vakıflar açısından gereklidir. Ancak bunlar; doğrudan günlük yönetime dahil edilmemelidir. Bunun yerine, vakıflar; gelirleri doğrudan yönettikleri vakıfların performansı ile bağlantılı olan seçilmiş mütevellilere hızlı bir şekilde devredilmelidir. Bu açıdan bakıldığında ek madde 137'nin önemi açıkça ortaya çıkar.

## YATIRIM

Aşağıdaki İslam ortaklığı şekilleri kanunca (Ek No 208) *korpusu* uygun yatırım yöntemleri olarak düşünülmektedir:

26 Sadr and Souri, "Yönetim Rolü", ss. 22, 24.

a) *Mudaraba*.

Taslak kanunu riskli *mudarabaya* bile izin verir; ve böylece çok nadir uygulanan İmam Zufar'ın ilk kez sekizinci yüzyılda koyduğu kuralı da teyit edilmiş olur. Bu devrim yaratan bir izindir ve alkışlanmalıdır. İki güçlü müesseseyi, yani *mudarabayı* vakıf ile birleştirmektedir. Vakıf fonları, tam olarak girişimcilerin ihtiyaç duyduğu uzun dönemli fonları oluşturduğu için bu; vakıf fonları olarak girişimlere verilen çok büyük destektir. Bu devrim yaratan bir adımdır. Gerçekten de vakıf fonlarının *mudaraba* ortaklıklarına yatırılmasına izin verilmesi; yatırımlarla ilgili girişimlerin yapılmasının yolunu açmış ve İslam dünyasında bu önemli sektörün doğmasını kolaylaştırmıştır.

b) Muşaraka mutanakisa

c) Kiralama

d) Yüzyıl boyu süren Osmanlı uygulamasını teyit eden icareteyn

e) 1907 ve 1908 fetvalarını teyit ederek ortak girişim şirketleri hisseleri. Ancak bu fetvalar sürekli bonolara vakıf *korpusu* olarak izin vermişti. İslami sürekli bonolar, *esham* da Şeriat'a dayandıklarından ve ribaya dahil edilmediğinde vakıf *korpusu* olarak kabul edilmelidir.

f) İslami yatırım fonları

g) İslam bankaları yatırım hesapları

h) İslam bankalarındaki *Mudaraba* hesapları

i) *istisna'a*

j) istisna kapsamındaki *Mudaraba*

k) *Murabaha*

l) *Muzara'a*

Son olarak bir öneri: Klasik kanunun bu şekilde talep etmesine rağmen bağış yapan kişinin bağışlamak istediği miktar, varlığının üçte biri ile sınırlandırılmalıdır. Her şeyden öncesi Sharfah herhangi bir sınır olmadan *hibeye* izin vermiştir. Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse bir kişi sağlıklıyken diğer bir kişiye hediye olarak tüm varlığını verebilir. Tek koşul alıcının bunu gerçekten almasıdır. Bundan dolayı üçte bir sınırı yeni kanunla aşılabilir, aşılmalıdır da. Ayrıca Birleşik Devletler'de Bill Gates ve Warren Buffet varlıklarının yüzde 90'ını bağışladı. Müslümanlar bu Amerikalılardan daha mı az fedakar?

**SONUÇ:**

Bana tanınan süre içerisinde IDB / IRTI ve KPF taslak kanunda göz çarpan noktalarından bazılarını dikkat çekmeye çalıştım. Yaptığım uyarı ve önerilere tabi olarak bu taslak kanun ile ilgili benim genel izlenimim, bu taslakta emeği geçen kişilerin İslam dünyasına çok büyük hizmet ettiğiidir.