**"...**

**I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ**

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

'III. GEREKÇE

1) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 5 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5737 sayılı Vakıflar Kanunun 5 inci maddesinin iptali istenen üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde, yeni vakıfların, vakıf senedinde yazılı amaçlarını gerçekleştirmek üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bildirimde bulunmak koşuluyla şube ve temsilcilik açabilmesi öngörülmüştür.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 101 inci maddesinde 'Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır' şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere vakıflar, sosyal ve siyasal yaşam içinde bir sivil toplum örgütü olarak öngörülmüştür.

Yalnızca hayır için topluma hizmet etme kurumları olan vakıfların; ekonomik örgütler (şirketler ve üst kuruluşları) gerek siyasal ve sosyal bir örgütlenme modelleri olan demokratik kitle örgütü ya da sivil toplum örgütü olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığından bu örgüt ve modellerin yapılandırılmaları içindeki şube ve temsilciliklerin vakıflara da 'vakıf' niteliği ile bağdaşmayacağı açıktır.

Diğer taraftan Vakıflar Kanununun yine 'Tanımlar' başlıklı 2 nci maddesinde de, vakıf senedi 'Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, malvarlığını ve vakıf şartlarını içeren belge...' olarak tanımlanmıştır.

Bu tanıma göre de, vakfiye ya da vakıf senedi, vakfın kurucu belgesidir. Bu belge, vakfın konusuna, amacına ve organlarına ilişkin vakfedenin tüm istek ve istencini yansıtan düzenlemeler içerir. Vakfiye ya da vakıf senedinin düzenlemeleri birer hukuk kuralı etki, değer ve gücündedir.

Vakıf kurma işlemi tamamlandıktan sonra bu kurallar, vakfedeni, vakfı yönetenleri, vakıftan yararlanacakları, üçüncü kişileri ve Devlet'i bağlar. Bu nedenle, kurucu istenci yansıtan vakfiye ya da vakıf senetlerini Devlet organları dahil kimse değiştiremez.

Bir özel hukuk işlemi olan vakıf kurma istencinin yasayla belirlenen yönteme uygun olarak açıklanması sonrasında, özel hukuk tüzelkişiliği kazanan mal topluluğunun, mülkiyetine geçen mal ve haklar üzerindeki tasarruf yetkisi, kuşkusuz Anayasanın mülkiyet hakkına, tüzelkişiliğin varlığını sürdürmesi de, örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kurallarının güvencesi altındadır.

Dolayısıyla, vakıf özel hukuk tüzelkişiliğine ilişkin yasa kurallarının, vakıf kurumunun bu asli niteliğine uygun olması ve bu kurallar ile vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçimine ve etkinlik alanına, Anayasanın mülkiyet hakkı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kurallarında öngörülenler dışında, karışılmaması gerekmektedir.

Kurucu istence bağlı kalmaksızın, vakfedenin çizdiği yapılanmanın dışına çıkılmasına olanak tanınması durumunda ortaya çıkan yapının, hukukun tanımladığı biçimiyle vakfın özel hukuk tüzelkişiliği olarak nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

İptali istenen kural, vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçiminde şube ve temsilcilik açılması suretiyle değişiklik yapılmasını öngördüğünden hukuki güvenlik ilkesinden yoksun olup, bu nedenle de Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasanın 'Dernek kurma başlıklı' 33 üncü maddesinin son fıkrasında, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle gönüllü bir toplumsal kuruluş olan vakıflar da kuruluşu, serbestçe varlık kazanma ve örgütlenme ilkeleri ile faaliyet güvencesi öğelerini kapsar. Anayasanın 33 üncü maddesinde yer alan [<<](http://www.bahum.gov.tr/BAHUM/scripts/Body.asp%27MevzuatID%3D113540%26MaddeID%3D916211%26Terms%3D~dernek%20kurma%20h%C3%BCrriyeti~#P1#P1)dernek kurma hürriyeti[>>](http://www.bahum.gov.tr/BAHUM/scripts/Body.asp%27MevzuatID%3D113540%26MaddeID%3D916211%26Terms%3D~dernek%20kurma%20h%C3%BCrriyeti~#P3#P3), anılan öğelerin bir arada bulunmasıyla sağlanabilir.

Bu nedenle örgütlenme ilkesiyle bağdaşmayan iptali istenen düzenleme Anayasanın 33 üncü maddesine aykırıdır.

Öte yandan böyle bir düzenleme, örgütlenme özgürlüğünü de zedelemektedir. AİHS'nin 11 inci maddesi örgütlenme özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre 'Herkes, asayişi bozmayan toplantılar yapmak, dernek/örgüt kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak hakkına sahiptir.'

Maddede yer alan dernek/örgüt kavramının ise yalnızca dar anlamda dernekleri ifade etmediği geniş anlamda örgütlenmeleri içerdiği Sözleşme organlarının içtihadıyla zaman içinde belirlenmiştir. Sözleşmede yer alan kavramlar otonom kavramlardır ve kavramların içeriklerini, ulusal hukuklardan bağımsız olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tespit etmektedir. Bu bağlamda Sözleşme içtihadı uyarınca, herhangi bir örgütün 11 inci madde bağlamında kabul edilmesi için kişilerin ortak bir amaç için gönüllülük esasına dayalı olarak bir araya gelmeleri, bunun için de asgari şekilde örgütlenmeleri gerekmektedir. (Bu konudaki kararlar bkz. Kom. K., Association X. v. Sweden, 06.07.1977, no: 6094/73, D.R. 9, s.5 (7); Kom. K., I. M. Young and N. H. James / İngiltere, 11.07.1977 no: 7601/76, D.R. 9, s.126).

Bu durumda vakıflar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11 inci maddesi kapsamında bir örgüt olduğundan iptali istenen kural, vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçiminde değişiklik yapılmasını öngördüğünden AİHS'nin 11 inci maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 90 ıncı maddesinde, '... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir' denildikten sonra, bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği bildirilmiştir.

Anayasadaki bu düzenleme, kurallar hiyerarşisinde andlaşmaların ulusal yasalardan daha üstün olduğu görüşüne dayanak oluşturduğundan iptali istenen kural, Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırı düşmektedir.

5 inci maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin iptali halinde bu fıkranın ikinci cümlesinin de uygulanma olanağı kalmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrası, Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 6 ncı Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kurala ile cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarınca kendi aralarından seçileceği, seçimin usûl ve esaslarının da yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

Lozan Antlaşması'nda Azınlıklar ile ilgili hükümler, Yunanistan ile karşılıklı olma/mütekabiliyet şartıyla kabul edilmiştir. Diğer bir anlatımla, Yunanistan'daki Türk azınlığa verilmeyen hiçbir hak, Türkiye'deki gayrimüslim azınlığa verilemez (md. 45).

1913 tarihli Atina Anlaşmasının 11 inci maddesi, kurulmuş ve kurulacak olan vakıflar kurumunun özerkliğine, hiyerarşik yapısına ve mülklerinin yönetimine dokunulmayacağını hükme bağlamış. Aynı anlaşmanın 12 nci maddesi vakıfların bulundukları bölgedeki İslam cemaati tarafından yönetileceğini belirtmiştir.

Yine 2345 Sayılı, 1920 tarihli Yasanın 12 nci maddesi de aynı şekilde, cemaat yöneticilerinin azınlık mensubu Batı Trakya Müslüman Türkleri tarafından seçileceğini hükme bağlamıştır. Buna rağmen, seçimle ilgili hükümler 1949 yılında ilan edilen Kral İradesiyle ancak otuz altı yıl sonra uygulamaya konabilmiş ve bu, 1950 yılına kadar tayinle vakıfların idare edildiğini göstermektedir. Sadece 1950 ' 1967 yılları arasında cemaat vakıfları kendi yöneticilerini seçebilmişler ve yöneticiler seçimle iş başına gelmişlerdir.

1967 yılında, askerî darbe sonucu, Yunanistan'da bütün bu tür sivil toplum örgütlerinin yönetimleri lağvedilmiş ve yine o zaman da vakıf idarelerine atama yapılmıştır. Tabii, bu atamalar da idarenin kendine yakın olan kişiler olmuşlardır.

Yunanistan'ın, ülkesindeki Türk Cemaate ait vakıflara ilişkin yaptığı düzenleme olan 1980 tarih ve 1091 sayılı Yasa'da da Türk Cemaate ait vakıflara kendi yöneticilerini seçme hakkı verilmemiştir. Yani, hâlâ bugün Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'daki Müslüman Türklere ait vakıf yöneticileri seçimle işbaşına gelememektedirler, yani kendi yöneticilerini seçememektedirler.

Bu nedenle, Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığı ile karşılıklılık ' mütekabiliyet esasına ters düşen 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrası Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 11 inci Maddesinin Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5737 sayılı Yasa'nın 'İdari para cezası' başlıklı 11 inci maddesinde, Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılan tebligata rağmen, bu Kanun uyarınca istenen beyanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen, organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan vakıf yönetimine Genel Müdürlükçe her bir eylem için beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilmesi öngörülmekte ve iptali istenen son cümlesinde ise, verilen idari para cezasına karşı başvuru yolu olarak da 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine yollamada bulunulmaktadır.

Maddeyle gönderme yapılan 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 3 üncü maddesi, itiraz yoluyla açılan dava sonunda, Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2006 günlü, E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde,

'Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usul ve esasların değiştirilmesi, Anayasanın 125 inci ve 155 inci maddelerine aykırıdır.',

denilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5560 sayılı Kanunun 31 inci maddesiyle değiştirilen 3 üncü maddesi de şöyledir:

'MADDE 3 ' (1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır.'

5326 sayılı Kabahatler Kanununun idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yolu ise, Yasa'nın 27 nci maddesinde gösterilmiştir. 'Başvuru yolu' başlıklı bu madde aynen şöyle denilmiştir:

'İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.'

Bu hükme göre, 5737 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen tüm fiillerden dolayı verilecek idari para cezasına karşı idari yargıya değil, adli yargıya (sulh ceza mahkemesine) başvurulması gerekmektedir. Görüldüğü üzere iptali istenen düzenlemede de, Anayasa Mahkemesi'nin yukarda açıklanan kararında belirtildiği üzere yalnızca yaptırımın türünden hareket edilmiş ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmemiştir. Bu bağlamda, vakıf organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren vakıf yönetimine idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. Ancak, vakıf organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanıp toplanmadığının tespitinin idari yargının denetimine tabi bir alan olduğu çok açıktır.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2006 günlü, E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararı dikkate alınmadan yapılan bir düzenleme olan 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 11 inci maddesinin son cümlesi, Anayasanın 125 inci, 153 üncü ve 155 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 12 nci Maddesinin Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

5737 sayılı Yasa'nın 3 üncü maddesinde, bu Yasa'da geçen 'vakıflar' sözcüğünün, mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfların tümünü kapsadığı belirtilmiştir.

Bu durumda, 12 nci maddenin iptali istenen birinci fıkrası hükmüyle cemaat vakıfları da dahil tüm vakıflara, dini, hayri, sosyal, eğitsel, sağlık ve kültürel alanlardaki gereksinimleriyle sınırlı olmaksızın ve herhangi bir merciden izin almaksızın mal edinme ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkı tanınmıştır.

Böyle bir düzenleme öncelikle 'vakıf' niteliği ile bağdaşmamaktadır. Şöyle ki;

Yeni Vakıflar Türk Medeni Kanunu'na göre kurulurlar.

Türk Medeni Kanunu'nun birinci kitabının birinci kısım üçüncü bölümünde vakıfların kuruluş ve işleyişi ile ilgili hükümler yer almıştır.

Türk Medeni Yasası'nın,

' 101 inci maddesinde, vakıfların, gerçek ya da tüzelkişilerin yeterli mal ve hakları belli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan, tüzelkişiliğe sahip mal toplulukları olduğu,

Cumhuriyet'in Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, ulusal birliğe, ulusal çıkarlara aykırı ya da belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı,

' 102 nci maddesinde, vakıf kurma istencinin resmi senetle ya da ölüme bağlı işlemle açıklanacağı; vakfın, yerleşim yeri mahkemesinde tutulan sicile tescil ile tüzelkişilik kazanacağı,

' 105 inci maddesinde, özgülenen malların mülkiyeti ile hakların, tüzelkişiliğin kazanılmasıyla vakfa geçeceği,

' 106 ncı maddesinde, vakfın adının, amacının, bu amaca özgülenen mal ve hakların, vakfın örgütlenme ve yönetim biçimi ile yerleşim yerinin vakıf senedinde gösterileceği,

belirtilmiştir.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere,

'Mal', vakfın ortaya çıkması için gerekli ilk ögedir. İkinci öge, vakıf kurucusu veya kurucularının anlaşılabilir açıklıkta, sürekli ve gerçekleştirilmesi olanaklı ve Yasa'ya uygun olarak belirledikleri 'amaç' tır. Üçüncüsü, belirlenen bu amaca hizmet edecek nitelikte ve yeterlilikte olan malını, bir tüzelkişilik oluşturmak amacıyla ayırması, yani bu malı belirlediği amaca 'özgülemeli' dir. Son olarak da, kişinin vakıf tüzelkişiliğini kurma istencini resmi senetle ya da ölüme bağlı işlemle açıklanmalı ve vakfın, yerleşim yeri mahkemesinde tutulan sicile tescil ettirmelidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar hakkında tüzüğün 4 üncü maddesine göre de, vakıf senedinde; vakfın adı, gayesi, faaliyetleri, bu gayeye tahsis edilmiş olan mallar ve haklar, vakfın teşkilatı (organları), ikametgâh adresi mutlaka gösterilmelidir.

Vakfın gayesi, yapmak istediği hayır hizmetleri olup, 4721 Sayılı Kanunun 101 inci madde son fıkrası gereğince; Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz

Görüldüğü üzere, gerek vakfın gayesinin gerek vakfın bu gayeye ulaşmak için özgülediği malların vakıf senedinde tereddütlere mahal vermeyecek şekilde açıkça belirtilmesi zorunludur.

Vakfın mal varlığı, vakfa gayesini gerçekleştirmesi için kurucu veya kurucular tarafından tahsis edilen mallar ve haklardır.

Vakfın mal varlığı ile gayesi arasında sıkı bir bağ vardır. Vakfa tahsis edilen mal, gayesini gerçekleştirmeye yeterli olmalıdır. Bu itibarla vakfa tahsis edilen mal varlığının, vakfın gayesini gerçekleştirecek ölçüde olması gerekmektedir. Dolayısıyla, vakıf özel hukuk tüzelkişiliğine ilişkin yasa kurallarının, vakıf kurumunun açıklanan bu asli niteliğine uygun olması 'hukuk devleti' olmanın bir gereğidir.

Bu nedenle gerek vakfın yeni mal edinmesi gerek vakfa tahsis edilen mal ve hakların yenileriyle değiştirilmesi vakıf kurumunun yukarıda açıklanan asli niteliği ile bağdaşmadığından, Vakıflar Yasası'nın 12 nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları ile yapılan düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan iptali istenen kurallar ile Türkiye'deki Müslüman olmayan Türk uyruklu cemaatlere ait vakıflara (cemaat vakıflarına), sınırsız mal edinme ve herhangi bir merciden izin almaksızın sonradan edindikleri mallar üzerinde tasarrufta bulunma hakkının tanınması Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesine bağımsız bir devlet olarak kabulünün uluslararası belgesi Lozan Barış Andlaşması'na aykırıdır.

Lozan Antlaşmasında sadece gayrimüslim azınlıklar kabul edilmiştir; Türkiye'de Müslüman azınlık yoktur (md. 39/1) Azınlıklar ile ilgili hükümler, Yunanistan ile karşılıklı olma/mütekabiliyet şartıyla kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, Yunanistan'daki Türk azınlığa verilmeyen hiçbir hak, Türkiye'deki gayrimüslim azınlığa verilemez (md. 45).

5737 sayılı Yasa'daki tanımıyla cemaat vakıfları, 'Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar...' dır.

Yasa'nın 12 nci maddesinin son fıkrasında 'Kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların, taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi uygulanır.' denilmiştir. Bu hükmün konumuz itibariyle taşıdığı anlam 'karşılıklı olma/mütekabiliyet' ilkesinin kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıflar için geçerli olduğudur. Ancak yukarda değinilen yasal tanımlamadan da anlaşılacağı üzere cemaat vakıfları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflardır.

Bu durumda, cemaat vakıflarının mal edinmelerinde dikkate alınacak kural, Lozan Antlaşması'nın 45 inci maddesindeki karşılıklı olma/mütekabiliyet şartıdır. Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Lozan Antlaşması'ndaki 'karşılıklı olma' ilkesini, 'anayasal değerde' kabul ederek 'anayasallık blokuna' katmış ve denetiminde ölçü norm olarak kullanmıştır.

02.01.2003 tarihli ve 25003 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 'Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik' in eki' Faaliyette Bulunan Cemaat Vakıfları' nın listesine göre bu vakıfların sayısı 160'dır (Ek 2).

Bu vakıfların 77 si Rum, 52 si Ermeni, 19 u Musevi, 10 u Süryani, 1 i Bulgar, 2 si Gürcü, 3 ü Keldani, 1 i de esnafa aittir.

Konuyu mütekabiliyet açısından değerlendirdiğimizde;

Ermeni azınlığa ait vakıfların (kilise vakıfları) karşılığında Ermenistan'la veya başka bir devletle nasıl bir karşılıklılık ilişkisi kurulabilecektir. Bu şu haliyle mümkün olmadığı gibi özellikle Ermenilerin sürekli dünya gündemine taşıdıkları 'Sözde soykırım iddiaları'nı yoğun olarak yaşadığımız günümüzde bir de bu vakıflara gayrimenkul edinme hakkı tanınması verilebilecek en büyük taviz niteliğini taşımaktadır. Ayrıca Kurtuluş Savaşıyla yırtılıp atılan Sevr Anlaşmasında dayatılan Büyük Ermenistan'ın kurulmasına zemin hazırlayıcı niteliktedir. Ermeniler ülkemizden toprak taleplerini hiçbir zaman gizlememişler ve bu konuyu tazminat talepleriyle birlikte hala dünya gündeminde tutmaya devam etmektedirler. Ermeni Diasporası'nın lobiler aracılığıyla Asala'nın Terör yoluyla yapmaya, elde etmeye çalıştığı sonuçların adeta tam bir teslimiyet içerisinde sunulmasından başka bir şey değildir.

Yunanistan'ın, ülkesindeki Türk Cemaate ait vakıflara ilişkin yaptığı düzenleme, 1980 tarih ve 1091 sayılı yasadır. Bu yasa ise, bizim eski vakıfları ve bu arada Cemaat vakıflarını da düzenleyen 1935 tarih ve 2762 sayılı yasanın dahi çok gerisinde bir sistem öngörmektedir. İlişikte bu Yasa'nın, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile karşılaştırılmalı bir değerlendirmesi sunulmuştur (Ek 3). Yapılan bu değerlendirmeden de, 5737 sayılı Yasa'nın iptalini istediğimiz kurallarında, 'Karşılıklı olma/mütekabiliyet' ilkesine uyulmadığı kolaylıkla görülebilecektir.

Yunanistan'da bulunan Batı Trakya Türk azınlığına ait Vakıfların mal varlıklarının sistemli bir şekilde kamulaştırma yoluyla yok edilmeye çalışıldığı, kendi idarecilerini seçmelerine izin verilmediği gibi seçmiş oldukları müftünün kabul edilmeyerek Yunan Hükümetince atama yoluyla müftü tayini yoluna gittiği bilinmektedir. Keza Batı Trakya Türk Azınlığını 'Türk' azınlık olarak dahi görmeye tahammül edemeyen Yunanistan bunları 'Müslüman Azınlık' olarak görmekte ve dünya kamuoyunu da bu şekilde lanse etmektedir. Son olarak da Yunanistan ve bir kısım ayrılıkçı unsunlar tarafından 'Pontus Rum' idealinin canlandırılmaya çalışıldığı bilinmektedir.

Sevr toplantıları sırasında Yunan Hükümeti, 12 maddelik bir talep listesi göndermiştir. Tamamı bugün AB'nin taleplerine benzeyen listenin en dikkat çekici maddesi 7 nci maddedir ve bu maddede şöyle denilmektedir:

'Tüzel kişilikleri olmadığı ve 1917'ye kadar Osmanlı yasalarının taşınmaz bir malı tüzel kişi adına tapuya geçirmek hakkını tanımadığı için, dinsel toplulukların, kiliselerin, manastırların, okulların, hayır kurumlarının ve derneklerin Türkiye'de sahip oldukları malların mülkiyeti ve yönetiminde ortaya çıkan zorluklar, bizi bunların ortadan kaldırılmasını istemeye yöneltmektedir. Türkiye bu çeşitli kurumların tüzel kişiliklerini tanımak ve bunların mülkiyetinde olan malların adlarına tapuya geçirilmek için gerekli yasal tedbirleri almayı üstlenmelidir. Antlaşmaya şöyle bir hüküm konulabilir: Tamiratlar ve aidatlar ve haksız olarak el konulan ya da satılan malların manastırlara ve keşişevlerine geri verilmesi gözetim altında tutulacaktır. Osmanlı Hükümeti yasal bir hükümle azınlıkların dinsen toplulukları, kilise, manastır, okul, hayır kurumu ve derneklerinin tüzel kişiliklerini tanımayı üstlenir. Bu tüzel kişilerin mal edinmek ve ellerinde olan ve kendilerince ya da adlarına yöneltilen malları, adlarına tapuya yazdırmak hakları olacaktır.'

Komite, bu madde hariç Yunan taleplerinin tamamını oy birliğiyle kabul etmiş ve Sevr'e koymuştur. Fakat 7 nci madde 'Osmanlı yasalarına karışma anlamına geleceğinden ve Osmanlı iç işlerinde büyük sorunlar çıkaracağından' uygun görülmemiştir diye reddedilmiştir.

Sevr'de kabul edilmeyen söz konusu isteklerle içerik bakımından örtüşen isteklerin önünü açan ve Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığı ile karşılıklılık ' mütekabiliyet esasına ters düşen Yasa'nın 12 nci maddesinin birici ve üçüncü fıkraları, Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırıdır.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1 inci maddesine 4771 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesinin (A) fıkrasıyla eklenen 'Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.' kuralının da iptali isteği içeren iptal davasında, Anayasa Mahkemesi 27.12.2002 günlü, E.2002/146, K.2002/201 sayılı kararı ile bu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar verirken;

'Kuruluşlarındaki farklılık ve vakfiyelerinin bulunmaması gibi nedenlerle, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri konusundaki yargı kararları farklı hukuki durumlar ortaya çıkarmış, 2762 sayılı Yasa kapsamındaki diğer vakıflar, Yasa'nın öngördüğü şekilde taşınmaz mal edinme hakkına sahip olurken cemaat vakıfları bu haktan yoksun bırakılmışlardır. Dava konusu düzenleme ile bu gelişmelerden olumsuz yönde etkilenen cemaat vakıflarının, kuruluş amaçlarına uygun olarak ve dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinme ve taşınmaz mallar üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri olanağı getirilerek mülkiyet haklarının korunması sağlanmıştır.'

gerekçesini açıklamıştır.

Gerek dava konusu yapılan kural, gerek Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan gerekçesi incelendiğinde cemaat vakıflarının Anayasaya aykırı bulunmayan taşınmaz mal edinme ve bu malları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi sınırsız olmayıp, Bakanlar Kurulundan izin alınması ve ayrıca edinilecek malların vakfın amacına uygun olarak ve dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılama şartları aranmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanunla değiştirilen 05.06.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1 inci maddesinin altıncı fıkrasında da,

'Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Vakıflar Genel Müdürlüğünün izniyle dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.'

hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere bu hüküm ile de, cemaat vakıflarının Vakıflar Genel Müdürlüğünün izniyle ve ancak dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilecekleri ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri kurala bağlanmış, yani bu konuda cemaat vakıflarına izin alınmadan sınırsız bir hak tanınmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.06.1985 tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararında da,

'Ülke devletin asli ve maddi unsurlarından biridir. Ülke olmadan devlet olmaz. Ülke devlet otoritesinin geçerli olacağı alanı belli eder. Devlet sahip olduğu kurucu unsur niteliğini taşıyan üstün kudretine dayanmak suretiyle ülkede yerleşik olan ve devletin diğer asli maddi unsurunu oluşturan insan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır. Bu asli görevi nedeniyledir ki, ülke üzerinde egemenliğe dayalı üstün bir hakka sahiptir. Toprak ile alakalı konuda insan haklarına saygılı, ölçülü, adil bir sınırlama Devlet için bir nefsi müdafaa tedbiri niteliğindedir, böyle bir tedbirden vazgeçebilmek çoğu kez olası değildir.'

denilmiştir. Hal böyle iken, Devlet için bir nefsi müdafaa olduğu Yüce Mahkemece vurgulanan 'ölçülü adil bir sınırlama' öngörmeksizin cemaat vakıflarına, sınırsız mal edinme ve yeni edindiği mallar üzerinde hiçbir makamdan izin alınmaksızın tasarrufta bulunma hakkı tanıyan iptali istenen kurallar, Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararları da dikkate alınmadan yapılan düzenlemeler olduğu kuşkusuz olduğu gibi Devlet'in nefsi müdafaa tedbirinden vazgeçtiğinin de açık bir göstergesidir. Anayasanın 2 nci maddesinde 'hukuk devleti'nden, 6 ncı maddesinde 'hiçbir kimse ya da organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı'ndan, 11 inci maddesinde 'Anayasa kurallarının, yasama, yürütme ve yargı organlarıyla yönetim makamlarını, öbür kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları' olduğundan, 138 inci maddesinde 'mahkeme kararlarına uymak, bunları değiştirmeden ve geciktirmeden yerine getirmek' zorunluluğundan, 153 üncü maddesinde de açıkça 'Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından' sözedilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyle karşılanamaz. Bu nedenle iptali istenen kurallar, Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırı düşmektedir.

Türkiye Devleti, Lozan anlaşmasıyla cemaat vakıflarını tanımayı bu vakıfların o günkü haliyle üstlenmiştir. Bu vakıflar tarafından sadece orada sayılan hususlarda ihtiyaç duyulan yeni mallar edinilmesi de mümkün olabilir ve bunun da ancak devletin yetkili uzman organının izniyle gerçekleşmesi gerekir. Getirilen düzenlemede ise, hiçbir sınır bulunmamaktadır ve hiçbir kamu otoritesinden izin alınması vs. de gerekmemektedir. Bu vakıfların sınırsız mal edinme ehliyetine sahip olmalarını Devlet anlaşmayla üstlenmemiştir. Devletin Lozan'da üstlenmediği bir hakkın yasayla verilmesi, gayrımüslüm cemaatler lehine ayrımcılık yapılmış olduğu anlamını taşıdığı, bunun da Anayasanın 10 uncu maddesinde öngörülen 'kanun önünde eşitlik ilkesi' ne aykırı olacağı açıktır.

Diğer taraftan konu, her ne kadar azınlık vakıflarının yeni taşınmaz mal edinmesi gibi ortaya konmuş olsa da, iptali istenen kurallar ile dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel tesisler kurulabilmesi için yeni mallar edinilmesine, yani bir anlamda bu tesislerin azınlık kimliği ile yenilerinin kurulmasına izin verilmesine olanak tanıdığından yabancılaşmayı artıracak, ulusal birliği zedeleyecektir.

Anayasanın 176 ncı maddesinde, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasanın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2 nci maddesinde ise Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir.

Başlangıç'ın 2 nci paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyetinin Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu ilkesiyle, de devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır.

Başlangıç'ın 3 üncü paragrafında belirtilen Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmağa yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı ilkesi ile tüm kuruluş ve kişilerin bu hukuk düzeni dışına çıkması engellenmiştir.

Başlangıç'ın 5 inci paragrafında ise 'Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin karşısında korunma göremeyeceği ilkesi' ile de Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.

Avrupa Birliği'nin Türkiye İlerleme Raporları'nda verilen bilgilerden açıkça görüleceği üzere, Vakıflar Kanunu'nun yenilenmesi AB isteğiyle gerçekleşmiştir. Sadece cemaat Vakıfları konusunda Avrupa Birliği ilerleme raporlarında ve özellikle de 2005 yılına ilişkin olanında bazı tenkitler yer almış bulunmaktadır. Ancak, Avrupa Birliği ilerleme raporunda yer alan bu tenkitlerin hukuksal değil siyasal nitelikli ve haksız tenkitler olduğu açıktır. Çünkü: Avrupa Birliği'nin ortaya koyduğu ölçüte göre, 'siyasal ölçütlere ilişkin konular, Avrupa Birliği ülkelerinden hangisinde en üst düzeyde gerçekleştirilmekteyse, aday ülkeden de o düzeyde bir düzenleme istenecektir'. Avrupa Birliğinin ilerleme raporlarında ortaya koyduğu bu temel ölçüt esas alınsa bile, ülkemizden bu şekilde bir yasa yapılması istenemez: Bir defa, Avrupa Birliği ülkelerinde zaten Cemaat Vakfı bulunmamaktadır ki, bu konuda bir ölçüt oluşturulabilsin. Cemaat Vakfı bulunan yegâne Avrupa Birliği ülkesi, bizimle ortak mazi ve benzer uluslararası yükümlülüklere sahip bulunan Yunanistan'dır. O halde, Avrupa Birliği açısından Cemaat Vakıfları bakımından en iyi uygulama olarak bir ölçüt aranacaksa, bu ölçüt Yunanistan'ın bu konudaki düzenlemesi olabilir. Yukarıda da değinildiği üzere, Yunanistan'ın, ülkesindeki Türk Cemaate ait vakıflara ilişkin düzenlemeyi içeren 1980/1091 sayılı yasanın, bizim eski vakıfları ve bu arada Cemaat vakıflarını da düzenleyen 1935/2762 sayılı yasanın çok gerisinde bir sistem öngördüğü açık bulunduğuna göre, Avrupa Birliğinin ülkemize Cemaat Vakıfları konusunda tenkitler yöneltmesinin hukuksal bir dayanağı da bulunmamaktadır.

O halde, Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana benimsenen bu konudaki esasın terkinin, Başlangıç/5 inci paragrafın açık hükmü karşısında yasakoyucunun takdir hakkı çerçevesinde değerlendirilebilmesi imkânı da bulunmamaktadır.

Bu nedenle iptali istenen kurallar Anayasanın Başlangıç'ına ve aynı prensibi teyit eden 3 üncü ve 5 inci maddelerine de aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasanın 2 nci maddesinde; 'Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanak, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmektedir. Yasaların kamu yararına dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin önde gelen unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 22.06.1972 günlü, E.1972/14, K.1972/34 sayılı kararında, 'Hukuk Devleti İlkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesinin de var olduğu' açıklanmıştır. Bu karara göre, 'Anayasanın 2 nci maddesinde tanımlandığı üzere Devletimiz bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi alınmaksızın başka bir deyimle yalnızca belli kişilerin yararına alarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre kamu yararını içermeyen bir yasa kuralı, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olur ve dava açıldığında iptali gerekir.'

Eskiden kurulmuş cemaat vakıflarına, bu niteliklerini değiştirmemelerine karşın ekonomik ve siyasal güç elde edecekleri biçimde yeni haklar ve ayrıcalıklar tanınmasını (ölçülü adil bir sınırlama öngörmeksizin cemaat vakıflarına, sınırsız mal edinme ve yeni edindiği mallar üzerinde hiçbir makamdan izin alınmaksızın tasarrufta bulunma hakkı tanınmasını) kamu yararıyla bağdaştırmak mümkün bulunmadığından iptali istenen kurallar Anayasanın 2 nci maddesine de aykırıdır.

Yasa'nın 12 nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının iptal edilmesi halinde dördüncü fıkranın da uygulanma olanağı kalmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 12 nci maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları, Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci, 10 uncu ve 153 üncü maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 14 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun iptali istenen 'Amaç ve işlev değişikliği' başlıklı 14 üncü maddesi ile; Vakıfların, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Vakıflar Meclis yetkili kılınmıştır.

Yukarıda (4) numaralı başlık altında etraflıca açıklandığı üzere, vakfın ortaya çıkması için gerekli ikinci öge, vakıf kurucusu veya kurucularının anlaşılabilir açıklıkta, sürekli ve gerçekleştirilmesi olanaklı ve Yasa'ya uygun olarak belirledikleri 'amaç' tır ve bu amacın vakfiyelerinde gösterilmesi zorunludur. İptali istenen kural ile vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde hem bu şartların değiştirilmesi öngörülmekte hem de, vakfedenin iradesine aykırı olmaması şart koşulmaktadır. Bu tür bir ikilem'in mantıken izahının mümkün olamayacağı açıktır.

Bu nedenle, iptali istenen kural, vakfı kuranın istencine değişiklik yapılmasını öngördüğünden yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle hukuki güvenlikten yoksun olduğundan Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan yapılan bu düzenleme tüm vakıfları ve dolayısıyla cemaat vakıflarını da kapsamaktadır. Ancak, Türkiye Devleti, Lozan anlaşmasıyla cemaat vakıflarını tanımayı bu vakıfların o günkü haliyle üstlenmiştir.

Cemaat vakıflarının vakfiyeleri bulunmadığından, bunların vermiş olduğu 1936 tarihli beyannameler vakfiye yerine kaim olmuştur. İptali istenen kural, cemaat vakıflarının bu niteliklerine karşın, amaç ve işlev değişikliği yoluyla sosyal yaşama katılmalarını sağlayan ayrıcalıklı bir düzenleme olduğundan yukarıda (4) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, Lozan Antlaşması'yla Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş ilkelerinin ortaya konulduğu anayasal ilkelerle, mevcut hukuk sistemiyle, Anayasanın ayrıcalıkları yasaklayan 10 uncu maddesiyle ve ayrıca ulusal çıkarlarla ve kamu yararıyla bağdaştırmak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 14 üncü maddesi, Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci, 10 uncu ve 153 üncü maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 25 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 'Uluslararası faaliyet' başlıklı 25 inci maddede;

«Vakıflar; vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla, amaç veya faaliyetleri doğrultusunda, uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında şube ve temsilcilik açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve yurt dışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilirler.

Vakıflar; yurt içi ve yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan ayni ve nakdi bağış ve yardım alabilirler, yurt içi ve yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere ayni ve nakdi bağış ve yardımda bulunabilirler. Nakdi yardımların yurt dışından alınması veya yurt dışına yapılması banka aracılığı ile olur ve sonuç Genel Müdürlüğe bildirilir. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikle düzenlenir».

denilmektedir.

Bu düzenleme ile vakıfların yurt dışı örgütlenme ve faaliyetlerine, mutlak ve sınırsız bir serbesti getirilmektedir. Halbuki Medeni Kanunun getirdiği sitemde, uluslararası faaliyet konusunda dernekler kanunu hükümleri kıyasen uygulanacaktır (madde 117). Bu madde ile Medeni Kanunun 117 nci maddesi hükmü de «uluslararası faaliyetlere ilişkin yaptığı yollama bakımından» yürürlükten kaldırılmış olmaktadır.

Yurt dışında şube ve temsilcilik açabilecek olanlar «vakıflar» olduğuna göre, buna cemaat vakıfları da dahildir. Yani, Türkiye'de kurulu olan cemaat vakıfları, o cemaatin tüm dünyadaki mensuplarını vakıf tüzel kişiliği çerçevesinde örgütleyebilecektir. Türkiye'de kurulu cemaat vakfının, böylesi bir örgütlenme gücüne erişmesi, Türkiye açısından hiç de olumlu sonuçlar doğurmayacaktır. Cemaat esasına dayalı bu tip bir örgütlenme, sınırsız bağış ve yardım alabilme imkânlarıyla birlikte, Türkiye'nin Milli Güvenliği ve sair ulusal çıkarları açısından büyük tehlikedir.

Gerçi, yurt dışında örgütlenme bakımından «senetlerinde yer alma» şartı getirilmekte ve cemaat vakıflarının senetlerinde de böyle bir hüküm olmaması sebebiyle bu vakıfların anılan düzenlemenin kapsamına girmemekte olduğu yönünde bir düşünce akla gelebilirse de, bu sınırlamanın anlamlı ve uygulanabilir bir sınırlama olmaması karşısında, bu düşünce geçersizdir. Çünkü cemaat vakıflarının zaten büyük çoğunluğunun senedi yoktur. Kaldı ki, senedinde böyle hüküm olmayan vakıflar nasıl ki senet değişikliğiyle bu hükmü de senetlerine koydurabilirlerse, cemaat vakıflarının da bu imkândan yoksun bırakılması eşitlik ilkesine aykırı sayılacak ve bu düzenlemenin cemaat vakıflarını kapsaması da sonunda sağlanabilecektir.

İptali istenen kural ile yurt dışı ayni ve nakdi bağış ve yardım alma, benzer amaçlı vakıf ve derneklere ayni ve nakdi yardımda bulunma konusunda ise, herhangi bir ayrım ve kısıtlamaya yer verilmeyerek ne vakfın türü ne de kurucuları yahut yöneticileri bakımından da bir ayrım yapılmaksızın, tüm vakıflar yurt dışından sınırsız bağış alabilme imkânına sahip olmaktadırlar. Nakdi bağış ve yardımların yurt dışından alınması veya yurt dışına yapılmasının banka aracılığı ile olması ve sonuçtan Vakıflar Genel Müdürlüğüne bilgi verilmesinin hiçbir şekilde yeterli bir sınırlama olmadığı açıktır. Çünkü iptali istenen hükümde, yapılacak veya alınacak bağış ve yardımın miktarı, bağış yapan kuruluşun yılda toplam yapacağı bağış miktarı, belli miktarı aşan bağışlar için bir kamu otoritesinin uygun görüşünün aranması gibi süzgeç düzenlemelere yer verilmemiştir.

Diaspora ve lobiler aracılığıyla cemaat vakıflarının, Soros tipi fonlar aracılığıyla da diğer vakıfların büyük güçler elde ederek, Türkiye'nin ulusal güvenliği için büyük tehditler oluşturması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, hiçbir sınır olmaksızın ve hiçbir kamu makamının iznine dayanmaksızın sınırsız bağış alınabilmesi, Türkiye'yi Soros tipi fonların ve Türk düşmanı lobi ve diaspora faaliyetlerinin rahatlıkla faaliyet gösterebileceği uygun hukuksal alan haline getirerek, Ulusal Güvenliğin sürekli riske atılmasına yol açar.

Açıklanan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 25 inci maddesi 'Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez' bir bütün olduğunu belirten Anayasanın Başlangıç Kısmına, aynı prensibi içeren Anayasanın 3 üncü, 5 inci ve 14 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 26 ncı Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenilen 26 ncı maddenin birinci fıkrasında, «Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadî işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler».

denilmektedir.

Görüldüğü üzere İlk fıkra «vakıflar» diyerek başlamaktadır. Bu düzenleme şekli, iki bakımdan uygun değildir. Birincisi, eski vakıfların istisnailik niteliğinin ortadan kaldırılıp, onların olağan vakıflarla aynı hak ve yetkilere sahip kılınmaları, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin çağdaş ve laik hukuki yapısıyla bağdaşmaz. Bir defa, mülhak vakıflar, aile fertlerine nesilden nesile gelir dağıtılması amacına yönelik olarak kurulmuşlardır ki, batı hukukunda «aile fideikomisi» olarak adlandırılan ortaçağ kökenli bu sistem, miras hukuku anlayışla uyuşmayan yapısı sebebiyle çağdaş hukuk düzenlerince benimsenmemiş ve yasaklanmıştır. Aslında bu sistemin, bu vakıfların kurulduğu dönemdeki hukuk düzeni ile de bağdaşmadığı bilinmektedir. Hal böyle iken, tamamen istisnai nitelik taşıyan bu vakıflara ve bu vakıfların bir türü olan ve yine Yunanistan dışındaki batı dünyasında örneği bulunmayan cemaat vakıflarına sürekli gelişme, büyüme ve sanki hukuk düzenine uygun kurumlarmış gibi her türlü hak ve fiil ehliyetine sahip olma olanağı verdiği için, en azından Cumhuriyetin laik niteliği ile bağdaşır değildir. Öte yandan, mal edinme, işletme ' şirket kurma, ortaklık yapma yetkileriyle donatılmış vakıflar, ülkemizde en temel kamu hizmet alanlarına yayılacaklardır. Okullar ile hastaneler, yani eğitim ve sağlık alanı ilk hedefler olacaktır. Bu nedenle İptali istenen kural, yalnızca 'laiklik' ilkesine değil, aynı zamanda 'sosyal devlet' ilkesine de ters düşmektedir.

İkincisi, bu düzenlemeden istifade edebilecek eski vakıflar, sadece cemaat vakıflarıdır. Mülhak vakıfların iktisadi işletme kurma yahut şirketlere katılmaya bünyeleri elverişli değildir. Sadece galle fazlası malı paylaşma nihai amacına göre kurulmuş bu vakıflar bağış da alamazlar. Bu vakıfların uluslararası ilişkileri de söz konusu olamaz. Öyleyse, bu fıkranın yegâne hedefinin, güya eşitlik görüntüsü içerisinde tamamen cemaat vakıflarına Medeni Kanuna tabi vakıflarla aynı hak ve yetkilerin tanınması amacını güttüğü, böylece eski vakıflar arasında cemaat vakıfları lehine kayırmacı sonuçlar doğuracağından Anayasanın 10 uncu maddesindeki 'kanun önünde eşitlik' ilkesine aykırı olduğu gibi cemaat vakıflarına tanınan bu ayrıcalığın yol açacağı tehlikelerin boyutları yukarıda (3) numaralı başlık altında 12 nci maddeye ilişkin açıklamalarımız sırasında izah edildiğinden, tekrara düşmemek için oraya yollama yapılmakla yetinilecektir.

26 ncı maddenin birinci fıkrası, 'karşılıklı olma/mütekabiyet' ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Trakya Müslüman Azınlığı Vakıflarının ve bunların mal varlıklarının yönetimi ve idaresi hususlarını düzenleyen Yunan 1980 tarih ve 1091 sayılı Yasa'sı, mal ve gelirleri vakıf olarak tanımlamakta ve kar amacı gütmeme şartını aramakta iken (m.2), iptali istenen bu kural, cemaat vakıflarına da kar amacı güden işletme ve iştirakler kurma serbestîsi getirmektedir.'

Bu nedenle, 26 ncı maddenin birinci fıkrası, Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan 26 ncı maddenin ikinci fıkrası da, vakıf kurumunun asli niteliğine, vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçimine ve etkinlik alanına uygun düşmediğinden yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 26 ncı maddesinin birinci fıkrası Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci ve 10 uncu maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine; bu maddenin ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

8) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 41 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenilen kural, Vakıflar Genel Müdürlüğünün en süt seviyede karar organı olduğu belirtilen «Vakıflar Meclisi»ne ilişkin düzenlemeyi öngörmektedir.

Yeni Vakıflardan seçilecek üç üye ile Mülhak ve Cemaat Vakıflarından seçilecek birer üyenin de bu kurula alınmasının haklı bir gerekçesi bulunmadığı gibi, Anayasaya uygun da değildir.

Mülhak ve cemaat vakıflarının temsilcilerinin Vakıflar Genel Müdürlüğünün en üst yönetim ve karar organı olan vakıflar meclisinde görev almalarına ilişkin değerlendirmenin; millet ve milletin bölünmez bütünlüğü kavramı açısından 'azınlık' konusuna da yer verilerek yapılmasında isabetli bir sonuca ulaşmak için büyük yarar bulunmaktadır.

Osmanlı devleti, 600 yıl boyunca teokratik bir devlet olarak yaşamıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nde ise din ve devlet ayrılığı esastır. Yani laiklik ilkesi, ülkemizde, cumhuriyet devriminin bir yapıtı olarak belirmiştir. Mülhak ve cemaat vakıfları ise Osmanlı hukuk sisteminden yani teokratik bir düzenden günümüze miras olarak kalmış kurumlardır.

Öncelikle cemaat vakıfları boyutluyla mevcut geçerli hukuki düzenlemeler bağlamında; Türkiye Lozan Anlaşması ile Rum, Ermeni ve Musevi dinsel gruplarını azınlık olarak tanımış, 1925 tarihli Türkiye ' Bulgaristan Dostluk Anlaşması'yla da bir Bulgar azınlığın varlığı kabul edilmiştir. Ancak, bu anlaşma daha çok Bulgaristan'daki Türklerin haklarını korumaya yönelik bir anlaşmadır. Bütün bu gruplar 1926 tarihli Türk Medeni Kanunun kabulüyle kendilerine tanınan haklardan değil, bu yasada eşit bir şekilde tanınan haklardan yararlanır duruma gelmişlerdir.

Lozan Anlaşmasına baktığımızda, anlaşmanın 40 ıncı maddesinde 'Müslüman olmayan azınlıklara mensup olan Türk vatandaşları hem hukuk bakımından hem de uygulamada diğer Türk vatandaşlarına uygulanan aynı muamele ve aynı güvencelerden (garantilerden) yararlanacaklardır. Bunlar özellikle giderleri kendilerine ait olmak üzere her türlü hayır kurumuyla, dinsel ya da sosyal kurumlar, her türlü okullar ve buna benzer öğretim ve eğitim kurumları kurmak, yönetmek ve denetlemek ve buralarda kendi dillerini serbestçe kullanmak ve dini ayinleri serbestçe yapmak konularında eşit hakka sahip olacaklardır', 42 nci maddesinde 'Aynı azınlıkların hali hazırda Türkiye'de bulunan vakıflarına dini ve hayır kurumlarına her türlü kolaylık sağlanacak ve izin verilecektir. Ve Türk Hükümeti yeni dini kurum ve hayır kurumu kurulması için, bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklardan, hiç birini esirgemeyecektir.' ibareleri yer almaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta 40 ıncı madde de yer alan 'eşit hakka sahip olmak' ve 42 nci madde de ise 'bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklar' ibareleridir. Lozan anlaşmasındaki bu ibareler ve buna benzer diğer ibarelere yer verilmesindeki maksat vatandaşlar arasında herhangi bir ayrım yapılmayacağının taahhüt edilmesidir. Osmanlı devletinin teokratik bir devlet olması ve genç cumhuriyetin henüz devrimlere başlamamış olması nedeniyle böyle hükümlerin anlaşmada yer alması gayet normaldir. Çünkü devlet henüz laikleşmemiştir ve anlaşmanın imzalandığı tarihte, teokratik düzen, Osmanlının şer'i hukuk mirasıyla birlikte, kısmen de olsa, yeni cumhuriyette de devam etmektedir. Bu nedenle, vatandaşları arasında eşit muamele edileceğini yönündeki anlaşma hükümleri normal karşılanmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere cemaat vakıfları, 1926 tarihli Türk Medeni Kanunun kabulüyle kendilerine Lozan'da tanınan haklardan değil, bu yasada eşit bir şekilde tanınan haklardan yararlanır duruma gelmişlerdir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 101 inci maddesinde 'Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.' denilmektedir. Görüldüğü üzere Türk Medeni Kanununun 101 inci maddesine göre, belirli bir ırk ve cemaati desteklemek maksadıyla vakıf kurulamaz, bu hüküm bütün yurttaşlar için geçerlidir. Bu aynı zamanda anayasanın 10 uncu maddesinde ifadesini bulan 'kanun önünde eşitlik' prensibinin bir gereğidir.

İptali istenen kural ile vakıflar meclisinde cemaat vakıflarını temsilen bir üyenin cemaat vakıflarının yöneticileri tarafından seçilerek genel müdürün daveti üzerine vakıflar meclisinde görev alacağı ifade edilmektedir.

Lozan Anlaşmasına göre kurulmuş olan cemaat vakıflarının amacının; cemaat mensuplarının, dini, hayri, soysal, eğitsel, sıhhi ve kültürel ihtiyaçlarının karşılanması ile sınırlı olduğunu söyleyebiliriz. Bu vakıflar, gayrimüslim Cemaat üyelerinin, kendi dini teolojisi ile ilgili bir gerekliliğin yerine getirilmesi için kurulan, mesela; ibadet hizmetlerinin yürütülmesi veya cemaat mensuplarına kendi inancına uygun olarak eğitim verilmesi gibi faaliyetler gösteren ve cemaatlerce meydana getirilen dini oluşumlardır.

Cemaat vakıflarının sivil toplumla hiçbir ilgilisi yoktur. Cemaat vakıfları teknik olarak tam anlamıyla da bir vakıf bile değildirler. Bunların kurucusu olmadığı gibi vakfiyeleri de yoktur. Belli bir malın belli bir gayeye tahsisi vardır, anonim olarak kurulmuşlardır. Yukarıda izah edildiği üzere bunlar Osmanlının teokratik yapısına ve mensup bulundukları dinin teolojisine uygun olarak Türk hukuk sisteminin Lozan anlaşmasıyla kabul ettiği bir istisnai kuruluşlardır. Durum böyle olmakla birlikte, Türkiye Cumhuriyetinin temel ilkelerinden biri olan laiklik ilkesi gereğince; din ve mezhep ayrımı yapmayan, din kurallarıyla yönetilmeyen, devlet ve hukuk kurallarını din kurallarından ayıran bir devlet düzeni içerisinde, cemaat vakıflarının temsilcisinin vakıflar meclis içerinde yeri olmadığı açıktır. Sırf bir dinin ya da bir mezhebin mensubu olduğu için cemaat vakıflarında yönetici olanlarca, bir kamu kurumunun en üst karar organı olan vakıflar meclisine cemaat vakıflarını temsilen bir cemaat mensubun seçilmesi, anayasanın laiklik ilkesiyle bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir. Kaldı ki mütekâmil vakıf hukukunun mevcut olduğu gelişmiş ülkelerin hiç birinde böyle bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, iptali istenen kural cemaat vakıflarında yönetim kurullarının seçeceği bir temsilcinin seçimlere iştiraki ile yine seçilecek bir üyenin cemaat vakıflarını, vakıflar meclisinde temsil edecektir öngörülmüştür. Lozan'da gayrimüslim cemaatler azınlık olarak görülmektedir. Rumlar, Ermeniler, Yahudiler ve buna Bulgarları da ilave edecek olursak bunlardan hangisi seçimlere iştirak edeceği ve hangisinin mensubunun vakıflar meclisine seçileceğine ilişkin bir düzenlemeye iptali istenen kuralda yer verilmemiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda [<<](http://www.bahum.gov.tr/BAHUM/scripts/Body.asp%27MevzuatID%3D95315%26MaddeID%3D691141%26Terms%3D~belirlilik~%22%20%5Cl%20%22P0#P0)belirlilik[>>](http://www.bahum.gov.tr/BAHUM/scripts/Body.asp%27MevzuatID%3D95315%26MaddeID%3D691141%26Terms%3D~belirlilik~#P2#P2) ve öngörülebilirlik gerektirir.

Bu durumda, dava konusu kural, belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle bu kural, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Bu belirsizliğe karşın, cemaat vakıflarının yönetim kurullarının bir genel kurul halinde toplanıp vakıflar meclisi üyesini seçecekleri ileri sürülebilirse de, bu durumda da, Rum cemaati lehine bir düzenleme yapılmış olur ki, bunun sebebi de cemaat vakıfları içerisinde Rum vakıflarının diğer cemaat vakıflarına nispeten fazla olmasından kaynaklanmaktadır. Böyle bir uygulama imkânı varsayıldığında, söz konusu düzenlemenin anayasanın 10 uncu maddesine aykırı düşeceği açıktır.

Bilindiği üzere, Anayasanın 10 uncu maddesinde, kanun önünde eşitlik prensibine yer vermiştir. Dinlerden birini devlet olarak tercih fikri, ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Laik devlet din konusunda inancına bakmaksızın yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir.

Mülhak vakıflar boyutuyla konu değerlendirildiğinde, konunun cemaat vakıflarından farklı olmadığını görülecektir. Vakıf, İslam Hukukunun en önemli müesseselerinden biridir. Neticede vakıflar dini öğeler taşıyan kurumlardır. Mülhak Vakıflar, mütevellileri tarafından müstakil olarak, idare edilen ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kontrolüne tabi bulunan vakıflardandır. 2762 sayılı yasada bu vakıfların gelecekte mazbut vakıflar arasına alınması yönünde düzenlemeler mevcuttur. 2762 sayılı yasa başlangıçta, cemaat vakıflarını da mülhak vakıf kapsamında değerlendirerek, bu iki vakıf türünün ileride yöneticisiz kalmaları halinde zamanla mazbutaya alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğünce idare edilmesini bu yöntemle giderek tasfiye edilmesini öngörmektedir.

Cumhuriyetin kurucularını böyle bir yöne sevk eden temel düşünce, vakıfların dini ve sosyal tabanı olan ekonomik bir güç odağı olması ve zamanla bu ekonomik gücün devletle bir çekişme alanı bulabileceği endişesidir. 2762 sayılı kanunla mülhak ve cemaat vakıflarından bir beyanname şeklinde, gelir ' gider durumlarının ve mal varlıklarının listesinin beyan edilmesinin istenmesi, bu vakıflarının ekonomik gücünün ölçülmesi ve değerlendirilmesi için olsa gerektir. Yine bu kapsamda, Osmanlı şer'i hukuk düzeninden bize miras olarak kalmış olan mülhak vakıfların da sivil toplum olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Bu açıdan da iptali istenen kuralın, devletin laik niteliğiyle bağdaşmadığı yadsınamaz.

Vakıflar Meclisine üç adet yeni vakıf temsilcisinin de girmesi, yeni yasada öngörülmektedir. Aslında Cumhuriyet sonrası kurulan bu vakıflar, laikleşmiş kurumlar olmakla birlikte son zamanlarda belirli üst oluşumlar içerisinde bulunmaktadırlar. Vakıflardan oluşan bu üst oluşum yine vakıf olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar bir nevi vakıflardan oluşan bir konfederasyon görünümündedir. Büyük bir ihtimalle, vakıflar meclisine seçilecek olan üç yeni vakıf üyesi, bu üst oluşumlar tarafından belirlenecek ya da belirlenmesinde etkili olabileceklerdir. Bu tür üst oluşumlar belli bir politik düşüncenin çevresinde toplanmış ve aşırı derecede politize olmuş kuruluşlardır. Yeni vakıflarda bulunan bu politik güç, vakıflar meclisinin kararlarının istikametini belirleyebilecek mahiyette olabilecektir. Çünkü vakıflar alanı, çoğu yerde politik gücün yanında sermayedar kesimin hâkim ve güçlü olduğu bir sektörü de ifade etmektedir. Vakıfların, Türk sosyal hayatında etkin olduğu kadar siyasi hayatta da etkili oldukları ve özellikle vakıflardaki üst oluşumların, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen niteliklerini tartışmaya açmak isteyen çeşitli kurumlar tarafından yönlendirildikleri ve fonlandıkları da dikkate alınmayarak 'kamu yararı ilkesi' ne aykırı davranılmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. [<<](http://www.bahum.gov.tr/BAHUM/scripts/Body.asp%27MevzuatID%3D101660%26MaddeID%3D761230%26Terms%3D~yasalar%C4%B1n%20kamu%20yarar%C4%B1na%20dayanmas%C4%B1~%22%20%5Cl%20%22P0#P0)Yasaların kamu yararına dayanması[>>](http://www.bahum.gov.tr/BAHUM/scripts/Body.asp%27MevzuatID%3D101660%26MaddeID%3D761230%26Terms%3D~yasalar%C4%B1n%20kamu%20yarar%C4%B1na%20dayanmas%C4%B1~#P2#P2)gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır.

Öte yandan, Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevlerin siyasi iktidarların değişimiyle kesintiye uğramasının önünde ciddi bir engel, bu görevleri yürüten memur ve diğer kamu görevlilerinin, iktidarda bulunan siyasi parti veya partilerin siyasal tercihlerinden bağımsız kalmalarının güvencesi işlevini taşımaktadır.

Anayasa, 'genel idare esasları' nın neler olduğunu ayrıca belirlememiş, Türk idare hukukuna yollamada bulunmuştur. İdare, Türk hukuk mevzuatında, her şeyden önce, kamu kudretini kullanan bir varlıktır. İdare, hukukî ve teknik bir nitelik taşıyarak, devletin kendine özgü amacına ulaşmak yolunda yaptığı çalışmaların tümüdür. İdare hukuku, idareye uygulanan özelliği ve özerkliği bulunan bir hukuktur. Bu özerklik, diğer hukuk kurallarına bağlı olmaması ile kendini gösterir. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmekte, memurlarla diğer kamu görevlilerinin hizmet koşulları, nitelikleri, atanma ve yetiştirilmeleri, ilerleme ve yükselmeleri, ödev, hak, yükümlülük ve sorumlulukları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri tümüyle idare hukukunun düzenleme alanına girmektedir. İdare hukukunda memur ve kamu görevlileri yönünden 'liyakat ilkesi' ile 'kariyer ilkesi' iki temel ilkedir. Liyakat ilkesine göre uzmanlaşma asıldır. Çünkü liyakat, hizmetin en iyi biçimde görülmesini sağlayan niteliklerin tümünü içerir. Bu ilke, kamu hizmetlerinde ve kamu kuruluşlarında göreve alınacak personelin atanmasından, görevden çıkarmaya değin tüm hizmet ve koşullarda ehliyet esas alır. Ayrıcalığa ve keyfî takdire yer vermeyen bu ilke, hukuk devleti ilkesinin, siyasal ve sosyal haklar düzeninin bir sonucudur. Kariyer ilkesi ise, görevlinin deneyim ve beceri kazanarak ilerlemesi olup, bir anlamda uzmanlaşma, bir anlamda da birbirine bağlı iş ve hizmetler serisidir. Kamu personelinin, belirli statülerde sınıflandırılmış uzmanlık grupları durumunda sürekli çalışarak ve yetişerek, idari hiyerarşide yükselme koşuluyla kamu hizmetlerini görmesidir. Hizmet süresi ve liyakata yer veren kariyer sisteminde, sınıflar içerisinde dereceler, kademeler ve hiyerarşi bağı zorunlu olup ilerleme ve yükselme koşut bir ücret uygulaması yapılır. Anayasanın 128 inci maddesinin gerekçesi de bu doğrultudadır. Görülmektedir ki, kamu görevlisinin statüsü, kamu hizmetinin amacına uygun olarak idare hukuku ilkeleri çerçevesinde düzenlenen bir statüdür. Kamu görevlisi, idare hukukunun öngördüğü, idare hukuku ölçütlerine uygun olarak kamu hizmetini yürütebilecek yeterliğe ve niteliğe sahip olmak zorundadır. Yükselmesi de, idare hukukunca geçerli deneyimi kazanmasına bağlıdır. Yasa'nın iptali istenen 41 inci maddesinin ikinci fıkrası ile kamu hizmetine, idareye tamamen yabancı birisinin, kamu hizmeti üreten bir kuruluşun aslî ve sürekli bir görev niteliğindeki vakıflar meclisine atanması sağlanmaktadır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, en üst karar organı olan bu Meclis aracılığıyla düzenleme ve denetleme faaliyetlerinin esaslarını oluşturma işlemlerini yapmaktadır. Denetim, kamu düzeninin sağlanmasına yönelik bir kamu faaliyetidir ve Devlet olmanın vazgeçilemez asli işlevi işte bu kamu düzeninin sağlanması faaliyetidir.

Bu asli Devlet faaliyeti, Anayasamızın 128 inci maddesine göre, asli ve sürekli bu kamu görevi, Genel İdare Esaslarına göre memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmek zorundadır. Bu sebeple, kamusal kararlar alan Vakıflar Meclisine kamu görevlisi olmayan kişilerin karar verici sıfatıyla alınmaları Anayasanın 128 inci maddesiyle çelişmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 128 inci maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

9) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 68 inci Maddesinin 'Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla' Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

Yasa'nın iptali istenen tümceyi de içeren 68 inci maddesinde,

'Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, I. Hukuk Müşaviri ile Bölge Müdürü ortak kararnameyle, Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla, diğer personel ise Genel Müdür tarafından atanır.',

düzenlemesine yer verilmiştir.

İptali istenen tümce ile Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı'nın, Vakıflar Genel Müdürü'nün önerisi üzerine Başbakan'ın ya da görevlendirdiği Devlet Bakanı'nın onayıyla atanması öngörülmüştür.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 35 inci maddesindeki düzenlemeye göre, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Başbakanlığa bağlı bir kamu tüzelkişisidir.

Bu Yasa'nın 79 uncu maddesinin (b) fıkrasının 4 üncü ve 5 inci bentleriyle, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'na ekli II sayılı 'Ek Gösterge Cetveli' nin, 'II ' Yargı Kuruluşları, Bağlı ve İlgili Kuruluşlar ile Yüksek Öğretim Kuruluşlarında' başlıklı bölümüne ve (IV) sayılı 'Makam Tazminatı Cetveli' nin 5. sırasının (e) bendinin sonuna 'Vakıflar Genel Müdürlüğü Rehberlik ve Teftiş Başkanı' eklenmiş; böylece Vakıflar Genel Müdürlüğü Rehberlik ve Teftiş Başkanı'nın ek göstergesi 3600, makam tazminatı göstergesi ise 3000 olarak saptanmıştır.

Bu durum, Rehberlik ve Teftiş Başkanı'nın bürokratik hiyerarşide genel müdür yardımcısı ve üstü düzeyde düşünüldüğünü göstermektedir. Buna karşılık incelenen Yasa'da, sözü edilen kadroya yapılan atamada Cumhurbaşkanı'nın imzasını gerektirmeyen bir yöntem getirilmektedir.

Aynı yöndeki düzenlemeleri nedeniyle, 5394 sayılı 'Türkiye İstatistik Kanunu' nun 56 ncı maddesinin birinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.2005 günlü, E.2005/143, K.2005/99 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin kararında,

'Yasa'nın 56 ncı maddesinin dava konusu birinci fıkrasında, Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığındaki Birinci Hukuk Müşaviri hariç olmak üzere tüm atamaların Başkan tarafından yapılacağı belirtildiğinden, Kurum'da, Birinci Hukuk Müşaviri dışında Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları, İstatistik Müşaviri, Hukuk Müşaviri, Bölge Müdürleri ile diğer görevliler Başkan tarafından atanacaktır.

Anayasanın 8 inci maddesinde 'Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.' denilmekte, 104 üncü maddesinde de 'kararnameleri imzalamak' Cumhurbaşkanı'nın yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. Anayasanın 104 üncü maddesinde sözü edilen 'kararnameler', Kanun Hükmünde Kararnameler ile Bakanlar Kurulu'nun çeşitli kararnamelerinin yanında üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek kararnameleri de kapsamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca yerine getirileceğinden, söz konusu kararnamelerin hukuksal geçerliği için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir.

Buna göre, kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması Anayasal zorunluluktur.'

yargısına varılmıştır.

Bu nedenle, üst düzey yönetici olarak düzenlenen 'Rehberlik ve Teftiş Başkanı' nın, ortak kararname yerine Genel Müdür'ün önerisi üzerine Başbakan'ın ya da görevlendirdiği Devlet Bakanı'nın onayıyla atanmasını öngören 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 68 inci maddesinin iptali istenen tümcesi, Anayasanın 8 inci, 104 üncü ve 105 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Gerekçe bölümünde belirtildiği üzere ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan, uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracı olan karşılıklı olma ilkesine aykırı düşen, Devlet'in Lozan'da üstlenmediği hakları gayrımüslüm cemaatlere tanıyan ve Devlet'i nefsi müdafaa tedbirlerini almaktan yoksun bırakan iptali istenen kuralların uygulanması halinde, sonradan giderilmesi mümkün olmayacak zararların doğabileceği izahtan varestedir.

Diğer taraftan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerin de durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Arz ve izah olunan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun;

1) 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

2) 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının, Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

3) 11 inci maddesinin son cümlesi, Anayasanın 125 inci, 153 üncü ve 155 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 12 nci maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının, Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci, 10 uncu ve 153 üncü maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

5) 14 üncü maddesi, Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci, 10 uncu ve 153 üncü maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

6) 25 inci maddesinin, Anayasanın Başlangıç Kısmına, 3 üncü, 5 inci ve 14 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

7) 26 ncı maddesinin;

' birinci fıkrasının, Anayasanın Başlangıç Kısmına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci ve 10 uncu maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

' ikinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

8) 41 inci maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 128 inci maddesine aykırı olduğundan,

9) 68 inci maddesinin 'Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla' tümcesinin, Anayasanın 8 inci, 104 üncü ve 105 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğmasının önlenmesi için iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulmasına karar verilmesine ilişkin talebimizi saygı ile arz ederiz.'"