

**Türk Medenî Kanunu'nun "Vakıflarda üyelik olmaz."  
Hükmünü İptâl Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında**

**Osman Berat GÜRZUMAR\***

**İnceleme Plânı:** I- ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTÂL KARARI VE GEREKÇESİ, II- İPTÂL EDİLEN "VAKIFTA ÜYELİK OLMAZ" KURALININ ANLAMI, NORMATİF AÇIDAN İŞLEVİ VE GEREKÇESİ, A) Kuralın Anlamı, B) Kuralın Normatif Açısından İşlevi ve Gerekçesi, III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ELEŞTİRİSİ VE ETKİSİ, A) KARARIN ELEŞTİRİSİ, B) KARARIN ETKİSİ, SONUÇ

**I- ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTÂL KARARI VE  
GEREKÇESİ**

Anayasa Mahkemesi, 17.4.2008 tarihli ve 2005/14 E.-2008/92 K. sayılı kararıyla<sup>1</sup> 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun "Vakıflarda üyelik olmaz." ilkesini açıklayan m.101 f.3 hükmünü iptâl etmiştir. Karar, çok kısa bir metinden oluşmaktadır.

İki asliye hukuk mahkemesinin başvurusu üzerine itiraz yoluyla görülen dava neticesinde verdiği kararda, Yüksek Mahkeme, 27.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 56. ve 101. maddelerine değindikten sonra, 101. maddenin 3. fıkrasının Bakanlık Tasarısı'nda yer alan gerekçesini de aynen aktarmış ve itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı sorununu irdelemeye geçmeden önce, şu tespiti yapmayı da gerekli görmüştür:

*"4721 sayılı Yasa'dan önce yürürlükte olan 743 sayılı Yasa'da, vakıflarda üyeliği engelleyecek nitelikte bir hüküm bulunmadığı halde, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası ile vakıflarda üyelik olmayacağı öngörülmüştür."*

---

Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, Dekan.

<sup>1</sup> 28.6.2008 t., 26920 s. RG.

Anayasa Mahkemesi, Türk Medenî Kanunu m.101 f.3 hükmünün Anayasa'ya aykırılığı sorununu aşağıdaki şekilde irdelenmiştir:

*"İtiraz konusu kuralda, vakıflarda üyelik olmayacağı belirtilmek suretiyle, gerçek ve tüzel kişilerin vakıflara üye olmaları engellenmiştir.*

*Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.*

*Anayasa'nın 13. maddesinde,*

*'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz'*

*denilmiştir.*

*Anayasa'nın 'Dernek kurma hürriyeti' başlığını taşıyan 33. maddesinde de,*

*'Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.*

*Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.*

*Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.*

*...*

*Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir.*

*Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır.'*

*denilmiştir.*

*Anayasa'nın 33. maddesinde, herkese, önceden izin almaksızın dernek kurma, derneklere üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğü tanınmıştır. Maddede vakıflara üyelik konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.*

ancak son fıkrada, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı belirtilmiştir. Derneklerin ve vakıfların kuruluşları, amaçları, işlevleri, işleyişleri ve yönetimleri aynı değil ise de, Anayasa'nın 33. maddesinin birinci ve son fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, herkesin, vakıflara üye olma özgürlüğüne sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği öngörüldüğünden, vakıflara üye olma özgürlüğünü ortadan kaldıran itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırıdır; iptâli gerekir."

Yüksek Mahkeme, bu gerekçelerle, Türk Medenî Kanunu'nun 101. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptâline, oybirliğiyle karar vermiştir.

## II- İPTÂL EDİLEN "VAKIFTA ÜYELİK OLMAZ" KURALININ ANLAMI, NORMATİF AÇIDAN İŞLEVİ VE GEREKÇESİ

### A) Kuralın Anlamı

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptâl edilmiş olan "Vakıfta üyelik olmaz" kuralının anlamı, bu kanuna göre kurulan bir vakfın üyesinin olamayacağıdır ve açılımı da şudur:

Vakıf, tüzel kişiliği haiz bir mal topluluğudur (Universitates Bonorum) ve üyelerden (ya da ortaklardan) oluşan kişi toplulukları (Universitates Personarum) şeklinde örgütlenmek suretiyle kurulan diğer tüzel kişilerden ayırt edilmelidir. Eğer bir örgüt -ister kurucu sıfatı taşıyınlar isterse kuruluş sonrasında bu örgüte katılınsınlar- kişilerden meydana gelen, iradesi bu kişiler tarafından oluşturulan ve söz konusu iradenin oluşumuna katılma konusunda bu kişilerin hak (üyelik veya ortaklık hakkı) sahihi olduğu bir varlık ise, bu varlık, hukuk düzeninin öngördüğü tüzel kişi tiplerinden birine uymak kaydıyla, söz konusu kişilerden bağımsız bir hak ehliyetine sahip, yani bir tüzel kişi (örneğin bir dernek veya ticaret şirketi) olabilir; ancak bir vakıf olamaz. Buna karşın, eğer bir örgüt, bir veya birden fazla kişi tarafından

belirli bir malvarlığının belirli bir amaca özgülmesi neticesinde, o malvarlığının söz konusu kişi veya kişilerden en üst düzeyde bağımsızlaşarak hak ehliyeti kazanması şeklinde ortaya çıkıyor ve bu örgütün kuruluş belgesinde söz konusu kişi veya kişiler tarafından açıklanan irade, (kanunda açıkça öngörülen atipik oluşumlar hariç olmak üzere) örgütü -hak sahibi olarak değil, salt görevli (ve yetkili) sıfatıyla- yönetecek olan yönetim organı (ya da organları) tarafından yerine getiriliyorsa (icra ediliyorsa), bu örgüt bir vakıftır. Dolayısıyla, kişiler, eğer, belirli bir amaca ulaşmak için, kendilerinden bağımsız da olsa, iradesinin oluşumu üzerinde üyelik ya da ortaklık hakkı kapsamında sürekli olarak etkin olabilecekleri (hatta, belirli bir karar çoğunluğuna ya da oybirliğine ulaştıklarında kuruluş, faaliyet ve yönetim ilke ve esaslarını veya amacı doğrudan değiştirme, giderek, örgütü doğrudan ortadan kaldırabilme erkine bile sahip oldukları) bir topluluk kurmak istiyorlarsa, bu kişiler ulaşmak istedikleri amaç için o topluluğa belirli malvarlığı değerleri devredecek olsalar (devretseler) dahi, kuracakları örgüt, vakıf olarak tescil edilemez.

### **B) Kuralın Normatif Açıdan İşlevi ve Gerekçesi**

Hemen yukarıda açılımı verilen TMK m.101 f.3 kuralı, aslında, kanunda "vakıfta üyelik olmaz" şeklinde bir hüküm yer almasa da geçerli olan bir hukuki gerçeği ifade etmekteydi.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun, tüzel kişilere ilişkin ilk genel hükmü olan 47. maddesinin 1. fıkrasında "Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülennmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar." kuralı yer almaktadır. Böylece, Türk hukukunda tüzel kişilerin kişi ve mal topluluklarından meydana geldiği kanunda açıkça dile getirilmiştir. Medenî Kanun'da düzenlenen tüzel kişiler ise dernekler ve vakıflardan ibaret olduğuna göre, ilkinin kişi, ikincisinin ise mal topluluğu olduğu, "vakıfta üyelik olmaz" ilkesinin kanunda açıkça yer almasına gerek kalmaksızın anlaşılmaktadır. Aslında, bu durum, 743 sayılı (mülga) Kanunu Medenî (EMK) için de geçerlidir. Gerçi Kanunu Medenî'nin (EMK) tüzel kişilere ilişkin birinci hükmü olan 45. maddesinin ilk fıkrasında "mal toplulukları"ndan bahsedilmemiş ve "Başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere teşekkül eden

*cemiyet ve şirketler ile kendilerine has bir mevcudiyeti ve muayyen bir gayesi bulunan müesseseler...*" ifadesi kullanılmıştır. Ancak, İsviçre Medenî Kanunu'nun kaynak kuralının<sup>2</sup> çok da başarılı olmayan bir tercümesinden ibaret olan bu hükmün, "müesseseler" kelimesiyle, Kanunu Medenî'nin 13.7.1967 tarihli ve 903 sayılı Kanun'la<sup>3</sup> değiştirilmeden önceki 73. maddesinde düzenlenen "tesis"i kastettiğinden (doğal olarak) kuşku duyulmamıştır<sup>4</sup>. Kanunu Medenî'nin 903 sayılı Kanun'la değiştirilmesinden sonra ise, 73 vd. maddelerde, "tesis" teriminin yerini "vakıf" almıştır.

Kanunu Medenî'nin 45. maddesinin 1. fıkrasının kaynağını oluşturan ve kuruluşları için ticaret siciline tescilleri şart olan tüzel kişileri belirleyen hükümdeki "*les sociétés organisées corporativement/die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen*" terimleri, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ticaret şirketlerini ve "*les établissements/Die ... Anstalten*" terimleri ise *vakıfların bir kısmını* (yani aile ve kilise vakıfları dışında kalan vakıfları) işaret etmektedir<sup>5</sup>. Bilindiği gibi, iktisadi amaç gütmeyen dernekler, İsviçre hukukunda serbest kuruluş sistemine tâbidirler<sup>6</sup>; ancak bunlar da birer "*körperschaftliche Personenverbindung*", yani "tüzel kişiliğe sahip kişi birliği"dirler (korporasyon). Esasen, İsviçre'de normatif bir temeli olan tüzel kişiliğe sahip kişi birliği ("*körperschaftliche Personenverbindung*") ve kurum ("Anstalt") kavramsal ayırımına doktrinde de özel bir önem verilmekte ve dernek ve şirket gibi üye veya ortaklarının hakimiyetinde olan kişi birlikleriyle, kişilerin hakimiyetine (ve böylelikle de üyeliğe) kapalı<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Art. 56 Abs.1 ZGB.

<sup>3</sup> 24.7.1967 t., 12655 s. RG.

<sup>4</sup> Bkz. GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, Türk Medenî Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), Ankara 1945, S. 186.

<sup>5</sup> HUGUENIN, Claire, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München 2002, N.2, 6 ff. Art.52 ZGB.

<sup>6</sup> Art.52 Abs. 2, 60 Abs. 1 ZGB.

<sup>7</sup> UYAN, Göktürk, "Vakıflarda Üyelik Olmaz", Medenî Kanun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflarda Kanuni Tipe Özgü Örgütlenme Modeli ve MK m.101/3 Hükümü Üzerinde Bir Değerlendirme, BATİDER, Aralık 2006, Cilt XXIII, Sayı 4, S. 301 vd., s. 309.

olan vakıflar arasındaki farklılığa, özellikle bu kavramsal ayırım temelinde işaret edilmektedir<sup>8</sup>.

Diğer taraftan, vakfın tüzel kişiliği haiz bir mal topluluğu olduğu ve bu nedenle de *üyesinin olamayacağı*, kanun koyucunun açıkça “*vakıfta üyelik olmaz*” ifadesine yer vermesine gerek kalmaksızın, Kanunu Medenî’nin 903 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki 73. maddesi ile yine Kanunu Medenî’nin anılan değişiklikten sonraki 73. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tanımlarda da, dolaylı olarak dile getirilmişti. Gerçekten, Kanunu Medenî’nin 903 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki 73. maddesinde “*Tesis, bir malın muayyen bir maksada tahsisidir.*”, 903 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonraki 73. maddesinin 1. fıkrasında ise “*Vakıf, başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere, bir malın belli bir gayeye tahsisidir.*” ifadeleri yer alıyordu<sup>9</sup>. Keza yürürlükte olan Türk Medenî Kanunu’nun 101. mad-

<sup>8</sup> Bkz. özellikle RIEMER, Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, Dritter Teilband: Die Stiftungen, Bern 1981 (bundan sonra RIEMER, Berner Kommentar), N. 16, Systematischer Teil ve GRÜNINGER, Harold, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München 2002, N.4, Vorbemerkungen Art.80-89 ZGB. Bkz. ayrıca JACOB, Dominique, Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrhunderts, bu Armağan’da C.III, S.599. Keza Kanunu Medenî dönemi için Türkiye’den örnek olarak bkz. ZEVBİLİR/ACABEY/GÖKYAYLA, Medenî Hukuk, Ankara 2000, S. 638. Vakıfların “kurum” olduğu konusunda bkz. ayrıca, AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut, Türk Medenî Hukuku C. I, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 659.

<sup>9</sup> Aynı şekilde, İsviçre Medenî Kanunu’nun (vakıflarla ilgili olarak son yıllarda - 2005, 2006, 2007 ve 2008’de- yürürlüğe giren değişikliklerden etkilenmeyen) 80. maddesinde de *bir vakfın kurulabilmesi için bir malvarlığının belirli bir amaca özgülenmesi gerektiği* belirtilmektedir: “Zur Errichtung einer Stiftung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besondern Zweck.” Alman Medenî Kanunu’nun (BGB) “*hak ehliyetine sahip vakıf*” (yani, aşağıda değinilecek olan bağımsız vakıftan farklı olarak, tüzel kişiliğe sahip vakıf) başlığını taşıyan § 81/I hükmünde de vakıf işleminin kurulabilmesi için, vakfedenin, bir malvarlığını kendisinin belirlediği bir amacın gerçekleştirilmesi için özgülediğini bağlayıcı olarak açıklamasının gerektiği belirtilmektedir (“Es [das Stiftungsgeschäft] muss die verbindliche Erklärung des Stifters erhalten, ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zweckes zu widmen.”).

desinin 1. fıkrası da vakıfları "... gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır." şeklinde tanımlamaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun bu hükmü, Kanunu Medenî'nin her iki eski tanımına göre, vakıfların tüzel kişiliğe sahip birer kişi topluluğu değil, tüzel kişiliğe sahip birer mal topluluğu olduklarını çok daha açık bir şekilde ifade etmektedir.

Kanunu Medenî'nin yeni Türk Medenî Kanunu'ndaki kadar açık olmayan tanımlarını, vakfın karşılıksız kazandırma işlemleri arasındaki yerini belirlemek bakımından yetersiz görmek ve, örneğin, Türk hukukunda çok da kullanılmayan ve kanunda da zaten yeri olmayan bir kavram olan "bağımlı vakıf"<sup>10</sup> ile karışıklığa yol açacak tanımlar olarak değerlendirmek ise kuşkusuz mümkün değildir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> "Unselbständige Stiftung" (bkz. RIEMER, Berner Kommentar, N. 418 ff., Systematischer Teil).

<sup>11</sup> Bir kere Kanunu Medenî'nin 903 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasındaki tanımında, kanun koyucu, "başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere" ifadesiyle, vakfın, belirli bir amaca özgülenmek suretiyle vakfedenden bağımsızlaşarak kişilik (hak ehliyeti) kazanmış bir malvarlığı değeri olduğunu, çok başarılı bir hukuki ifadeyle olmasa da, dile getirmiştir. Öte yandan, Kanunu Medenî'nin vakfa (tesise) ilişkin her iki normatif tanımı da Birinci Kitabının "Hükümî Şahıslar" başlığını taşıyan İkinci Babındaki Üçüncü Fesil içinde yer almışlardır. Bu sistematik Türk Medenî Kanunu'nda da, doğal olarak, aynen korunmuş ve vakıflara, Birinci Kitabın "Tüzel Kişiler" başlıklı İkinci Kısımının Üçüncü Bölümünde yer verilmiştir. (Aynı sistematik özellik, hiç kuşkusuz, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nda da söz konusudur: "Erster Teil: Das Personenrecht -- Zweiter Teil: Die juristischen Personen -- Dritter Abschnitt: Die Stiftungen".) Eğer bağımlı vakıf kavramı Türk hukukunda da kullanılacak olursa, bu kavramın işaret edebileceği mükellefiyetli (yeni kanuni terimiyle yüklemeli) ölüme bağlı tasarruf ile (bağışlayanın hayatta olmadığı ya da tüzel kişiliğinin sona erdiği) mükellefiyetli bağışlama (ki vakfın aksine iki taraflı bir işlemdir) Kanunu Medenî ve Borçlar Kanunu'nda zaten ayrıca düzenlenmişti(r) (EMK m.462 -TMK m.515- BK m.240,241,247). Bu bağlamda, belki, en fazlasından, bu kurumlara belirli şartlar altında vakıf hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu yapılabilir (bkz. RIEMER, Berner Kommentar, N.421 ff, N. 428, Systematischer Teil). Bkz. bu konuda ayrıca SEROZAN, Rona, Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994 (bundan sonra SEROZAN, Tüzel Kişiler), S. 88/89.

Ayrıca, Kanunu Medenî'nin Birinci Kitabının "*Hükmî Şahıslar*" başlığını taşıyan İkinci Babındaki İkinci Fasılda düzenlenmiş olan "*Cemiyetler*"in birer kişi topluluğu olduğu kuralı, anılan kanun yürürlükteyken dernekler mevzuatında yapılan birçok değişikliğe rağmen<sup>12</sup>, pozitif hukukta daima muhafaza edilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun Birinci Kitabının "*Tüzel Kişiler*" başlıklı İkinci Kısımının "*Dernekler*" başlığını taşıyan İkinci Bölümündeki 56. maddede ise dernekler, *tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları* olarak tanımlanmış<sup>13</sup> ve böylece dernek kavramıyla, aynı kanunun yukarıda anılan m.101 hükmündeki vakıf tanımı arasındaki farklılık açıkça ortaya koyulmuştur. Nihayet, hem Kanunu Medenî'de (ve bu kanun yürürlükteyken mevcut olan özel dernekler mevzuatında) hem de Türk Medenî Kanunu'nda dernekler için genel kurulun (da) bir zorunlu organ olarak öngörülmesine karşılık; vakıflarda sadece bir yönetim organının zorunlu kılınmış ve yeterli bulunmuş olması da, derneklerin kişi, vakıfların ise mal topluluğu niteliğine sahip tüzel kişiler olduklarının pozitif hukukta açıkça ortaya koyulduğunun açık bir göstergesidir.

Özetle, hem Kanunu Medenî (ve bu kanun yürürlükteyken mevcut olan özel dernekler mevzuatı) hem de yeni Türk Medenî Kanunu, derneklere ve vakıflara ilişkin olan ve yukarıda anılan hükümlerinde, Kanunu Medenî'ye ve Türk Medenî Kanunu'na göre kurulacak bu iki tüzel kişi türünün arasındaki temel farklılığın, birincisinin kişi, ikincisinin ise mal topluluğu oluşturmaları şeklinde ortaya çıktığını, "*vakıfla üyelik olmaz*" şeklindeki açık bir norma gerek olmaksızın, zaten kural-

<sup>12</sup> Bu değişiklikler ve zamanın dernekler mevzuatı için bkz. AKÜNAL, Teoman, *Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1995 (bundan sonra AKÜNAL, *Tüzel Kişiler*), s. 45-48.

<sup>13</sup> Örneğin, 4.10.1983 t. ve 2908 s. mülga Dernekler Kanunu'nun (7.10.1983 t., 18184 s. RG) 1. maddesi, dernekleri kazanç paylaşma dışında, kanunlarda yasaklanmamış belirli ve ortak bir gayeyi gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri suretiyle oluşturdukları kişi toplulukları olarak tanımlamıştır. Derneklerin kişi topluluğu oldukları ve üyelerden oluştukları Kanunu Medenî'de de, örneğin, m.56'daki "*Cemiyetin nizamnamesinde .... âzasıle münasebetine dair hükümler yok ise aşağıdaki maddeler tatbik olunur.*", m. 63'deki "*Cemiyet her zaman yeni âza kabul edebilir*" vb. ifadelerle dile getirilmişti.

laştırmışlardır. 27.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren, 20.2.2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu<sup>14</sup> da bu durumda herhangi bir değişiklik yapmamıştır.

Yukarıda (A)'da açılımı yapılan kuralın, kanunda "*vakıfta üyelik olmaz*" hükmüne yer vermeye gerek bulunmaksızın kabul görmesi gerektiği veya bu ilkenin TMK m.101 f.3 hükmünden önce de kendiliğinden geçerli olduğu sonucu, hiç kuşkusuz, bilimsel yaklaşımlarla da desteklenmiştir<sup>15</sup>. Gerçekten, *vakfın üyesinin olamayacağı* kuralı, *tüzel kişilerde sınırlı sayı* ilkesi çerçevesinde ve vakfın mahiyeti ile işlevinden hareket eden Türk ve İsviçre öğretilerinde açıkça dile getirilmiştir<sup>16</sup>.

Vakıf, öğretilerde, "*kişilik kazanmış bir amaç-malvarlığı*" ("*personifizierte Zweckvermögen*") olarak tanımlanmış<sup>17</sup> ve, özellikle gerçek kişiler dikkate alındığında, dernekler, ticaret şirketleri, kooperatifler gibi kişi birliklerindeki tüzel kişilik soyutlamasına nazaran, vakıftaki kişilik soyutlaması çok daha üst düzey bir soyutlama olarak

<sup>14</sup> 27.2.2008 t., 26800 s. RG.

<sup>15</sup> TMK yürürlüğe girdikten sonraki dönem için bkz. özellikle UYAN, S. 305 ve SEROZAN, Rona, Türkiye'de Dernek ve Vakıf Kurmanın ve Yürütmenin Zorlukları, Bülent Tanör Armağanı, İstanbul 2004 (bundan sonra, SEROZAN, Dernek ve Vakıf), S. 550 vd., S. 558.

<sup>16</sup> Hemen yukarıdaki dipnotta anılan SEROZAN ve UYAN makalelerinin yanısıra örnek olarak bkz.. HATEMİ, Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, S. 202 vd.; SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 86; AKÜNAL, Teoman, Stiftung in der Türkei; 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Peter Breitschmid, Tuğrul Anşay (Hrsg.), Deutsch-Türkische Rechtsstudien, Band 8, Berlin 2008, S. 143 ff. (bundan sonra AKÜNAL, Stiftung), S. 150; ÖZTAN Bilge, Tüzel Kişiler, Ankara 2001, S. 110; DOĞAN, Murat, Vakıflarda Malvarlığı, Ankara 2000, S. 246. Vakfın üyesinin olamayacağı kuralı hakkında İsviçre doktrini için bkz. RIEMER, Berner Kommentar, N. 16, Systematischer Teil; aynı yazar, Personenrecht des ZGB, Bern 1995 (bundan sonra RIEMER, Personenrecht), S. 167.

<sup>17</sup> RIEMER, Berner Kommentar, N. 13, Systematischer Teil; aynı yazar, Personenrecht, S. 166; GRÜNINGER, Harold, N.4, Vorbemerkungen Art.80-89 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, Basel, Genf 2002, Tuor/Schnyder/Schmid, S. 134.

değerlendirilmiştir<sup>18</sup>. Bu bağlamda, “Malvarlığı” sözcüğünün önüne eklenen “Amaç” sözcüğü, “vakfın gelecek bütün zamanları kapsamak üzere düşünülen hukuki faaliyeti” olarak da adlandırılmıştır<sup>19</sup>. Vakıf tüzel kişilik kazanmış bir amaç-malvarlığı, buna karşın, örneğin, dernek ise tüzel kişilik kazanmış bir kişi birliği olduğuna göre; eğer dernek üyelerinin dernek karşısındaki hak ve yükümlülüklerinden oluşan statüleri bir “aidiyet” ilişkisi olarak açıklanırsa, derneklerin üyelerine ait olduğunu (“üyelerin derneğe sahip olduğunu” değil!) (ya da aksini, yani “üyelerin derneklere mensup olduğunu”) söylemek yanlış olmaz ise de; vakıflarda, vakıftan yararlanan kişilerle vakıf arasındaki ilişki için böyle bir aidiyet söylemi kullanmak hiçbir şekilde doğru olmaz. Vakıf, olsa olsa, kendisine aittir<sup>20</sup>.

Vakıf salt kişilik kazanmış bir amaç-malvarlığı oluşturduğu için:

- vakfın üyesi olmaz; ancak vakıftan yararlananlar<sup>21</sup> olabilir; vakıf zorunlu organının (ya da seçimlik organlarının<sup>22</sup>) üyelerinin olması ise elbette ki mümkündür;

- vakfın üyesi olamayacağı için (Kanunu Medenî ve) Türk Medenî Kanunu bir tek zorunlu organ; yani vakfedenin vakıf senedinde yer alan iradesiyle amaçlanmış olan sonuçları gerçekleştirmek (irade-

<sup>18</sup> Bkz. RIEMER, Berner Kommentar, N. 16, Systematischer Teil; SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 86.

<sup>19</sup> BALLAR, Suat, Yeni Vakıflar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2000, S5 (künyesi verilmeyen bir Yargıtay kararına atfen).

<sup>20</sup> RIEMER, Berner Kommentar, N. 16, Systematischer Teil.

<sup>21</sup> “Destinatäre”. Yararlananların kimler olduğu ya vakıf senedinde açıkça belirtilir ya da vakfın amacından anlaşılabilir (UYAN, S. 310). Malını bir amaca özgüleyen, bundan yararlananlara bu bölümde açıkladığımız şekilde vakfın mahiyetine aykırı bir şekilde onun yönetim, işleyiş ve geleceğine etki edebilmek erki tanımak ve böylece onları, aslında, korporatif bir tarzda üyeleştirmek istiyorsa, bu durumda, eğer kanunda buna açıkça olanak tanıyan bir hüküm yoksa, seçeceği yol vakıf kurmak olamaz. Kanunun yararlananlara, yapmış oldukları ödentiler oranında yönetime katılma hakkını açıkça tanıdığı bir durum ise, bilindiği üzere, TMK m.110 f.2 (EMK m.77/A f.3) hükmündeki “İki Taraflı Personale Yardım Vakıfları”dır (bkz. AKÜNAL, Tüzel Kişiler, S. 125). TTK m. 468 hükmüne de bkz.

<sup>22</sup> Türk Medenî Kanunu, bu tür organların ihdasını, m.109 hükmünde –EMK m. 77- açıkça olanaklı kılmıştır.

yi yerine getirmek) üzere vakıf malvarlığını yönetmekle ve ayrıca vakfı bu kapsamda temsil etmekle<sup>23</sup> görevli (ve böylece de yetkili) bir yönetim organı öngörmüştür<sup>24</sup>;

- vakıf yönetim organının *karar organı* sıfatı, salt, vakfedenin vakıf senedinde sabitlenmiş iradesinin<sup>25</sup> gerçekleştirilmesi amacıyla yönetim ve temsil görevinin<sup>26</sup> yerine getirilmesi için gerekli olan kararları almakla sınırlı olup<sup>27</sup>; vakfın korporatif (kişi birliği oluşturan) tüzel kişilere özgü olan bir karar verici organa sahip olması mümkün değildir<sup>28</sup>. Bu nedenle, vakfın yönetim organı, daha doğrusu, vakfeden tarafından vakıf senedinde öngörülmüş olan hiçbir organ, vakfın tüzel kişiliğinin sona ermesine yol açan veya, *doğrudan*, vakıf senedinin değişmesi ya da vakfedenin vakıf senedinde sabitlenmiş iradesinden fiilen uzaklaşılması sonucu doğuran ve vakıf malvarlığını (kişilik kazanmış amaç-malvarlığını) vakfın amacına aykırı şekilde karşılıksız olarak azaltan veya elden çıkaran kararlar alamaz; başka bir ifadeyle vakıf, kendi kendisini ortadan kaldıramaz, *doğrudan*, örgütünü, işle-

<sup>23</sup> Buradaki *temsil*, kuşkusuz, BK m.32 vd. anlamında dar ve teknik anlamda temsil değil; TMK m.50 f.2 (EMK m.48 f.2) çerçevesinde, organın hukuki işleminin tüzel kişinin işlemi sayılmasıdır. Yönetim ve temsil işlevleri ayırımı için bkz. özellikle EGGER, Zürcher Kommentar, Das Personenrecht (Art. 11-89 ZGB), 2. Aufl, Zürich 1930, N. 11 f. Art.54/55 ZGB.

<sup>24</sup> TMK m.109; EMK m. 77 f.1. İsviçre Medenî Kanunu'nun Kanunu Medenî'nin 77/1. ve Türk Medenî Kanunu'nun 109. maddesinin kaynağını oluşturan m. 81 hükmünde vakfın organlarının ve yönetim şeklinin vakıf senedi ile belirleneceği, 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren 16 Aralık 2005 tarihli kanun değişikliğinden önce mevcut olduğu gibi, bu değişiklikten sonra da muhafaza edilmiştir. Hüküm her ne kadar herhangi bir asgari zorunlu organ olarak bir yönetim organı öngörmemişse de doktrinde vakfın mahiyeti gereği en azından bir idare ve temsil organının bulunması gerektiği [hatta bu organın ("*Stiftungsrat*") aslında - hükümdeki çoğul "*organları*" sözüne rağmen- yegâne (gerçek anlamda) vakıf-organı olabileceği dahi] ileri sürülmüştür (bkz. RIEMER, Berner Kommentar, N.5 Art.83).

<sup>25</sup> "*Vakfedenin İradesine Bağlı Kılınması İlkesi*" (UYAN, S. 310 vd.'daki açıklamalar ve Yargıtay kararlarına bkz.)

<sup>26</sup> AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, S. 682

<sup>27</sup> Bkz. örnek olarak JACOB, S.599.

<sup>28</sup> RIEMER, Berner Kommentar, N.5 Art.83 ZGB.

yişini, amacını ve mallarını değiştiremez<sup>29</sup>. Nitekim, EMK m.79 ve 80, TMK m.112 ve m.113 hükümlerine göre, vakfın yönetiminin, amacının, örgütünün, işleyişinin ve mallarının değiştirilmesi, ancak bu hükümlerde yazılı olan şartların gerçekleşmesi halinde ve vakfın yönetim organının veya (dış) denetim makamının (Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün) başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşü alındıktan sonra, *mahkeme kararıyla* mümkün olabilir<sup>30</sup>. Oysa, derneklerde böyle bir durum söz konusu değildir<sup>31</sup>.

Buraya kadar yapılan açıklamaların tümü, Kanunu Medenî'nin ve Türk Medenî Kanunu'nun *vakıfta üyeliğe izin vermeyen sistemini ve bunun anlam ve sonuçlarını* özetlemekle birlikte, bu sistemin TMK m. 101 f. 3 hükmündeki "*Vakıfta üyelik olmaz.*" hükmü bulunmasa bile geçerli olduğu şeklindeki tespit, doğallıkla, anılan hükmün normatif işlevinin ne olduğu sorusunun doğmasına neden olmaktadır.

Hükmün işlevi, hiç kuşku yok ki, *Medenî Kanun'un vakıf sisteminde zaten içkin olan vakıfta üyelik olamayacağı şeklindeki hukuki gerçekliği* açıklamaktan ve *vurgulamaktan* ibaretti. İptâl edilen TMK m. 101 f.3 hükmündeki "*.... olmaz.*" ifadesi, elbette ki, bu hükmün *yasaklayıcı* karakterini de ortaya koymaktaydı. Ancak, bu durumun, vakıfta üyeliğin ilk olarak, TMK m.101 f.3 hükmü ile yasaklandığı; Kanunu Medenî döneminde ise *üyeli vakıfların* kurulabilmesinin *mümkün olduğu* anlamına gelmeyeceği açıktır. Çünkü, Kanunu Medenî döneminde de

<sup>29</sup> RIEMER, Berner Kommentar, N.24, 25 ff., 30f., 32, Systematischer Teil, N.5 Art.83 ZGB; UYAN, S. 310, 311. Bkz. ayrıca örneğin AKÜNAL, Stiftung, S. 151. Vakfın yönetim organı bir yana, *vakfedenin* dahi, vakıf tüzel kişilik kazandıktan sonra böyle bir olanağı hukuken yoktur. İsviçre hukukunda, bunun tek (gerçek olmayan, sınırlı) istisnası, 2004 yılında İMK'na eklenerek 2006 yılında yürürlüğe koyulan bir hükümle öngörülmüştür (Art. 86a ZGB). Buna göre, eğer vakfeden, vakıf senedinde bu hakkını saklı tutmuş ve vakfın kurulduğu tarihten (ya da vakfedenin bu hükme göre yaptırdığı son değişiklikten) bu yana en az 10 yıl geçmiş ise, yetkili federâl ya da kantonâl merci, vakfedenin talebi üzerine ya da onun ölümüne bağlı tasarrufuna dayanarak, vakfın amacını değiştirebilir. Bu konuda bkz. JAKOB, S.604/605.

<sup>30</sup> AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, S. 687 vd.; SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 102 vd.; AKÜNAL, Stiftung, S. 151. Bkz. özellikle, BALLAR, S. 230 vd. ve orada zikredilen çok sayıda Yargıtay kararı.

<sup>31</sup> SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 102.

medenî hukukumuzda geçerli olduğunda tartışma bulunmayan (ve EMK m. 45 f.1<sup>32</sup> ile BK m.520 f.2 hükümlerinden –de- türetilen<sup>33</sup>) tüzel kişilerde sınırlı sayı ilkesi ile vakfın bizzat kendi hukuki mahiyeti, üyeli vakıfların kurulamayacağını yeterli bir şekilde zaten ortaya koyuyordu. Dolayısıyla, yukarıda yapılan tüm açıklamalara aykırı tarzda üyelik içeren ve vakıf adı altında ortaya çıkan örgütler, "Vakıflarda üyelik olmaz." hükmü kanuna dercedilmeden önce de dercedildikten sonra da vakıf olarak tescil edilemezlerdi (edilmemeliydiler)<sup>34</sup>.

Türk Medenî Kanunu'nda, Kanunu Medenî'den farklı olarak bu hükmün açıkça yer almasının nedeni ise, Türkiye'de özellikle 80'li yıllarda derneklerin dış denetimi bakımından yürürlüğe koyulan kısıtlayıcı (özel) kanun hükümlerinin, derneklerin taşınmaz mal edinmesi yasağının<sup>35</sup> ve vakıflara sağlanan ayrıcalıkların vakıfların çekiciliğini arttırması ve, böylece, kişilerin dernek kurarak ulaşabilecekleri amaçlara, vakıf kurarak ulaşmak istemeleriydi. Kısacası, TMK m.101

<sup>32</sup> TMK m.47 f.1.

<sup>33</sup> SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 30

<sup>34</sup> Yasak, bu tür örgütlerin tescil edilmemesi gerektiği anlamına geldiği için, esasen bu örgütler, her nasılsa mahkemece tescil edildilerse, tüzel kişilik de kazanmamalıydılar. Bu sonuca EMK m.45 f.2 ve TMK m.47 f.2 hükümlerinde, sadece *amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağını* belirtilmiş olmasından hareketle de, fikrimce, karşı çıkılamaz(dı). Çünkü, *tüzel kişilerde sınırlı sayı prensibi*, vakıflar bakımından üyeli vakıf kurulması yasağını da içerdiğinden, böyle bir vakfın tescilinde de, ulaşılmak istenen hukuki sonucun (tüzel kişilik kazanılmasının), kanuni bir yasağa aykırılık nedeniyle, gerçekleşmemiş olduğunun kabulü gerekir(di). Tüzel kişiliğin kazanılmaması durumunda, hem mahkeme tesciline dayalı hem de fiilen aheni eşerek işlem hayatına katılmış böyle bir varlığın yok sayılmasının hukuk güvenliğini sarsacak sonuçlarının engellenmesi için başvurulabilecek hukuki olanaklar hakkında (ki bu konuda EMK ve TMK m.2 ve –kıyasen uygulanabilecek- BK m.520 f.2 hükümleri kuşkusuz özel bir role sahiptir) bkz. SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 39 Öte yandan, *tüzel kişilerde sınırlı sayı ilkesinin yazılı olmayan bir emredici hukuk ilkesi olduğun* görüşü için bkz. RIEMER, Michael, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1993, N.12 Systematischer Teil.

<sup>35</sup> Bkz. mülga 2908 s. Dernekler Kanunu m.64. Yürürlükteki 4.11.2004 t. ve 5253 s. Dernekler Kanunu (23.11.2004 t. ve 25649 s. RG) m. 22 hükmü ise derneklerin taşınmaz edinmelerine olanak tanımaktadır.

f.3 hükmünün kanunkoyucu tarafından gerekli görülmesinin tek sebebi, 80'li ve 90'lı yıllar boyunca fiilen yaşanan ve hukuk uygulaması tarafından da engellenemeyen, *derneklerin vakıflaşması ya da vakıfların dernekleşmesi* sürecinden<sup>36</sup> başka birşey değildi.

Gerçekten, anılan dönemde kurulan çok sayıda vakfa bakıldığı zaman ortaya çıkan tablo şudur: Kişiler, EMK m.77 c.2 hükmünde kanunkoyucunun tanıdığı, vakıf senedinde seçimlik organlar öngörülebilmesi olanağını, özellikle derneklerdeki işlevlere sahip *genel kurullara* yer vermek suretiyle, "*üyeli vakıflar*" (*vakıf olmayan vakıflar*) ya da (istihdam edilenlere yardım vakıflarının aksine) kanunda açıkça öngörülme-yen kişi topluluğu/mal topluluğu karışımı "*atipik*" vakıflar kurmak için kullanmışlardır<sup>37</sup>. Sonuçta "*kanuni tipe yabancılaşmış örgüt yapısına sahip*"<sup>38</sup> olan, ama *vakıf* adını taşıyan çok sayıda örgüt ortaya çıkmış ve hattâ Vakıflar Genel Müdürlüğü de *Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tebliğ* başlığıyla 1997 ve 1998 tarihlerinde yayınladığı (Kanunu Medenî'ye aykırı olan) tebliğlerle<sup>39</sup>, bu oluşumu adeta desteklemiştir<sup>40</sup>. Dolayısıyla, anılan süreçte

<sup>36</sup> Bkz. örneğin SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 91; UYAN, S. 301 vd.; AKYILDIZ A., Vakfın Kuruluşunda "Amaç" ve "Malvarlığı" Denetimi ile "Vakıflarda Dernekleşme Eğilimi" Problemi, Vakıflar Dergisi 26 (1997), S. 411-426, S. 423; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, S. 661.

<sup>37</sup> Elbette ki, burada sözü edilen atipik oluşumlar, yine anılan süreçte kurulan ve fakat Kanunu Medenî'nin (ve şimdi de Türk Medenî Kanunu'nun) pekâlâ cevaz verdiği söylenebilecek bir şekilde, *yönetim işlevlerini* -adları ne olursa olsun- birkaç organ arasında bölen ve salt *organ üyeliğini* içeren vakıflar değildir.

<sup>38</sup> UYAN, S. 303.

<sup>39</sup> ... ki bu aykırılıklardan biri de, vakıf türlerine göre asgari malvarlığı değerlerinin öngörülmesiydi (yeni Vakıflar Kanunu ise, bu yöntemi, m. 5 f. 2 hükmünde, hiç değilse yasal düzeyde düzenlemiştir) ...

<sup>40</sup> Örneğin, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 21.9.1997 t. ve 23117 s. RG'de yayınlanan Tebliği'nde, "*Vakıf senedinde vakfın organı olarak; Dar amaçlı en fazla 5 kişi tarafından kurulan ve bu kişilerce yürütülmesi öngörülen vakıflardan en az 3 kişiden oluşan bir heyete, İstihdam edilenlere ve işçilere yardım vakıfları ile benzer üyeli vakıflarda, üye ve temsilcileri (delege) tarafından oluşturulacak genel kurul ile yönetim kurulu ve denetim kuruluna, Bunların dışında kalan vakıflarda, kurucuların da yer aldığı mütevelli heyete, yönetim ve denetim kuruluna yer verilir.*" şeklinde, yine Kanunu Medenî'ye aykırı bir hüküm yer almıştı. Danıştay 10. Dairesi, Medenî Kanun'da öngörülmemiş olan zorunlu organlar yaratmaya yönelik bir ifade taşıyan bu hüküm

ortaya çıkan tablo, yukarıda açıklanan ve vakıf ve kişi topluluğu ayırımıyla ilgili olarak Türk medenî hukukunun kanunen kabul ettiği sistemin fiilen değiştirilmesidir ki, bunun kabul edilemeyeceği açıktır. Belirtmek gerekir ki, sosyal ve ekonomik gelişmelere koşut olarak, bu sistemin dar ve teknik anlamda kanun değişiklikleriyle farklılaştırılması gereği, tüm hukuk politikası tartışmalarına açık olarak, elbette dikkate alınabilir. Örneğin, bu Armağan'da yer alan bir makalede değinildiği gibi, sonradan parasal katkıda bulunmak suretiyle ilgili tüzel kişiye dahil olan kişilerin bu katkıları için tüzel kişinin yönetimine katılma *hakkını* elde ettikleri ve kollektif bir organın üyesi sıfatıyla tüzel kişinin amacını dahi günlük olarak belirleyebildikleri, Amerika Birleşik Devletleri'nden ithal edilen ve Almanya'da da revaçta olduğu söylenen vakıfların<sup>41</sup> kabul görüp görmemesi, hukuk politikası bakımından, bir tartışma konusu yapılabilir. Ancak, fikrimce vakıf kurumunun yozlaşmasına yol açacak olan ve bu nedenle kabul görmemesi gereken böyle bir yenilik, Türk hukukunda, kanun değişikliği yapılmadan gerçekleştirilemez. Esasen, vakıfta üyeliğe refakat etme riski taşıyan ve Türk medenî hukuk sistemine göre kabulü de mümkün olmayan en önemli atipik olgulardan biri de, amaca uygun ve yeterli malvarlığı mevcut olmaksızın, *üyelik aidatına* dayalı *ucuz açık malvarlığı tahsisidir*.

Özetle, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren Türk Medenî Kanunu'nda, Kanunu Medenî'de zaten mevcut olan *vakıfta üyelik olmaz* ilkesinin, yukarıda açıklanan ve küçümsenmesi olanak dışı bulunan

---

ile ilgili olarak 2000 tarihinde verdiği bir iptâl kararında, anılan Tebliğ'deki söz konusu hükmün kanuna aykırı olduğuna hükmetmişse de, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, bu kararı –esasa ilişkin söz konusu gerekçe yüzünden değil ve fakat– davacının dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur (Danıştay 10. Dairesi, 1997/6941 E., 2000/646 K; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 2000/410 E., 2000/1290 K.). 1998'de yayınlanan Tebliğ'de de, Genel Müdürlük, "Genel Kurul Kararlarının İlanı" başlığı altında, açıkça "Organları seçim ile belirlenen *üyeli vakıflar*" dan bahsetmiştir (bkz. BALLAR, S. 1139).

<sup>41</sup> Bkz. JAKOB, S. 606.

zorlayıcı bir nedenle, açık bir hükümle (ve salt biçimsel bir yenilikle) vurgulanması tercih edilmiştir<sup>42</sup>.

Türk Medenî Kanunu'nun vakıflarda üyelik olamayacağı ilkesine m.101 f.3 hükmünde açıkça yer vermesi, doktrinde bazı yazarlar tarafından yararlı bulunmuş<sup>43</sup>; bazı yazarlar tarafından ise, *bir beliti (mütearife) yansıması açısından yersiz ve mütevellî dışında başkaca yönetim ve denetim organlarındaki üyelere pekâlâ yer olabilmesi bakımından ise sa-*

<sup>42</sup> TMK m. 101 f.3 hükmünün Bakanlık Tasarısı'ndaki gerekçesi, şu şekilde açıklanmıştır: "Üçüncü fıkrada, vakıflarda üyeliğin söz konusu olamayacağı esası getirilmiştir. Ülkemizde belirli dönemlerde söz konusu olabilen dernekleşme yerine vakıf kurma eğilimleri, böylece yeterli mal ve hakların belirli bir amaca özgülennesinin aranması ve derneklerden farklı olarak vakıflarda üyelik olamayacağının öngörülmesi ile sınırlandırılmış olacak ve bu suretle dernek benzeri vakıflar kurulması değil, gerçek anlamda tarihi gelişimine ve işlevine uygun şekilde vakıf kurulması yolu, güvence altına alınmış olmaktadır." Belirtmek gerekir ki, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 4.3.2004 tarihinde verdiği bir kararda (2004/1028 E., 2004/1672 K; YKD, Cilt 30, Sayı 7, Temmuz 2004, S. 1093 vd.), yeni Medenî Kanun'un 101'inci maddesinin nasıl uygulanması gerektiği konusunda yeni bir yasal düzenleme yapıncaya ve Türk Medenî Kanunu'na Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzük hükümleri değiştirilip yürürlüğe girinceye kadar, yeni Medenî Kanun yürürlüğe girmeden önce kurulmuş olan ve senetlerinde üyelikle ilgili düzenleme bulunan vakıfların, yeni üye kaydetmemek koşulu ile, yeni Medenî Kanun'un 101'inci maddesine tabi olmayacaklarına, söz konusu hükmün, sadece, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonraki vakıflarda uygulanabileceğine hükmetmiştir. Bu karar, aslında, Kanunu Medenî yürürlükteyken o kanuna (da) aykırı olarak gerçekleşmiş ve göz yumulmuş bir duruma, yeni Medenî Kanun yürürlüğe girdikten sonra müdahale etmeme ve vakıfta üyelik olmaz ilkesini sadece 1.1.2002 tarihinden sonra kurulan vakıflara şamil kılma düşüncesinin bir ifadesi olmakla birlikte; bu karardan, Yargıtay'ın, Anayasa Mahkemesi tarafından iptâl edilmeden önce, TMK m.101 f.3 hükmünü, medenî hukukumuzda bir yenilik olarak değerlendirdiği sonucu da çıkmaktadır. Yargıtay'ın TMK sonrasında (Anayasa Mahkemesi'nin iptâl kararından önce) verdiği bazı kararlarında da *vakıf üyeliği* kavramını sıkça kullandığı da göze çarpmakta ise de, bu kararlarda söz konusu olan vakıflar (anlaşılabildiği kadarıyla) genellikle EMK döneminde kurulmuş vakıflardır ve kararlar "üye" terimi ile genellikle ya çalıştırılanlara yardım ve sandık vakıfları üyelerini kasdetmekte ya da üyeliğin niteliği konusunda herhangi bir açıklık taşımamaktadır (bkz. örneğin, YHGK, 2.6.2004 t., 2004/18-30 E., 2004/326 K.; Y. 18. HD, 199.2005 t., 2005/6919 E., 2005/7998 K.)

<sup>43</sup> Bkz. örneğin TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Hukuki Mütalaa-lar, Kitap 10, 20002002, İstanbul 2003, S. 39.

*kıncalı* görülmüştür<sup>44</sup>. Ancak, hükmün, organ üyeliğini değil, salt *vakıf üyeliğini* kastettiği, fikrimce, hem söze hem de amaca göre yorumla anlaşılmaktadır. Hükmün, kanun tekniği açısından, son yılların moda deyimiyle *şık* olmadığı belki söylenebilir; ancak yersiz olmadığını, vakıf uygulamasında Türk Medenî Kanunu'ndan önceki yakın geçmişte yaşananlar göstermektedir. TMK m.101 f.3 hükmü, salt geçmişteki bu tecrübenin zorlaması nedeniyle, bir hukuki gerçeği açıklamak için kaleme alınmıştır, belki "*ziyâde alennas*" ("*kanuna ek*")<sup>45</sup> özelliği taşımaktadır, ancak (paradoksal olarak) tam da "*ma'lûmu i'lâm*" sayılmaz. Bu makalenin yazılmasına neden olan Anayasa Mahkemesi iptâl kararının gerekçesinden, söz konusu hukuki gerçeğin pek de "*ma'lûm*" olmadığı sonucunun çıkması, bu paradoksal durumu açıklamaktadır.

### III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ELEŞTİRİSİ VE ETKİSİ

#### A) KARARIN ELEŞTİRİSİ

Yüksek Mahkeme'ye göre, TMK m.101 f.3 hükmüyle, *gerçek ve tüzel kişilerin vakıflara üye olmaları engellenmiştir; oysa Anayasa'nın "Dernek Kurma Hürriyeti" başlığını taşıyan 33. maddesinin 1. fıkrasında herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğüne sahip olduğu ve son fıkrasında da bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı yazılı olduğuna göre, herkes vakıflara üye olma özgürlüğüne sahiptir; şu halde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnız Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırabileceğini açıklayan AY m.13 hükmü de dikkate alındığında, TMK m. 101 f.3 hükmü, Anayasa'nın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.*

<sup>44</sup> Bkz. SEROZAN, Rona, Dernek ve Vakıf, S. 558. Hükmün gereksiz olduğu görüşünde ayrıca UYAN, S. 306.

<sup>45</sup> Bir Hukuk Genel Kurulu kararında, vakfedenin, vakıf senedine eklemesini gerekli gördüğü "*naturalis negotii*" (hukuki işlemin doğal sonuçları) bakımından bkz. SUNCURBEY, İsmet, Eski Vakıfların Yeni Sorunları, İstanbul 2001, S. 356.

Anayasa Mahkemesi'nin TMK m.10 f. 3 hükmünü iptâl etmesinin gerekçesi olarak yaptığı bu açıklamanın, hukuken doğru ve yerinde bir tespit olduğunu düşünmek, fikrimce, olanak dışıdır. Çünkü:

AY m.33 f. son hükmünün, eğer gerçekten vakıfla ilgili bir *özgürlük alanının korunması* saikiyle getirilmiş olduğu varsayılırsa (ki, bu tartışmaya açık bir varsayımdır), hükmün yaptığı atıf, ancak, söz konusu maddenin derneklerle ilgili kurallarının, vakıflar hakkında *kıyasen* uygulanacağı anlamını taşıyabilir. Dolayısıyla, AY m. 33 f. son hükmündeki atfın vakıf ile ilgili *bir* özgürlük bağlamında hükmün 1. fıkrasını da işaret ettiği varsayımında bile, bu özgürlük, ancak "*vakıf kurma özgürlüğü*" olabilir ve bu atfın (1. fıkrada *derneğe "üye olma özgürlüğü"*nden de bahsedilmiş olmasından hareketle) "*vakfa üye olma*" gibi *olmayan bir şeyin* özgürlüğünü de güvence altına aldığı düşünülemez<sup>46</sup>. Özetle, vakıfta üyelik olamayacağı ilkesi Kanunu Medenî döneminde, yani m. 101 f.3 hükmünü içeren Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce de, vakıf kurumunun mahiyeti nedeniyle, pozitif hukukumuzun tüzel kişiler sisteminde zaten mevcut olan bir ilke teşkil ettiği ve bu nedenle de anılan hükmün kanuna dercedilmesi pozitif hukukumuzda hiçbir maddi yenilik getirmediği için, bu hükmün önceden mevcut olan herhangi "*birşeyi*" engellediğini, bir *özgürlüğü ortadan kaldırdığını* ileri sürmek olanaklı değildir.

Öte yandan, TMK m. 101 f.3 hükmünün, *organ üyeliğini* kastetmediği de açık olduğuna göre; bu hükmün, örneğin, kişileri, kurulacak vakıfların organlarında *üye olarak faaliyet gösterme olanağından*, yani bu bağlamda, AY m. 48 f.1 hükmündeki özgürlükten mahrum ettiği de söyle-

<sup>46</sup> "*Vakıf kurma özgürlüğü*" ise, aslında, SEROZAN'ın da isabetle belirttiği gibi (SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 87), "*özel, bireysel mülkiyet hakkının ve sözleşme kurup düzenleme serbestliği ile öliime bağlı tasarruf düzenleme serbestliğinin (irade özerkliğinin)*, özetle, *özel mülk üzerinde serbest tasarruf yetkisinin doğal uzantısı*" olarak *anlaşılmalıdır* (AY m.35, 48). Esasen, bu özgürlüğün, Anayasa'nın "*Toplantı Hak ve Hürriyetleri*" ana başlığı altındaki "*Dernek Kurma Özgürlüğü*" ya da daha genel bir ifadeyle "*Örgütlenme Özgürlüğü*"nden ziyade salt mülkiyet hakkı ve işlem özgürlüğünün (irade özerkliğinin) alanına girdiği de belki ileri sürülebilirdi; ancak vakıf neticede organlara sahip bir tüzel kişilik oluşturduğu için, onun tamamen örgütlenme özgürlüğü dışında mütalaa edilmesi mümkün gözükmemektedir.

nemez. Aynı şekilde, TMK m.101 f.3 hükmünün, kişi birliklerindeki-ne özgü, karar yetkisini de haiz bir genel kurul niteliğinde olmamak kaydıyla ihdas edilebilen *yararlananlar kurulu* gibi organlara üye olma olanağını ortadan kaldırmadığı da aşikârdır. Anayasa Mahkemesi, iptâl kararında, TMK m. 101 f.3 hükmünün (düşük bir cümleyle kaleme alınmış olan) gerekçesini de alıntılıdığını göre, hükmün *organ üyeliğini* engelleyen bir nitelik taşımadığının Yüksek Mahkeme'ce de anlaşılmış olması gerekir.

Diğer taraftan, AY m. 33 f. son hükmünün esas ya da en azından başlangıçtaki *ratio legis*'inin derneklerle ilgili olarak f. 1'de düzenlenen özgürlük alanlarının vakıflara da bahşedilmesi olduğunu ileri sürmek de mümkün değildir. Çünkü Anayasa'nın 33. maddesinin ilk şeklinde "*Bu madde hükmü vakıflara ve bu nitelikteki kuruluşlara da uygulanır.*", daha sonraki şeklinde<sup>17</sup> ise "*Bu madde hükmü vakıflarla ilgili olarak da uygulanır*" lâfzını taşıyan son fıkra hükmünün (son değişiklikten önce kaleme alınmış olan) gerekçesinde, 1982 Anayasası'nın ilk dönemlerine has aşırı kısıtlayıcı ruhu anımsatan şu ifade kullanılmıştır:

"Nihayet yedinci fıkra ile, dernek kurma hürriyeti hakkındaki hükiimlerin vakıflara ve bu nitelikteki diğer kuruluşlara da uygulanacağı kabul edilmiştir. Hükmün amacı, esasında dernek kurma hürriyetinden kaynaklanan, fakat sahip bulundukları hukuki nitelik itibariyle başka ad taşıyan toplulukların; kanuna karşı hile yolundan denetim ve düzenleme dışı kalınmalarını önlemektir."

Şu halde, Anayasa koyucu, aslında ya da en azından m. 33 f. son hükmünü ilk olarak yürürlüğe koyarken, *örgütlenme özgürlüğüne ve dernek özerkliğine ilişkin tüm sınırlamaların ve yasakların vakıf kurma işlemleri ve vakıfların özerkliği için de geçerli olmasını*<sup>18</sup> sağlama saikinden hareket etmiş ve dernek özgürlüğüne ilişkin 1. fıkranın vakıflar alanında da uygulanması gibi bir kaygısının bulunmadığını bizzat kendi gerekçesinde açıkça dile getirmiştir. Buna karşın, AY m.33 f. son

<sup>17</sup> Yani 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle yapılan değişiklikten sonraki şekli ile 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle yapılan değişiklikten sonraki şeklinde.

<sup>18</sup> SEROZAN, Tüzel Kişiler, S. 87.

hükümünün -özellikle de Anayasa'da son yıllarda yapılan özgürlükçü değişiklikler de dikkate alınmak suretiyle (ki AY m. 33 hükmü de 2001 yılında benzer bir değişiklik yaşamıştır)- zamana göre objektif bir yorumla, yukarıda alıntılanan sınırlayıcı gerekçeden soyutlanması ve nesnelleştirilmesi gerektiği de söylenebilir. Ancak, bu durumda dahi, AY m. 33 f. son hükmündeki atfın en fazlasından bir *kıyasen uygulama atfı* oluşturduğunun yatsınması olanak dışıdır. Böylece, atıf gereğince, örneğin, *vakıf kurma özgürlüğünün* (AY m. 35 ve m. 48 hükümlerinin yanısıra) AY m.33 f.1 hükmünde güvence altına alındığı<sup>49</sup> ve aynı hükmün 3. fıkrasındaki gerekçelerle kanunla sınırlandırılabilirliği rahatlıkla söylenebilir; ancak, yukarıda defaetle açıklanan nedenlerle, "*vakfa üye olma özgürlüğü*" diye bir özgürlüğün de bu atıf sayesinde ihdas edildiğini ileri sürmek mümkün değildir.

Yukarıda yapılan tüm değerlendirmeler, fikrimce, Anayasa Mahkemesi'ni iptâl kararına götüren nedenlerin (gerekçelerin) hukuken yanlış gerekçeler olduğunu göstermektedir. Ancak hüküm bir kere iptâl edilmiş ve "*olan olmuştur*". Bu makalenin kararın eleştirisine ayrılan kısmını, "*Anayasa Mahkemesi'nin kararı hukuken yanlış bir gerekçeye dayanmıştır*" görüşünün ifadesiyle sona erdirmek, Anayasa Mahkemesi kararları herkesi, yasama, yargı ve yürütme organlarını bağlayıcı olduğu için, meseleyi halletmeyecektir. Gerçekten Yüksek Mahkeme, çok kısa olan gerekçesiyle hüküm fıkrası arasındaki bağlantıyı gayet güzel kuran öyle yanlış bir karar vermiştir ki, bu kararın *vakıf*

<sup>49</sup> Tabii burada, kıyasen bir uygulamadan bahsettiğimiz için, vakıflarda kabul edilmiş olan normatif sistemin "*Herkes önceden izin almaksızın ...*" ifadesiyle bağdaşıp bağdaşmaması da önem taşımaz. Her ne kadar normatif sistem, izin sistemi değilse de, vakfın salt bir irade açıklamasıyla kurulmasına da engeldir. Asliye Hukuk Mahkemesi, vakfı tescil ederken, takdir yetkisine sahip olmamakla birlikte, kurulmak istenen vakfın kanunda aranan şartlara uyup uymadığını araştırıp tescil kararını ona göre vermektedir. Dolayısıyla, eğer "*Herkes önceden izin almaksızın ...*" ifadesindeki "*izin*" sözcüğü tüzel kişiler hukukunda söz konusu olan dar ve teknik anlamdaki "*izin*"den daha geniş anlaşılırsa (ki anlaşılmalıdır), normatif sistem de pekalâ geniş anlamda bir izindir (nitekim dernekler için kanunla normatif sistemin benimsenmesi AY m. 33 f.1 hükmüne aykırı olur ise de; vakıflar için aykırı olmaz; aksi takdirde Medenî Kanun'un vakıflar için benimsediği normatif sistemin Anayasa'ya aykırı olduğunun kabulü gerekirdi !).

*hukuku (fiilen yaşanmış olan pozitif hukuka aykırı vakıf uygulaması değil !) üzerindeki olumsuz etkisinin (hattâ tahribatının) görmezden gelinmesi mümkün olmadığı gibi; Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesinin bu bağlamdaki önemini azımsamak da olanak dışıdır.*

### **B) KARARIN ETKİSİ**

Anayasa Mahkemesi'nin iptâl kararının, hem hüküm fıkrası çerçevesinde hem de gerekçesiyle birlikte ele alındığında, Medenî Kanun'un vakıf sistemini (pozitif vakıf hukukunu) kökten etkileyecek bir nitelik taşıdığı açıktır. Bu karardan sonra, vakfın salt mal topluluğu teşkil ettiği ilkesinde ısrar etmenin olanaksızlaştığı ve Kanunu Medenî döneminde hukuka aykırı olarak fiilen yaşanan sürecin önünün de Anayasa yargısıyla açılmış bulunduğu düşüncesinin genel kabul görmesi kaçınılmazdır. Böyle bir düşünceye, vakıf hukukuna ilişkin olarak yukarıda (II)'de yapılan açıklamalar çerçevesinde, kaynağını yine pozitif hukuktan (AY m. 153 f.2 hükmünden) alan güçlü bir kuramsal hukuk gerekçesiyle, elbette ki karşı çıkılabilir. Ancak Türk vakıf hukuku uygulamasını yakından tanıyan herkes, bu karşı çıkışın, uygulamada hiçbir *karşılık* bulamayacağını da rahatlıkla tahmin edebilir<sup>50</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararının hem gerekçesi hem de doğrudan bu gerekçeye dayanan "TMK m. 107 f.3 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu" şeklindeki hüküm fıkrası, hukuken ne kadar hatalı olursa olsun, bu kararın gözardı edilmesi (bağlayıcı kabul edilmemesi), AY m. 153 f. son hükmü gereğince olanak dışıdır.

<sup>50</sup> Bkz. örnek olarak T.C. Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü, 14.10.2008 ve 2008/14 sayılı Genelgesi: "Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 101. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "vakıflarda üyelik olmaz" hükmü, Anayasa Mahkemesinin 28/06/2008 tarih ve 26920 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile iptal edilmiştir. Bu kapsamda; a) Vakıf senedinde üyelikle ilgili hüküm bulunan vakıflar üye alımı yapabileceklerdir. b) Vakıf senetlerinde 01/01/2002 tarihinden önce üyelikle ilgili hüküm bulunan ancak Türk Medeni Kanunun "vakıflarda üyelik olmaz" hükmü nedeniyle senetlerinden üyelik hükümlerini çıkaran vakıflar, senet değişikliği yapmak suretiyle, konuya ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesini müteakip üye alabileceklerdir."

Fikrimce, Anayasa Mahkemesi kararlarının hüküm fıkraları bağlayıcı olduğu gibi, gerekçeleri de bağlayıcıdır<sup>51</sup>. Ancak, Yüksek Mahkeme'nin kararlarında *gerekçe* olarak (çoğu zaman da yüzlerce sayfada) yapılan açıklamaların tamamının bağlayıcı olduğu da elbette ki söylenemez<sup>52</sup>. Bir gerekçenin AY m.153 f. son anlamında bağlayıcı olabilmesi için, o gerekçenin, Alman Anayasa Mahkemesi'nce kabul edilen şu formüle uygun olması gerektiği söylenebilir: Eğer bir gerekçe, karar konusuyla ilgili olarak salt Anayasa'nın yorumlanmasından ibaretse ve ayrıca bu gerekçenin kararda yer alan düşünce silsilesine göre oluşmuş somut karar sonucunu ortadan kaldırmaksızın gözardı edilmesi de olanak dışıysa –başka bir ifadeyle, bu gerekçe *taşıyıcı bir gerekçe* ("tragender Grund") ise- o zaman bu gerekçe hüküm fıkrasıyla birlikte, bağlayıcı bir gerekçedir<sup>53</sup>. Önemli bir anayasa hukuku sorunsalı olan *gerekçelerin bağlayıcı olup olmadığı* tartışması, bu makalenin konusu dışında kaldığına göre, bu tartışma üzerinde başka bir söz etmeksizin, yukarıda açıklanan formül Anayasa Mahkemesi'nin somut kararına uygulandığında, ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır:

<sup>51</sup> Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğu (ya da bu bağlayıcılığın ancak belli koşullar gerçekleşmişse söz konusu olabileceği) görüşü için bkz. TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2004, S. 482; KANADOĞLU, Korkut, Anayasa Mahkemesi, İstanbul 2004, S. 276 vd. KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, Ankara 1994, S. 91; GÖREN, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1999, S. 301 ve bu eserlerde zikredilen AYM kararları. Aksi görüş için bkz. ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2008, S. 426; GÖZLER, Kemâl, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2000, S. 499; ARSLAN, Zühtü, Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, Ankara 2008, S. 64 vd.; DÖNER, Ayhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, Ankara 2008, S. 221. Yargının Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleriyle bağlı olmadığı görüşünü benimseyen bir Danıştay kararları için bkz. TAN, Turgut, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2008, 3. Bası, S. 90/91; DÖNER, S. 221; ASLAN, S. 65.

<sup>52</sup> Bkz. ÖZBUDUN, S. 427.

<sup>53</sup> SCHLAICH Klaus/KORIOTH Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Auflage, München 2004, N. 485 ff., N.485, 488 (S. 340f, 341). Benzer yaklaşım için bkz. KANADOĞLU, S. 277.

Anayasa Mahkemesi, TMK m.101 f. 3 hükmünü, çok hatalı hukuki değerlendirmelerle de olsa, tamamıyla Anayasa hukuku yorumlarına dayalı olan ve hemen yukarıda açıklanan anlamda *taşıyıcı* niteliğe sahip bulunan gerekçelerden hareketle iptâl etmiştir. Başka bir deyişle, bu gerekçeler gözardı edilecek olursa, karar sonucunun anlaşılması olanak dışıdır ve kararın bu gerekçeler olmaksızın ayakta kalması da mümkün değildir. Dolayısıyla, kararın Anayasa Mahkemesi'ni sonuca götüren hatalı gerekçelerinin, gözardı edilmesi de olanak dışıdır.

Ancak, öte yandan, Anayasa Mahkemesi'ni iptâl sonucuna taşıyan bu gerekçeler ve, giderek -hüküm fıkrasıyla birlikte- kararın tamamı

*TMK m. 101 f. 3 hükmünün Türk vakıf hukukunda Kanunu Medenî döneminde mevcut olmayan yeni bir yasağın yarattığının, bu yasağın vakıf özgürlüğünü engellediğinin, bu özgürlüğün vakıflara üye olma özgürlüğü olduğunun, dolayısıyla vakıfların üyelerinin olabileceğinin, yani vakıfların üyelerden (de) oluşabileceklerinin, sonuç olarak, kanunda açıkça öngörülen atipik oluşumlar dışında da vakıf adı altında kişi birliği – mal topluluğu karışımı tüzel kişiler kurulabileceğinin*

Mahkeme tarafından kabul edildiği anlamını taşımaktadır. Böyle bir neticenin ise, "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptâl ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." diyen, AY m.153 f.2 hükmü ile bağdaştırılması olanak dışıdır. Çünkü bu netice, vakıflarla ilgili Türk pozitif hukukuna yeni bir norm koyma, daha doğrusu, iptâl edilen TMK m. 101 f. 3 hükmü mevcut değilken (ya da mevcut olmasa) bile hukuk sistemimizde zaten cari olan bir pozitif hukuk ilkesini değiştirme faaliyetinin, Yüksek Mahkeme'ce gerçekleştirilmiş olduğunu göstermektedir. Diğer bir söyleyişle, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla, Kanunu Medenî zamanında açıkça yazılı olmasa da pozitif hukukumuzda var olan bir kuralın salt vurgulanması niteliğinde, yani sadece şeklen yeni (ancak Türkiye koşullarında yine de işlevsel) bir hüküm olan TMK m. 101 f. 3 hükmü iptâl edilirken, gerek Kanunu Medenî zamanında gerekse Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girdikten sonra hukuken mevcut olmayan normatif bir yenilik yaratılmaktadır. Bu normatif yenilik, kanunun açıkça

cevaz vermediği durumlarda bile, kişi topluluğu niteliğinde ya da benzeri vakıfların kurulabilmesi yolunun (*fiilen* değil) hukuken açılmasıdır. Türk Medenî Kanunu'nun vakıf sisteminin norm koyma niteliği taşıyan bir Anayasa Mahkemesi kararıyla kökünden değiştirilmesi anlamına gelen bu durum ise, AY m. 153 f.2 hükmüne aykırıdır.

1961 Anayasası'ndan farklı olarak, 1982 Anayasası'nda yer alan ve Anayasa hukuku öğretisinde bazı yazarlarca (kendiliğinden geçerli bir ilke olduğu gerekçesiyle) hem lüzumsuz hem de yönelik olduğu amacı gerçekleştirmekten uzak addedilen<sup>54</sup> AY m.153 f. 2 hükmüne aykırılığın yaptırımını Anayasa'da gösterilmemiştir. Her ne kadar, AY m. 153 f. 3 hükmündeki bağlayıcılığın, ancak, aynı maddenin 2. fıkrasındaki koşula bağlı olarak (yani yeni bir norm yaratma özelliği taşımamak şartıyla) sözkonusu edilebileceği kuramsal olarak ileri sürülebilirse de; Yüksek Mahkeme'nin herhangi bir kararının norm koyucu nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti çoğu zaman tartışmalı olabileceği ve bunu bağlayıcı olarak tespit edecek bir organ da bulunmadığı için, bu kuramsal yaklaşımın hayata geçirilmesi, hukuk güvenliği gözardı edilmedikçe, neredeyse olanaksızdır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 101 f. 3 hükmünü iptâl etmesinin Türk Medenî Kanunu'na tâbi vakıflar bakımından yarattığı son derece sakıncalı olan (ve eski fiili uygulamaya dönülmesinden daha da ileri bir anlam taşıyan) neticenin izale edilmesi için atılması gereken (en güvenli, belki de aynı zamanda ilk) adım (Anayasa Mahkemesi kararlarının kanunkoyucunun kanun koyma erkini de yönlendirip yönlendirmediği şeklindeki tartışma da dikkate alınacak olursa<sup>55</sup>) Anayasa değişikliği yapılması, yani m. 33 f. son hükmünün değiştirilmesi olmalıdır.

<sup>54</sup> Bkz. TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2004, S. 535

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesi'nin görüşü, kararlarının kanunkoyucuyu da yönlendirdiği şeklindedir (bkz. KANADOĞLU, S. 274'de zikredilen karar).

### SONUÇ:

Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 101 f. 3 hükmünü iptâl etmiş olan 17.4.2008 tarihli kararı, vakıf kurumunun hukuki mahiyetini temelden yatsıyan, gerek medenî hukukumuzun tüzel kişiler sisteminde gerekse Anayasa'ya aykırı olan, son derece sakıncalı sonuçlar doğuracak, hatalı bir karardır. TMK m. 101 f. 3 hükmünün *gereksiz olmadığını*, ne yazık ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu hatalı kararı göstermiştir. Buna karşın ve yine ne yazık ki, Yüksek Mahkeme'nin verdiği bu karar, hükmün "*sakıncalı*" olduğunu da ortaya çıkarmıştır. Ancak, bu sakınca, öğretide ileri sürülmüş olan (ve bu çalışmada paylaşılmayan) *hükmün organ üyeliğini de engelleyecek bir nitelik taşıması* değildir. İptal kararıyla anlaşılmış olan ve herhalde hiçbir medenî hukukçunun da iptâlden önce aklına getirmediği "*sakınca*", TMK m. 101 f. 3 hükmünün, Anayasa Mahkemesi tarafından, vakıf hukukunun temel ilkeleri bir yana itilerek ve AY m. 153 f. 2 hükmüne aykırı olarak, pozitif hukuku değiştiren bir tarzda iptâl edilme riskini taşımış olmasıdır. Bu makalenin yazarı, böyle bir riskin varlığını düşünememiş olduğu için, hükmü kaleme alan diğer Medenî Kanun Komisyonu üyeleri gibi, ülkesine bir özür borçludur.