

**ÖNCEKİ HUKUKUMUZDA VE TÜRK MEDENİ  
HUKUKUNDA VAKIF KURUMUNA İLİŞKİN  
BAZI SORUNLAR VE DÜŞÜNCELER (\*)**

**Doç. Dr. Hüseyin HATEMİ**

Türk Medenî Kanunu'nun kabulünden kısa bir süre önce, düşünceleri ile Türk fikir ve siyaset hayatında önemli etkileri görülen Ziya Gökalp, «*Bütçe Birliği*» adlı manzumesinde, Devlet bütçesinden ayrı bir «Evkaf» bütçesi olmasını eleştiriyordu (1). Gökalp'in bu manzumesinden, vakıf fikrine tümü ile karşı olmadığı, sadece mazbut vakıfların ayrı bir nezaret ve ayrı bir bütçe ile yönetilmesine karşı çıktığı sonucu çıkarılabilir. Fakat vakıf manzumesinde daha ileri giderek doğrudan doğruya vakıf kurumuna karşı çıkmıştır (2). Gökalp'in, bu ikinci manzumede, vakıf kurumunu «*bid'at*» olarak nitelendirmesi dikkate değer. Bazı eserlerde «*vakfın meşru'iyeti kitab, sünnet ve icma' ile sabittir*» tarzındaki kalıplaşmış ifadelerin yol açtığı veya açıkladığı çoğunluk görüşüne rağmen, vakıf kurumunun «islâmî» bir kurum olduğundan söz ederken, bu nitelendirmenin hangi açıdan yapıldığı da belirtilmeli, hiç değilse yazmadan önce

---

(\*) İ. Ü. Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nün; Medenî Kanun'un 50. ci Yılı Dolayısı İle Ekim 1976'da İstanbul'da tertiplediği Sempozyum'a Tebliğ olarak sunulmuştur.

(1) Yeni harflerle yayımı için bkz: Yeni Havad, 1918 Yeni Mecmua neşri esas alınarak yapılan yeni basım, Kültür Bakanlığı Ziya Gökalp Yayınları, 3, I, Seri 3, Hazırlayan M. Cunbur, Ankara 1976.

(2) Aynı esere bakınız.

düşünülmelidir. İslâm Hukuku, kamu gücünü elinde tutan yöneticilerin nasıl seçilebileceğini belirten kurallar getirmiş, bu yöneticileri de yanılmaz ve kutsal ruhanî güç temsilcileri olarak değil, yöneticiliğe en lâyık fakat topluma karşı sorumlu kişiler olarak kabul etmiştir. İslâm'ın devlet ve hükûmet biçimleri ile ilgilenmediği kanısı da çeşitli saiklerle tekrarlanan yanlış bir kanıdır (3). Resmî hıristiyanlık anlayışı devlet ve hükûmet biçimi ile ilgilenmeyebilirdi. Çünkü Kilise, milletvekili seçimi ile değil piskopos seçimi ile ilgilidir. Diğer konular, yanlış da olsa yerleşik bir hıristiyanlık anlayışı ile, cismanî iktidarın yetki alanına girer. «Kayser'in hakkını Kayser'e vermek» isteyen bir hıristiyan düşünürü bu konularla ilgilenmemekte kendisini haklı görebilir. Oysa «ruhanî» ve «cismanî» ikiliğini kabul etmeyen bir düşünce bütünü, ister istemez bu konularla da ilgilenecektir. Ne var ki, çağdaş deyimler kullanarak açıklamak gerekir ise, İslâm Anayasası'nın Devlet'in temel örgütlenmesine ilişkin kuralları daha başlangıçtan bir «karşı-devrim» hareketi i'e saptırıldığından, «biçim» kurallarındaki sapmanın «öz»e de etkisi ve hukukun diğer alanlarında da yankısı olmuştur. İslâm, öz açısından toplumun her ferdinin dirlik ve düzenlik içinde yaşamasını, servetin belli ellerde ve belirli ailelerde toplanıp kalmamasını, kamu malı ve gelirlerinden bütün toplumun yararlanmasını amaçlayan kurallar koymuş, fakat her alanda olduğu gibi vakıf uygulamasında da görülen «kuralların kötüye kullanılması» eğilimi; vakıf kurumunu; hiç değilse belirli çağ ve yörelerde ve belirli bir oranda, İslâm Miras ve Kamu hukuku kurallarının dolanılmasında araç durumuna getirebilmiştir. Tebliğ'in hacmi, bu konunun bütün boyutları ile ele alınmasına elverişli olmadığından sadece değinmekle yetiniyorum (4). Fakat yine düşü-

(3) Ayrıntılarına girmediğimiz bu konuda bkz: H. Hatemi, İslâm Hukuku'nda Devlet Yapısı, İstanbul 1970.

(4) «Zamanın icaplarını ve zengin sınıf'arın menfaatlerini göz önünde bulunduracak uysal bir karakter sahibi olduğunu tarihî vesikalar sayesinde çok iyi bildiğimiz Ebu Yusuf'un âdî vakıfları caiz görmesi; en büyük İslâm Hukukçularının hemen umumiyetle bu

nülmelidir ki, vakıf kurumunu bütünü ile eleştirmek ve yararlarını reddetmek de doğru değildir. Bir yargıya varmadan önce, bu terim ile neyin kastedildiğine bakmak gerekir. Vakıf kurumu, «*tahsis ve irsad kabilinden vakıf*» anlamında, esasen yine İslâm Kamu Hukuku kuralları gereğince Devlet görevleri olan kamu hizmetlerinin görülmesine aracı oluyorsa, bu kabil vakıfların kurulmasına yol açan ilke, kötülenmek şöyle dursun, hayran kalınacak bir ilkedir. Sadece, bu alanda kullanılan terim ile özel hukuk alanında kullanılan terimin aynı olmasının kavram kargaşasına yol açabileceği tehlikesine değinmek gerekir (5). Nitekim açmıştır ve İslâm Kamu Hukuku ilkeleri gereğince esasen örgütlenmesi gereken kamu hizmetleri, çok defa girişimde bulunan devlet adamının ferdî hayırseverlik duygusunun bir belirtisi sayılmıştır. Vakıflara vergi muafiyeti tanınması gereği savunulurken de vakıf kurumunun başarılarına tarihi bir örnek olarak «*tahsis ve irsad kabilinden vakıflar*»ın saygınlığından yararlanılmıştır. Oysa benzemez şeyleri benzeterrek yanlış sonuçlara varmamak için, kamu hizmetlerinin vakıf hukukî çerçevesi içinde örgütlenmesi ile, vergi muafiyeti tanınarak kamu hizmetlerinin görülmesinin dolaylı yoldan özel hukuk alanına aktarılmasının farklı şeyler olduğuna dikkat etmek gerekir.

«*Tahsis ve irsad kabilinden vakıflar*» bir yana bırakılır da doğrudan doğruya özel hukuk alanına geçilirse, ilk bakışta vakıf kurumunun yerilecek değil övülecek bir düşünceye dayandığı akla gelebilir. Ne var ki, bir kimse servetini vakıf kurumunun kutsal örtüsüne bürüyor, hayatının sonuna ka-

---

esasa muhalif bulunmalarına rağmen, İslâm Alemi'nde çok iyi karşılanmış ve her tarafta ve bilhassa Hanefilerde kat'i mahiyette bir hukukî mesned sayılmıştır». (F. Köprülü, Vakıf Müessesesi'nin Hukukî Mahiyeti ve Tarihi Tekâmülü, Vakıflar Dergisi, II, s. 12 Yazının bütünüdür dikkatle okunması yararlı olur.

(5) Günümüzden örnek vermek gerekirse, özel hukuk dernekleri alanında da bir kamu kurumu niteliğinde olan «*Esnaf Dernekleri*» için de «*dernek*» teriminin kullanılması, yanlış yargılara sebep olabilir.

dar kendisinin yöneteceğini ve yararlanacağını belirtebiliyor, ölümünden sonra da miras hukuku kurallarını alt üst ederek istediği gibi istediği evlâdına tahsis yapıyor, özellikle kız evlâdını mirasdan uzaklaştırıyor, soyu münkariz oluncaya kadar soyundan gelenlerin yararlanacağı bir malvarlığı yaratıyorsa, kullanılan ad ne olursa olsun, bu uygulamanın önlenmesi gerekirdi. Gelgelelim önlenememiştir (6). Ne olursa olsun bugün kullandığımız terimlerle, kamu hizmetlerinin örgütlenme biçimini ifade eden vakıfları, evlâtlık vakıflardan ayırmak ve tenkitlerimizi bu ayırımdan sonra yapmak gerekir (7). Yine düşünülmelidir ki vakıf kurumunu çevreleyen övgülerin bir çoğu nasıl ard niyetlere dayanıyorsa, yergi ve tepkiler de ard niyetlerin ürünü olabilir. Sömürgeci Batı Devletleri'nin ellerine geçirdikleri müslüman ülkelerini daha iyi sömürebilmelerine geçici de olsa bir süre engel olan, hiç değilse hukukî kılıflar ve «*kurt masalları*» düzenlenmesini gerektiren bu kuruma karşı çıkmaları, ard niyetle yöneltilen tenkitlere örnek olarak verilebilir (8). Nitekim, Tanzimat ve Islahat Fermanlarından sonra Türkiye'ye «uygarlık getirme» görevini fuzulî olarak üstlenen ve halk dilinde «*tatlı su frengi*» diye adlandırılan bazı «*Osmanlı tebaası*»nın Batı ülkelerinde yazdıkları tezlerde de aynı tepeden bakış havasına ve «*hayırhah*» tavsiyelere rastlana-

(6) Ö. L. Barkan, İstanbul Evkaf Defteri'nde incelediği (200) e yakın vakıfname suretlî içinde hemen istisnasız olarak her birinde «şart-ı vâkîf»ların mevcut miras hukukunu herhangi bir şekilde değiştirdiğini belirtmektedir. (İslâm - Türk Mülkiyet Hukuku, İÜHFİM VI/1, İstanbul 1940, s. 161).

(7) Nitekim Ö. L. Barkan da gayet haklı olarak «şu halde her şeyden evvel âmme hizmetlerine tahsis edilen vakıflarla bir allenin şeref ve refahı politikasına âlet olan vakıfları birbirinden itina ile ayırmak lâzımdır ve birine ait bildiklerimize istinaden diğerlerini de mesul tutmak doğru değildir» diyor. (a.g.m., s. 170).

(8) Bkz: F. Köprülü, a.g.m., s. 24. — Yine bkz: Hâtemî, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, s. 134, d.n. 8 (Burada anılan bir Fransız yazarı, Fransa'nın Cezayir'deki iktisadî görevinin, bu «zararlı düzenin» kötü sonuçları ile savaşmak olduğunu belirtmekte bu sözleri ile vakıf kurumuyla savaşmak gerektiğini kastetmektedir.)

bilir. Bu gibi esassız ve yersiz tenkitlerden bir kısmı da, F. Köprülü'nün şu şekilde vasıflandırdığı kimselerden gelmektedir: «*Garb alemi'ne hayran oldukları için oradan gelen herşeyi iyi ve İslâm dünyasına ait her müesseseyi fena gören — müstakil görüşden ve tenkit kabiliyetinden mahrum — ilk Avrupailaşma taraftarları, bilhassa Türkiye'de vakıf müessesesi aleyhinde bir cereyan uyandırmaya çalıştılar*». (a.g.m. s. 24).

Zaman zaman, vakıflar aleyhinde ileri sürülen tenkitlerin bütünü ile de haksız olmadıklarını tekrarlayalım. *Ziya Gökalp*'in söylediklerinde de bir ölçüde gerçek payı yok değildir. Her şeyden önce, mülkiyeti Beyt-ül-mal'de olması gereken mallardan yapılan tahsisler ile, yine doğrudan doğruya Devlet gelirlerinden, vergilerden yapılan tahsislerin özel hukuk anlamında bir vakıf değil de kamu hizmetinin örgütlenmesi demek olduğu, bu mallara ayrı «*mütevellî*» tayini gerekmeyip bütün Beyt-ül-mal'in mütevellisi hükümünde olan Devlet reisinin bu tahsisleri denetleyeceği ve gerektiğinde tahsis yönünü değiştireceği düşünülebilir. Ne var ki, İslâm Kamu Hukuku da «örfi» etkilerle bozulmuş, sorumlu devlet reisinin yerini, bir hanedana mensup olduğu için «iktidar»ı «*bil-irsü vel-istihkak*» elde eden, «*umûr-i saltanat*» ile «*şer'i umûr*»u zihninde ayırabilen müstebid bir hükümdar almıştır. Yine bugünkü terimlerle ifade edelim: Hukuka bağlı devlet ilkelerinden uzaklaşmıştır. Bu sebeple de bu tahsislerin «dokunulmaz ve değiştirilmez» sayılmasında ve özel hukuk vakıflarına daha fazla benzetilmesinde yarar ve güvence görülmüştür. Miras Hukuku kurallarının dolanılmasına yol açan ve ancak soyun inkırazından sonra bir hayır cihetine tahsis edilen evlâtlık vakıfların, başdan itibaren geçersiz sayılması gerekirdi. Kanaatimce Cumhuriyet döneminde de, bir bedel karşılığında asıl tasfiye edilmeleri, «kamulaştırılmaları» gereken vakıflar da bunlardı. Oysa bu vakıflar başdan itibaren geçersiz sayılmadıkları gibi, Cumhuriyet döneminde tasfiye hükümleri de tersine işletilmiş, «kamulaştırma» yönünde değil özel mülkiyete aktarma

yönünde tasfiyeye gidilmiş, «evlâtlık vakıflar»a da dokunulmamıştır.

Uygulama alanında İslâm kamu hukuku ve toprak hukuku kurallarına aykırı olarak meydana getirilen vakıflara karşı gösterilen bazı haklı tepkiler uzun ömürlü ve başarılı olamamıştır. Abd-ül-aziz oğlu Ömer'in, Sultan Barkuk'un, Fatih Sultan Mehmed'in gösterdikleri tepkiler örnek olarak verilebilir (9). Buna karşılık, yine bu alanda, İslâm Kamu Hukuku kurallarının bir dereceye kadar etkili olduğu dönemlerde vakıf kurumundan yararlanarak bazı kamu mallarını iktisaden özel mülkiyet alanına aktarmak isteyen zümreler, şartlar değişince bu def'a da aynı amaçla vakıf aleyhdarı olabilmişlerdir. Esasen «mülk arazi» vakfına, «gayrisahih vakıflar»a oranla çok az rastlanıyordu. Arazi kanunnamesi'nin 4. cü maddesinde de bu olguya değinilmektedir (10).

Zamanla, vakıflar elinde toplanan servet, «uygarlık adına» bu servetin özel mülkiyete aktarılması gerektiği görüşünü ortaya çıkaracaktır. Bu tepki, *Gökalp*'in «devletçi» tepkisi değildir. Fakat devletçi tepkilerin de arkasına sığınarak, amacına ulaşmasını veya hiç değilse yaklaşmasını da iyi bilir (11).

(9) Bkz: Köprülü, a.g.m., s. 18; Hâtemi, a.g.e., özellikle § 9, s. 130 vd. ve bu paragraftaki dip notları.

(10) Bu konuda bkz: Hâtemi, a.g.e., s. 135/136, d.n. 10.

(11) Merhum M. Hamdi (Yazır), vakıf kurumunun lehinde veya aleyhindeki görüşlerin arkasına gizlenen ard niyetleri güzel ve anlamlı bir ifade ile belirtir. Vakıf uygulamasının genişlemesine yol açan içtihatlar, «hevâ ve teşehhiye mübteni örfleri ref' edecek» ve bu uygulamanın karşısında olacak içtihatlarla nisbetle daha zayıf olmalarına rağmen, «nâsın temâyülât-ı ruhiyyesine» daha uygun olduklarından «sehl-ür-revâc» olmuşlardır. Fakat bu «temâyülât» «bugün aksülamel yapmaktadır». İslâm ümmeti, eski üstünlük ve gücünü yitirmiş, Batı'nın baskı ve sömürsü de arttıkça artmış, hayati ihtiyaçlarımızın çoğalması nisbetinde «vesâit-i mâliyemiz» daraldıkça, «hazıra göz dikmek» tabii bir adet olmuştur. Vakıf lehindeki görüşlerde olduğu gibi aleyhindeki görüşler de «temâyülât-ı

Medenî Kanun'un kabulünden sonra, İslâm Hukuku döneminde meydana getirilmiş olan vakıflar için ayrı bir Kanun çıkarıldığı, bunların doğrudan doğruya Medenî Kanun kurallarına tabi kılınmadığı malûmdur. (Tatbikat K. m. 8 ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu). Bu Kanun'un uygulanması sırasında karşılaşılan sorunlarla bu tebliğin çerçevesi içinde ilgilenmiyeceğiz. Hattâ Medenî Kanun döneminde kurulan vakıflar dolayısı ile karşılaşılan sorunların bütün boyutları ile incelenebilmesi de yarım saatlik bir tebliğ çerçevesinde mümkün değildir. Bu sebeple özellikle 903 sayılı Kanun'dan sonra vakıflar alanında karşılaşılan bazı sorunlara değinmekle yetineceğiz.

### 1) Vergi muafiyeti ve vakıflar :

Belki bu konu doğrudan doğruya bir medenî hukuk sorunu olarak görülmeyecektir. Ne var ki, «Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi»ni belirten Anayasa m. 8 karşısında bir hususî hukukçu da bu gibi sorunlara kayıtsız kalamaz. Anayasa, Devlet'e bazı iktisadî ve sosyal ödevler yüklemiş ve Devletin bu ödevleri ancak iktisadî gelişme ile malî

---

nefsanîyye» meydan almıştır. Hilâfet-i İslâmiyye'nin sâba-i h'ma-yetine nisbeti pek manevî olarak kalan ve fiilen taht-ı tahakküm-i ağıyâre düşen cemâat-i İslâmiyye'nin yegâne sermâye-i içtimâileri vakıflarından ibaret olabildiğine nazaran, ümmet-i İslâmiyyenin asr-ı hâzırda en mühim menafî-i içtima'iyeleri de vakıflara m'adyun olmak iktiza ettiğinden, en mühim menafî ile amik mazarrât arasında mütedair görünen ahkâm-ı evkaf hakkında, Cenab-ı Allah bize erfak cihetlerinin suhûletle tatbikini muvaffak buyursun duasından kendimizi alamayacağımız da bedihîdir». (İrşâd-ül-ahlâf fi-Ahkâm-il-Evkaf, İstanbul 1330, s. 170-172).

(12) 903 sayılı Kanun'dan sonra bu kanunun getirdiği yenilikler açısından yeni vakıfları inceleyen bazı monografiler meydana getirilmiştir. Bunlardan en yenisi, birkaç gün önce elime geçen ve Vakıflar Umum Müdürlüğü Baş Hukuk Müavir Yardımcısı Dr. H. Güneri tarafından kaleme alınan «Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfda Amaç Kavramı ve Amacına göre vakıf türleri» başlıklı doktora tezidir. (Ankara 1976). Bu eserin bibliyografyasından, 1976 ya kadar bu konuda yayınlanan kitap ve makaleler hakkında geniş bilgi alınabilir.

kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getireceğini belirtmiştir (m. 53). Kamu hizmetlerinin örgütlenmesi ve görülmesi Devlet'in «hikmet-i vücud»udur. Devlet, kendisinden beklenen bu ödevlerini yerine getirebilmek için vergi almak zorundadır. «Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. (Anayasa m. 61/I). Yine Anayasa'nın 129. cu maddesinin 1. ci fıkrasına göre, «iktisadî, sosyal ve kültürel kalkınma plâna bağlanır. Kalkınma bu plâna göre gerçekleştirilir.» Vergi muafiyetinin geniş bir uygulama alanı bulması, Devletin kamu giderlerini karşılamak ve dolayısı ile kamu hizmetlerini örgütlemek için ihtiyaç duyduğu vergi kaynağında eksilmeye yol açacaktır. Kamu hizmetlerinin görülmelerinin ferdlere tefviz edilmesi, Anayasa'nın plânlı kalkınma ilkesini ve eşitlik ilkesini ihlâl edebilecektir.

Bu gözlemden sonra, daha teknik bir sorun olarak, kendisine vergi muafiyeti tanınan vakıfdan, gereğinde bu muafiyetin geri alınabilmesi imkânının da, Dernekler Kanunu'nda olduğu gibi, düzenlenmesi gereğine işaret edelim (13).

Herhalde vergi muafiyeti konusu; üzerinde tekrar düşünölmeye değer sorunlar yaratmaktadır. «İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık» olduğuna (Anayasa m. 114/1) ve vergi muafiyeti alabilecek vakıfların malvarlığı değerine ilişkin bir alt sınır konmadığına göre (14), «yeterlik» şartını gerçekleştiren, amaç ile, bu amaçla özgülünen malvarlığı unsurları arasında uygunluk bulunduğu mahkemece tesbit edilen bir vakıf, gelirisinin kanu-

(13) Yürürlükteki 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun son fıkrasında, kamu yararına çalışan dernek olma niteliğini kaybettikleri tesbit olunan dernekler hakkında verilmiş olan ve bu nitelikte bir dernek oldukları yolundaki kararın aynı usullere uyularak kaldırılabilceği belirtilmektedir.

(14) Meselâ TTK. 272 de anonim şirket kurulabilmesi için bir alt sınır konmuştur: «Husûsî kanunlarda aksine hüküm olmadıkça esas sermaye miktarı beşyüz bin Türk lirasından aşağı olamaz».



nen gerekli bir oranını yine kanunun uygun gördüğü bir amaca özgüledikten sonra, muafiyet tanınması için başvurabilecek ve idare'nin kararlaştırdığı bir alt-sınıra uyulmadığı gerekçesine dayanan red kararları aleyhine Danıştay'a başvurabilecektir. Çünkü Kanunlarda böyle bir alt-sınır belirlenmiş değildir. Kurallar zincirlemesi ilkesine göre de ast kural üst kurala aykırı olmamalıdır. «*Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük*»de de, malvarlığı değeri açısından bir alt-sınır getirilmemiş, vergi muafiyeti tanınabilmesi için gereken maddî şartlar şu şekilde belirlenmiştir :

«*Bakanlar Kurulunca, gelirlerinin en az % 80'ini, hevi itibariyle genel, özel ve katma bütçeli idareler bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini istihdaf etmek üzere tahsisen kurulacağı kabul edilen vakıflara, tahsis edilen mikdar için, vergi muafiyeti tanınabilir*». (m. 37).

Bu kural, 903 sayılı K. m. 4'de yer alan kuralın aynıdır ve görüldüğü gibi, bir alt-sınır getirmiş değildir. Durum böyle olunca da, alt-sınır getiren idarî tasarruflar iptal müeyyidesine maruz olabileceklerdir. Kanun ile bir alt-sınır getirilmesi yararlı olabilir mi? Kanaatimce eğer vergi muafiyeti hükümlerinin alıkonmasında ısrar edilecek ise, en uygun tedbir, vergi muafiyetinin tanınması için Bakanlar Kurulu kararından önce Devlet Plânlama Teşkilâtı'nın müsbet mütalaasının alınması ve sonra Bakanlar Kurulu'nun takdir yetkisini kullanmasıdır. Ayrıca, vergi muafiyetine ilişkin mevzuat tekrar gözden geçirilmesi ve hiç değilse vergi muafiyeti açısından, Kurucu ve bağışçıların vergi muafiyeti ile kurulmuş olan vakıf tüzelkişiliğinin vergi muafiyeti arasında bir ayırım gözetilerek, birinci bölüme giren muafiyetlerin mümkün olduğu ölçüde sınırlandırılması kanaatimce yerinde olacaktır. Devlet'in düzenli, yöntemli ve sırasına uyarak karşılayacağı kamu hizmetleri harcamaları için vergi ödeme borcu, ferdin kamu hizmetlerini bizzat üstlenmesi arzuna üstün tutulmalıdır. Hayır yapmak isteyen kişi önce

vergisini ödemeli, kendisine kalan vergisi ödenmiş malvarlığı ile de isterse vakıf kurabilmelidir. Vergi olarak ödenmesi gereken bir meblâğın bir vakfa özgülenmesine imkân tanınması, Devlet'in kendi yetki ve görevlerini kısmen de olsa özel hukuk kişilerine aktarması anlamında yorumlanabilir ve bu aktarma, Anayasa kurallarının bütününden çıkan anlamaya uymaz (15).

2) Dikkati çeken bir diğer husus da şudur: Türkiye'de, kamu hukuku alanında «iş yapmak» isteyen kişilerin karşısına çıkan «bürokratik engeller»den öteden beri yakınıdır. 903 sayılı kanun «câzip» hükümler getirince, ikinci Meşrutiyet'de alıp yürüyen «dernekçilik akımı»na benzer bir akım, bu def'a da vakıf hukukî çerçevesinden yararlanmak üzere kendisini göstermiştir. Böylece, her bakanlığın, her kamu kurumunun ve her mahallî idarenin yanında, ilkokulların yanındaki «okul-aile birlikleri»ni veya koruma derneklerini andırır biçimde «koruma, destekleme, güçlendirme vs. vakıfları» kurulmak istenmektedir. Bu vakıflar sâdece «parayı verip», «düdüğü çalmayı» kamu tüzelkişiliklerinin yetkili organlarına bıraksalar, bu uygulama karşısında endişeye kapılmak yersiz görülebilir. Oysa, vakıf yöneticilerinin kamu tüzelkişiliğinin iç işlerine karışması sonucunu doğuracak dolaylı ve dolambaçlı yollara girilmesi, «hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz» diyen Anayasa ilkesine (m. 4/son) aykırı olur. Ayrıca, bu vakıflar dolayısı ile, baskı gruplarının kamu hizmetlerinin görülmesi işlevleri üzerinde olumsuz, kamu yararına aykırı etkilerine yol açılabilir. «Türkiye'yi Güçlendirme Vakfı» adı altında bir vakıf kurulduğunu, bu vakfın yönetim kurulunun bakanlar kurulu gibi çalıştığını bir an için düşünelim. Bu örnek nasıl çarpıcı ise, bir kamu tüzelki-

(15) Bu konuda bkz: H. Hâtemi, Vakıf Kurumu Nedir, Nasıl Olmalıdır? Milliyet Gazetesi, 24 Nisan 1975. - 903 Sayılı Kanun'un vergi muafiyetine ilişkin kurallarını ilk eleştirenlerden (bkz. A. Aybay, Vakıflarla İlgili Yeni Bir Kanun, Milliyet 24 Ağustos 1967) A. Aybay ile birlikte Maliye Bakanlığı'na verdiğimiz 1 Mart 1976 tarihli mütalâada da metinde savunulan görüşlere bağlı kalınmıştır.

şiliği ile bir özel hukuk tüzelkişiliğinin fazla «içli-dışlı» olmasının da çarpıcı görünümler doğurabileceği hesaba katılmalıdır. Devlet tüzelkişiliği için sakıncalı görülebilen bir uygulama, Devlet dışındaki kamu tüzelkişilikleri için de kendi çapında ve boyutlarında sakıncalıdır. Hele bu vakıfları kamu tüzelkişilikleri bizzat kuruyorsa, buna imkân olup olmadığı kamu tüzelkişilerinin «ehliyet»i açısından da incelenmelidir. Kamu tüzelkişiliği değil de bu tüzelkişiliğin yetkili makam veya kurullarında görevli olan kişi veya kişiler birer «ferd» olarak kuruyorlarsa, bu davranışın saikleri üzerinde düşünülmalıdır: Gerçekten sıkıcı ve yararsız bürokratik engeller dolanılmak isteniyorsa, mevzuat gözden geçirilmeli, «*teşri'i müdahale*» ile «kanuna karşı hile» istekleri söndürülmelidir. Kamu hukuku kurallarının haklı ve yararlı denetim kuralları dolanılmak isteniyorsa, yine kanuna karşı hileleri önleyecek tedbirler alınmalıdır. Ne olursa olsun, «*dolaylı yoldan da olsa, kamu gücünün özel hukuk tüzelkişilerine aktarılması önlenmelidir.*» (16).

Derhal belirtelim ki, bir kamu tüzelkişiliğine malî destek sağlama amacı, meşru olmayan bir amaç değildir. Yapılacak şey, bu amaçla vakıf kurulmasını önlemek değil, sadece vakıf senetlerini iyi inceleyerek «*kanuna karşı hile*» leri, bu yol ile kamu hukuku kurallarının denetiminden kaçınılmasını, kamu mal ve gelirlerinin özel hukukun serbesti alanına aktarılmasını ve baskı guruplarının kamu yararı amacından saptırıcı etkilerde bulunabilmesini önlemektir.

3) *Vakıf kurma işleminin hukukî niteliği:* Vakıf kurma işlemi, toplu işlem olarak da yapılabilir. Fakat dernek kurma işleminde olduğu gibi zorunlu olarak toplu işlem olması gerekmeyip dar anlamda tek taraflı işlem olarak da yapılabilir. Kurucu tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Bu bakımdan, zorunlu olarak toplu işlem şeklinde görünen dernek kurma işleminden ayrılır.

Yine dernek kurma işlemi zorunlu olarak sağlıkta hü-

küm doğurmak üzere yapılan bir işlem olmasına karşılık, vakıf kurma işlemi maddî anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olarak görülebilir ve şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarrufun çerçevesi içine girebilir.

Vakıf kurma işleminde irade beyanı iki hukukî sonuca yönelmiştir: a) Yeni bir tüzelkişilik yaratma, b) Bu tüzelkişiliğe bir malvarlığı kazandırma.

Şu halde vakıf kurma işleminde iki hukukî sonuç vardır. Böyle olmakla beraber aynı irade beyanı bu iki sonuca birden yönelmektedir ve işlem tek bir işlemdir. Kazandırma sonucu bakımından bir «kazandırıcı işlem», kişilik yaratma (kurma) sonucu bakımından da bir «kişilik yaratma (kurma) işlemi» ile karşıkaraşıya bulunmaktayız. Bu iki sonuç da aynı anda, Asliye Mahkemesi siciline tescil ile doğmakta, vakıf kişilik kazanmakta, aynı zamanda da kendisine tahsis edilen malvarlığı unsurlarına malik olmaktadır (MK. 74/I ve 74/VI).

Bu iki ayrı hukukî sonuç dolayısı ile, vakıf kurma işleminin iki ayrı konusu vardır. Kişilik yaratma işlemi olarak, bu işlemin konusu vakfın «amacı»dır. Kazandırıcı işlem olarak da konu, tahsis edilen malvarlığı unsurlarıdır. Meselâ alelâde bağışlama işleminde bu özellik olmadığından, bağışlanan malvarlığı unsurlarının miktarı önemli değildir. Oysa vakıf kurma işleminde, yine meselâ anonim ortaklık kurma işleminde olduğu gibi bir alt-sınır konulmuş olmakla birlikte, tahsis edilen malvarlığı unsurlarının amaca hizmet etmeye elverişli olması, kazandırıcı işlemin konusu ile kişilik kazanma işleminin konusu arasında bir uyum bulunması şarttır. Bu şartı, «yeterlik şartı» diye adlandırabiliriz. Yeterlik şartı, MK. 77/III ün ifadesinden anlaşılacak bir şarttır :

*«...vakfa tahsis edilen mallar, gayenin tahakkukuna yetmediği takdirde..»*

Uygulamada hâkimler tescil kararı verdiklerinde çok def'a vakıf senetlerini titizlikle incelemediklerinden, yeter-

lik şartını gerçekleştirmeyen vakıflar için de tescil kararı verilebilmektedir. Bu tutum, sakıncalı durumlara yol açabilir. 903 sayılı kanun'dan önce, «vakıfçılık akımı» yerine «*dernekçilik akımı*»nın revaçta olduğu sırada, dernek ibtizâlinin, dernekleri kaydeden makamı bir «*dernek mezarlığı*»na dönüştürdüğü söylenirdi. Bir masa, iki sandalye ve bir dolap ve beş on kuruş para ile yeni bir tüzelkişilik kurma imkânı verilirse, «*bir lokma - bir hırka vakıfları*»nın çoğalacağından, bunların ileride yapılacak bağışların hülyâsı ile kurulacaklarından, sonunda da kansızlıktan muztarip olarak vefat edip Vakıflar Genel Müdürlüğü'ndeki merkezi kütüğü bir «*vakıflar mezarlığı*»na dönüştüreceğinden korkulur. Yeterlik şartının aranmasında titizlik gösterilmesi, hayır işleme arzusuna sed çekecek bir tutum da değildir. Meselâ bir hastahane kuracak parası olmayan kişi, mevcut bir hastahanenin bir odasını döşeyip donatabilir. Yeni bir tüzelkişilik kurmaktansa, mevcut bir tüzelkişiliğe kazandırma yapması, yeni verimsiz masraflara, yönetim vs. masraflarına yol açmayacağı için de daha yararlıdır. Fakat insan varlığındaki bencillik, hayır işlerken bile etkisini gösterebilir ve «adını yaşatma» tutkusu, bağımsız tüzelkişilerin çoğalmasına yol açabilir: Ne var ki, bu gibi tutkular, hukuk düzeninin korunmasını gerektirebilecek değerde tutkular değildir. Adını yaşatmak isteyen kişi, mevcut bir tüzelkişiliğe bağışlama yaparak da bunu sağlayabilir. Yukarıda verilen örnekteki hastahane odasına bağışçının adını belirten bir levha konması pek alâ mümkündür.

Sonuç olarak, yeterlik şartında titizlik gösterilmesi, fakat bir alt-sınır konmayıp bugün olduğu gibi bu konunun somut olaydaki amacın özelliğine göre hâkimin takdirine bırakılmasının daha iyi olacağı, hâkimlerin bu konuda gereken titizliği göstermeleri için de yeterlik şartının vakıf kurma işlemini tarif eden maddede yer almasını teklif ettiğimi belirtiyorum.

Vakıf kurma işleminin konusunu «*amaç*» ve «*malvarlığı unsurları*» olarak birlikte ve karşılıklı ilişkileri içinde ele aldığımızda yeterlik şartının üzerinde durulması gerekir.

Bu «konu»lar ayrı ayrı ele alındığında, MK 5'in delâleti ile BK. 20'de belirtilen şartlar da her birinde ayrı ayrı ele alınmalı, kazandırma konusunda hukuka veya ahlâka aykırılık yahut imkânsızlık bulunmasa bile, amaçta bulunan bu özellikler, işlemin geçerliğini engellemelidir. Bunun aksi de varittir. Kazandırma konusundaki hukuka veya ahlâka aykırılıklar da, amaçta bu nitelikler bulunmasa bile işlemin geçerliğini etkilememelidir.

4) *Ölüme bağlı vakıf kurma işleminin bağımsız bir ölüme bağlı işlem olması*: Vakıf kurma işlemini, sağlıkta yapılıncaya bağımsız bir hukukî işlem olarak kabul eden, meselâ bir tür bağışlama olarak görmeyen hukukçular, aynı işlem ölüme bağlı olarak yapıldığında her nedense bu yerinde tutumlarını değiştirmekte, ölüme bağlı vakıf kurma işlemine bağımsız bir nitelik tanımayarak, bu işlemi bir «mîrascı nasbı», «muayyen mal vasiyeti» veya «mükellefiyet» çerçevesi içinde eritmeye kalkışmaktadırlar. Bu bakımdan, meselâ Yargıtay 2 HD. sinin 22.12.1972 gün ve E. 7574 - K. 7266 Sayılı Kararında (RKD 1973 II/2, s. 228) varılan bazı sonuçlara katılmıyorum. 903 sayılı Kanun'dan sonra MK. 473 gereksiz hale gelmiş de değildir. Bu madde, vakıf kurma işleminin, maddî anlamda bir ölüme bağlı tasarruf o'arak diğer maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflardan bağımsızlığını gösteren bir maddedir. Bu kararda da benimsenen ve henüz tescil edilip kişilik kazanmamış ölüme bağlı vakfı, kurucusunun ölümünden sonra «cenin»e benzeten kanaate de katılmıyorum. Böyle bir benzetme yapılmasına ve bu benzetmeden bazı sonuçlar çıkarılmasına hiç gerek yoktur. Gerçek kişi gerçek kişidir, tüzelkişi de tüzelkişidir. «Gerçeklik nazariyesi»nden «gerçekçi» olmayan aykırı ve ayrık sonuçlar çıkarılmamalıdır. Bu benzetmenin yararı da yoktur. Tüzel kişiler — Devlet dışında — Kanunî mîrascı olamazlar. Şu halde henüz kişilik kazanmamış olan vakfın kanunî mîrascı olabilme ihtimâli yoktur ki bu benzetme ile onun kişilik kazanmadan önceki kanunî mîrascılığını sağlamış o'alım! Mansup mîrascı veya vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmeleri işlemi de, bunların «cenin» sayılmalarına hiç gerek ol-

maksızın pek alâ şarta bağlı olarak yapılabilir. Şart gerçekleşmeden, yani vakıf tüzelkişilik kazanmadan önce ölüme bağlı tasarruf yapan kimse ölmüş ise, bir nev'i kurucu ikame ile, önce mirasçılar hak sahibi olacaklar, daha sonra vakıf tüzelkişilik kazanınca, vakıf yararına ve ölüme bağlı tasarruf gereğince işlem yapmaları gerekecektir.

5) *Vakıf kurma işleminin bağlayıcılık kazanma anı*: Tüzükte, noter senedinin düzenlenmesi ile, sağlıkta hüküm doğurmak üzere yapılan vakıf kurma işleminin bağlayıcılık kazanacağı ilkesi benimsenmiştir.

Kurucu, senedin düzenlenişini izleyen üç ay içinde tescil talebinde bulunmadığı takdirde, Vakıflar Genel Müdürlüğü tescil talebinde bulunabilmektedir (m. 5/II). Kanaatimce bu tüzük hükmü, kanunu aşan bir hükümdür. Vakfeden, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bu başvurusu karşısında susmuş ise, vakıf kurma işlemini geri alma niyetinde olmadığını belirtmiş olur. Fakat Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün başvurusu hiç değilse ona da bildirilmeli, işlemi geri almadığı öğrenilmelidir. Herhalde tüzük metninde gerekli değişikliğin yapılması ve tüzüğün kanun'u aştığı noktalarda, kurallar zincirlemesi ilkesi karşısında Kanun'a aykırı tüzük kuralının uygulanmaması gerekir.

6) *Mahfuz hisse bakımından MK 453 de yapılan değişiklik*: Bu konuya herhalde sayın hocam Köprülü temas edeceklerinden, tüzelkişilik teorisinden çok miras hukukunu ilgilendiren bu alana girmiyorum (\*). Ancak, getirilen kuralın, «indirimli mahfuz hisse»nin söz konusu olmadığı işlemler dolayısı ile çıkan ihtilâflarda bile tenkis hesaplarının ne kadar güçlük yarattığı düşünülürse, oldukça güç ve karışık hukukî sorunlara yol açtığı ve açacağı şüphesizdir. Fakat, bu kuralı düzeltmek için yapılan teşebbüsler, «mahfuz hisse» kurumunu kaldırmak şeklinde tecelli etmemelidir. Mahfuz hisse oranları tekrar gözden geçirilmeli fakat mahfuz hisse kurumu kaldırılmamalı, MK. 453'ün değiştirilmeden önceki

(\*) Diğer tebliğler İ. Ü. Mukayeseli Hukuk Enstitüsü tarafından bastırılmıştır.

şeklinde olduğu gibi her türlü işlem karşısında mahfuz hisse oranları aynı olmalıdır. Vergi muafiyeti konusunda, nasıl Devlet kesesinden vakıf yapılmasını hoş görmedikçe, mirasçılarının kesesinden vakıf yapılmasını da hoş görmemiz gerekir. Makul ve meşru bir mahfuz hisse, vakfa takaddüm etmelidir. Mirasın, servetin belirli zümrelerde toplanmasını önleyici görevi vardır.

Yine aynı maddede, belirli şartlarla mirasçıya gelir tahsisi halinde tenkis davasının bertaraf edilebilmesi kuralı ile (MK. 453/III), bu gelir tahsisinin ancak iki kademeli olup ondan sonra ancak vakıf senedinde hüküm bulunmak şartı ile muavenet nafakası verilebileceğine ilişkin kural (MK. 453/son) da üzerinde durulması gereken kurallardır. Gelir tahsisinin ancak iki kademeli olması, MK. 468 ve MK 322/son'dan çıkan anlama uygundur. Ne var ki «*muavenet nafakası*» imkânı, «kanuna karşı hile»nin «kanunî hile» şeklinde yapılabilmesine imkân vermiş, diyecek bir söz bırakmamıştır. Hiç değilse madde metninde, muavenet nafakası, alacaklısı açısından MK. 315'de olduğu gibi «zaruret» şartına bağlanabilir ve sadece vakfedenin fûru'una hasredilebilirdi. Uygulama, «muavenet nafakası»nda zaruret şartı arayacak mıdır? Maddenin ifadesi karşısında bu yorum imkânsız değildir. İmkânsız olsa bile, burada bir «örtülü boşluk» bulunduğu kabul edilerek, muavenet nafakasının ancak muavenete muhtaç olanlara ödeneceği ilkesi benimsenebilir. Fakat uygulama'nın bu yolu tutacağı konusunda fazla iyimser değilim. Ebu Yusuf devrinin insanları ile çağımızın insanları arasında, çıkarlar söz konusu olduğunda fark yoktur.

Sonra, MK. 453/III deki, «mirasçının içtimai durumuna uygun nafaka» ölçüsündeki belirsizlik nedir?

Bütün bunlar gösteriyor ki, MK. 453, en başarısızca değiştirilen maddelerden birisidir. Bu şekilde değiştirilmek-tense ilk şekli ile bırakılması çok daha isabetli olacak idi.

Herhalde bu madde üzerinde tekrar düşünülmeli, çekidüzen verilmelidir. Federal Mahkeme, bizim MK. 322 yi karıştıran İMK. 335/I i uygularken titiz davranmaktadır. Bizde de me'haz metinde olmayan MK. 322/son cümleye özel önem verilmeli, bu konuda da titiz davranılmalıdır.



7) *Kâr paylaşma amacı ile vakıf kurulabilir mi?* Çok defa iki konunun birbirine karıştırıldığı görülür. Vakfın, amacına ulaşmak için bir ticarî işletmeye sahip olmasına engel yoktur. Fakat, bizzat vakfın amacının «manevî» olması, kazanç paylaşma amacını gütmemesi gerekir. Derneklerde amacın kazanç paylaşma olamayacağının belirtilmesi, vakıflarda ise belirtilmemiş olması vâkıası, vakfın kâr paylaşma amacı ile kurulabileceğini göstermez. Özel Hukuk'ta, dernekler yanında yine «kişi topluluğu» türünde, fakat amaçları dernekten farklı olan «ticaret ortaklıkları» da bulunduğundan, dernek ile ticaret ortaklıklarını ayırabilmek için bu kıstasdan yararlanılmıştır. Vakıfda ise, Ticaret Hukuku alanında, kazanç paylaşma amacı ile kurulmuş olan ve «mal topluluğu» görünümünde bir tüzelkişilik bulunmadığından, vakfın amacının kazanç paylaşma olmadığına belirtilmesine gerek yoktur. Bence, vakfın kâr paylaşma amacı ile kurulamayacağı, üzerinde bu kadar uzun durulması bile gerekmeyen bir mütearifiedir. Tüzelkişilik türlerinin başlıca belirleyicisi, amaçlarıdır. Kazanç paylaşma amacını seçen kurucular veya kazanç sağlama amacını seçen kurucu, seçeceği tüzelkişilik türünü de Medenî Hukuk alanında aramalıdır. Ne var ki, meselâ vakıf konusunda Türkçe'de yayınlanan son tezde, açıkça «*bizce, kazancın kurucular veya yöneticilere ait olacağına ilişkin olarak vakıf senedine konulmuş bir kayıt varsa... kazancın paylaşılabilmesi için bir engel düşünülemez*» denmektedir. (Güneri, a.g.t., s. 46). Yine açıkça, MK. 322/son hiç nazara alınmayarak bir «ticarî işletme»nin, manevî bir amaca bağlanmaksızın vakıflaştırılması mümkün olduğu izlenimini uyandıran satırlara yer verilmektedir. Kanaatimce bu konuda da gerekli bütün titizlik gösterilmeli, «*yeterlik şartı*» gibi vakfın kazanç sağlama amacı ile kurulamayacağı hususu da açıkça vakfın kanuni nitelikleri arasında yer almalıdır.

8) *Tüzelkişilik kurma işlemlerinde tip seçme ve kapsamı belirleme özgürlüğünün sınırı:* Uygulamadaki bir diğer kötü eğilim de şudur: Tüzelkişilik türleri ayrı ayrı ve bazı farklı kurallar ile düzenlendiği halde, bu konuda işlemin

kapsamını belirleme özgürlüğü «mutlak» zannedilmekte, «vakıf» türü seçildikten sonra vakfı dernekleştiren vakıf senedi kuralları konmaktadır. Buyurucu kurallara aykırı olmadıkça, kurucunun vakıf senedini düzenleme özgürlüğü vardır. Meselâ yönetim biçimini düzenlerken «yönetim kurulu» dışında daha geniş üyeli bir organa yer verilebilir. Ne var ki, bu organa «genel kurul» adı verilmekte, bu da «iltibas»a yol açmaktadır. İş yalnız yanlış adlandırma ile kalsa önemli değildir, BK. 18/1'in anlamından dolayısı ile yararlanılabilir. Ne var ki bu «genel kurul»lara üyeyi «ihraç» yetkisi, vakfı «fesih» yetkisi, başka tüzelkişiliğe dönüşme veya katılma kararı verme yetkisi gibi, hukuken gerçekleşmesi mümkün olmayan hayali yetkiler de verilmektedir. Vakıf senetleri titizlikle incelenmediği için de tescii kararı verilmektedir. İleride bu yanlış uygulamanın yerleşmesi yanlış kararlara yol açabilir. Vakıf «üye»si, bir tür vakıf yöneticisidir. «Genel kurul»un ihraç imkânı yoktur. Yöneticiliğin son bulma sebepleri, MK. 79/II ye uygun olarak belirlenmelidir. Vakıf tüzelkişiliğine yöneticilerin son vermesine de imkân yoktur. Aslında bütün bunlar, «malûmu i'lâm» sayılmak gereken hususlar ise de yanlış uygulama o kadar çoğalmıştır ki, ileride «*nâsın isti'mâli bir huccettir ki, onunla amel vacib olur!*» denerek, bu alandaki hukukî açıklığın altüst edilmesinden korkulur. Dernek türünün yarar ve sakıncaları ile vakıf türünün yarar ve sakıncaları tartılmalı, seçim yapılmalı, bir def'a seçim yapıldıktan sonra kuruculara her iki türün yalnız «yararlı» görülen kurallarını bir araya getirme ve «*devekuşu vakıfları*» kurma yetkisi tanınmamalıdır.

9) «Sandık - vakıflar» konusu: Aslında, uygulamanın yanlış yola girmesinin önemli bir sebebi de, kanun koyucunun bir tür «devekuşu vakfı»nı kendisi yaratarak diğer vakıflar için de kötü örnek olmasıdır. (bkz: MK. 77/A). Bu alanda da ayrıntılara girmeksizin, 20 Mayıs 1976 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 1992 sayılı ve 11.5.1976 günlü kanun ile, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. ci maddesinin kapsamına giren «sandık»ları tasfiye eden ku-

ralı tasvib ettiğimi, hatta bu madde kapsamına girmeyen sandık vakıflar alanının da vakıf teorisi açısından tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kanaatinde olduğumu belirtmek istiyorum. Bu gibi amaçlar için «kooperatif» türü daha uygundur. Terim ve kavram kargaşasına yol açmaktansa, amaçlara uygun tüzelkişilik türü ne ise o seçilmelidir. Bunların, dolambaçlı yollardan bir «ticaret ortaklığı» imiş gibi davranmaları ve kazanç paylaşımları, yahut «sosyal güvenlik» kavramını kötüye kullanarak «sosyal imtiyazlılık» durumuna vardırımları önlenmelidir. Ne var ki, belirttiğimiz ve haklı bulduğumuz tasfiye kuralı, bir iki olumlu yankı yanında, baskı gruplarının gücünü ve etkinliğini ortaya koyan güzel bir örnek olarak, Basın'da olumsuz yankılar doğurmuş, bu konuda paralı ilânlar yolu ile de günlerce kamu oyuna açıklamalar yapılmış ve Sayın Cumhurbaşkanı da bu tasfiye kuralının iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşdur (18).

Sandık - vakıfların amacı, sosyal güvenlik sağlamaktır. Sosyal güvenliğin tek elden, bir kamu kurumu eli ile ve tabiidir ki eşitlik ilkesine uygun biçimde sağlanmasını gerçekleştirmek için yapılan teşebbüsler, Anayasa'ya aykırı değil uygundur. Asıl Anayasa'ya aykırı olan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun görevinin özel hukuk tüzelkişiliklerine aktarılması ve eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecek bir uygulamaya yol açılmasıdır.

10) *Gölge - Vakıflar Kurulması*: Uygulama'nın yanlış yola girmemesi için dikkat edilmesi gereken bir husus da şudur: Dernekler, taşınmaz edinme ehliyetlerini sınırlayan kural karşısında (Dernekler K. m. 52) yönetimleri kendi elle-

(18) Tebliğin verilmesinden sonra, Anayasa Mahkemesi anılan tasfiye kuralını iptal etmiştir. İptal kararı oy çokluğu ile verilmiştir. Karşı-oy yazılarında, yürekten katıldığım cümleler vardır. Ne var ki tebliğin verilmesi sırasında bu iptal kararı yayımlanmış değildi. (bkz: 9 Mayıs 1977 günlü ve 15932 Sayılı Resmî Gazete'de Anayasa Mahkemesi'nin E. 1976/36, K. 1977/2 sayılı ve 25.1.1977 günlü kararı) Bu sebeple, bu karar ve karşı oy yazıları üzerinde burada durmuyorum.

rinde olan gölge-vakıflar kurmaya ve bu paravana arkasında kanun hükümlerini dolanmaya kalkışabilirler. Derneklerin hak ehliyetini sınırlayan kuralların konuş nedeni araştırılmalı, bunların sürdürülmesi için gerçek bir zaruret varsa sürdürülmeli ve gölge-vakıf uygulaması «kanuna karşı hile» müeyyidesi ile engellenmelidir. Bunların sürdürülmesinde zaruret yoksa, bu hükümler ilga edilerek, gölge-vakıfların doğmasına yol açan sebepler kaldırılmalıdır.

11) *Cemaat mensuplarını destekleme amacı ile vakıf kurulamaması :*

MK. 74/II de, «...belli bir ırk veya cemaat mensup'arını desteklemek gayesi ile kurulmuş olan vakıfların tesciline karar verilemez» kuralı yer almaktadır. Anayasa, Türkiye Devleti'ni «ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün» olarak gördüğü için, gerçek anlamı ile «cemaat» ayırımı güden vakıfların kurulmasının yasaklanması Anayasa'ya aykırı değildir. Lozan Muahedesi ile varlıkları tanınan ve Cumhuriyet'den önce kurulmuş bulunan kurumların özel durumu saklıdır. Burada bu konuya da giremeyeceğiz. Ancak, yukarıda belirttiğimiz MK. 74/II kuralı, Anayasa'da yer alan (Anayasa m. 19) vicdan ve din hürriyetine aykırı bir uygulamaya da yol açamaz mı? Bu sorun düşündürücüdür. Anayasa'nın 12. ci maddesi, «herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir» kuralını koyduğuna göre, mese'â bir «cami yaptırma vakfı» kurulabilmesi imkânının bulunmasına karşılık, bir kilise yaptırma vakfının kurulabilmesi imkânının bulunmaması Anayasa'ya aykırı sayılmaz mı? İlk bakışta bu soruya olumlu cevap vermek mümkündür. Ancak, MK. 74/II kuralının kaldırılması da, Bahaî vakıfları, Yehova Şahitleri vakıfları vs. gibi kamu düzenini bozabilecek vakıflar kurulmasına yol açacaktır. Oysa, meselâ Yargıtay'ın MK. 74/II yi uygulayarak bahaî vakfının tescilini reddeden kararı, şükranla anılmak gerekir. Fakat, diğer taraftan kamu düzenini bozmayan ve çok eskiden beri varlıkları tanınan İslâm'dan gayri dinler için, Anayasa'da tanınan ibadet

özgürlüğünü de ihlâl etmemeye dikkat edilmelidir. Ne var ki, ibadet özgürlüğünün sağlanması, mutlaka vakıf kurma özgürlüğünün sınırsız olarak tanınmasını da gerektirmez. Bu konuda en uygun bir çözüme ve düzenlemeye gidilebilmesi için daha fazla incelemeye ve tartışmaya ihtiyaç vardır. Anayasa'ya uygunluğu — bir yoruma göre — sağlamak isterken, bazı tarihî mülâhaza ve gereklerin nazara alınmasından doğabilecek tehlikelerle karşılaşabiliriz. Şu halde, MK. 74/II kuralını alıkoyarak, hıristiyan ve musevi vatandaşlar için ibadet amacı dışındaki cemaat vakıflarının yeniden kurulmasını önlemek, fakat ibadet imkânlarını da — vakıf hukukî çerçevesi dışında — tanımak yerinde olacaktır.

Eski dönemde meydana getirilip varlıkları tanınan ve Vakıflar Kanunu'na tâbi «mülhak vakıflar»dan olan cemaat vakıflarına gelince, Uygulama'da bunların «hak ehliyeti» vakıf senetleri ile sınırlı sayılmaktadır. Hukuk ilkeleri açısından, bir tüzelkişinin, amacına uygun kullanmak şartı ile, karşılıksız kazandırmaları kabul edebilmesi için kuruluş belgesinde açıklık olması şart değildir. Her tüzelkişinin ölümüne bağlı veya sağlıkta hüküm doğurmak üzere kazandırma sağlama ehliyeti vardır. «Ultra vires..» ilkesinin bu derecede sert uygulanması, hukuk açısından doğru değildir. Kaldı ki, «cemaat vakıfları» dediğimiz bu vakıfların bir çoğu aslında «vakıf» olarak değil, o cemaatin, kendi töre kurallarına göre varlığını kabul ettikleri ruhanî iktidar tüzelkişiliğine yapılan yükümlü bağışlamalardır. Cumhuriyet sonrası döneminde cemaatlerin ruhanî makamlarına, Patrikhaneler'e ve Hahambaşılığa böyle «külli» bir tüzelkişilik tanınmamış, bu sebeple ister istemez Vakıflar Kanunu'nun gerçekleştirdiği bir kanunî tahvil gereğince, bu mükellefiyetli bağışlamalar birer «cemaat vakfı» olmuşlardır. Bunların birer vakıf senedi yoktur ki bağışlama veya vasiyet kabulüne ehil oldukları zikredilsin! Vakıflar Kanunu'ndan sonra verdikleri beyannamelelerde bu ehliyetlerinden söz etmeleri beklenemezdi. Şu halde uygulama'nın bu cemaat vakıflarının bağışlama ve vasiyet kabulüne ehliyet konusunda tuttuğu yol, hukuk ilkeleri karşısında savunulamaz. Ancak, varılan sonucun yersiz

olduğu da aynı rahatlıkla söylenemez. Yapılacak olan, derneklerin taşınmaz edinme ehliyetini sınırlayan kural gibi bir kural getirilerek, açık bir Kanun hükmü ile ve gerektiği ölçüde bu tüzelkişiliklerin hak ehliyetini sınırlamaktır.

12) *MK. 77/II kuralı*: Maddede, vakıf senedinde gerekli kurallara yer verilmemişse, teftiş makamının bunu vakfedene tamamlatacağı belirtilmektedir. Kanaatimce bu kuralın uygulanmasına imkân yoktur. Eğer vakıf tescil edilmiş ve vakfeden sağ ise, bu tamamlatma mahkeme tarafından yaptırılmalı, vakıf tescil edilmiş ise, artık sadece mahkeme kararı ile ve MK. 79/I şartlarına uygun olarak düzeltme ve değiştirme sağlanmalıdır.

13) *«Malların değiştirilmesi»nin kapsamı*: Malların değiştirilmesini güç ve denetimli usûllere bağlayan MK. 80/A, dar mı yorumlanmalıdır? Sadece kuruluş belgesinde belirtilen malvarlığı unsurları mı bu usûle tâbi tutulmalıdır? Aksi takdirde, vakıf yönetiminin çok dar sınırlar içine hapsedildiği, meselâ vakfın parası ile gerekli bir menkul esva alınması hâlinde bile mahkemeye başvurmak gerektiği düşünülebilir. Herhalde madde tekrar gözden geçirilmeli, MK 80/A daki usûl, sâdece a) kuruluş belgesinde belirtilen, kurucuların tahsis ettiği malvarlığı unsurlarına b) yükümlü bağışlama konusu olan kazandırmalara c) bir de, gerekli görüldüğü takdirde, sonradan kazanılmış da olsa taşınmaz mallara hasredilmeli, sonradan kazanılan para ve menkul değerler, mükellefiyetli kazandırma söz konusu olmadıkça, maddenin kapsamı dışında bırakılmalıdır.

13) *Vakıfların malları üzerinde zilyedlik ile iktisap hükümlerinin uygulanmayacağı kuralı (MK. 81/B)*: Doktrinde haklı tenkitlere hedef olan, taşınır ve taşınmaz ayırımı yapmayan, Vakıflar Kanunu'ndaki «doğrudan doğruya hayrattan olan taşınmazlar»a ilişkin kurala uygun olarak hiç değilse kamu yararına olan vakıflara hasredilmeyen, kamu yararına olan dernekler için de benzer bir kuralın yokluğu konusunda kesin bir açıklama getiremeyen bu kural, tekrar gözden geçirilmelidir.

14) *Vakıflara, bir malın gelirinin tahsisi:* YKD Eylül 1976 da yayımlanan E. 1975/5028 ve K. 1975/6727 sayılı, 3.11.1975 günlü 6 HD. kararı, doğru olarak, bir malın sadece gelirinin vakfa tahsis edilebileceğini, bu arada kuru mülkiyetinin başkasına devredilebileceğini belirtmektedir. Ne var ki «yeterlik» ve «amaçta süreklilik» açısından da her somut olayda inceleme yapılması gerekeceği gibi, intifa hakkı tahsisinde olduğu gibi bu gelir tahsisinin de aynı süre sınırlayıcı kurala tâbi olması gerekecektir (MK. 721).

15) *Vakfın sona ermesine ilişkin hükümler:* Bu hükümler açısından da mevzuatımızın durumu tatmin edici değildir. «Kendiliğinden dağılma» ya ilişkin kanun hükmü müphemdir. (MK. 81/A) Hiç değilse bu konudaki Tüzük kuralını kanunlaştırmak, mahkeme kararı aramak yerinde olur. (Tüzük m. 30/II). Dağıtılmaya gelince, sonradan amacı kanuna aykırı duruma gelen vakfı, dağıtmadan önce toparlamaya, çeki-düzen vermeye kalkışmak daha yerinde bir davranış olur. MK. 79-80/A'daki değiştirme kuralları varken, niçin sonradan ortaya çıkan kanuna aykırılık dağıtma sebebi sayılsın? Önce düzeltme imkânı araştırılmalı, bu imkân bulunamazsa dağıtma yoluna gidilmelidir.

İşte bu tebliğ çerçevesinde, bibliyografya ve kaynak vererek bir araştırma yapmak değil 903 sayılı kanun uygulamasındaki bazı noktalara parmak basmak amacı ile yaptığım açıklamalar bunlardan ibarettir. Ayrıntılı açıklamaları ve kaynakları, yakında üzerinde çalışmayı düşündüğüm bir monografide verebileceğimi umuyorum. Buradaki açıklamalar, şahsî teklif ve düşüncelerim niteliğindedir.