

DERNEK VE VAKIF KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Prof.Dr.Aydın Aybay

Prof.Dr.Rona Aybay

İstanbul, 1991

DERNEK VE VAKIF KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Prof.Dr.Aydın Aybay

Prof.Dr.Rona Aybay

I. GİRİŞ

Dernek ve vakıf kurumları, kökleri çok eski zamanlara kadar uzanan, kültür, hayır, dayanışma örgütleridir. Amaç yönünden birbirine oldukça benzeyen bu iki kurumun ortak nitelikleri şudur: Bireyler, tek başına gerçekleştiremeyecekleri ideal amaçları uzun erimli olarak gerçekleştirmek için, örgütlenmek ihtiyacını duyabilirler. Bu örgütlenme, kişilerin biraraya gelerek belli bir güç oluşturmaları biçiminde ise, buna "dernek (cemiyet)" denir. Buna karşılık örgütlenme, belli bir malvarlığının belli bir amacın gerçekleşmesine sürekli olarak özgülenmesine (tahsisine) dayanıyorsa burada bir "vakıf"tan söz edilir.

Her iki örgütlenme biçimi de, birey için bir temel hak'tır. Çoğulcu demokratik sistemlerde bu hak, bir "kamu özgürlüğü" sayılır ve kural olarak Anayasa'da bireyin vazgeçilmez temel hakları arasında düzenlenir. Batı'daki tarihsel gelişmede devlet, dernek şeklindeki örgütlenmeye uzun zaman kuşku ile bakmıştır. Bunun bir temel hak olarak kabulü, yeni çağlarda olmuştur. Türkiye'de de dernekleşmenin meşru bir örgütlenme biçimi sayılması ancak 80-100 yıllık bir geçmişe sahiptir. Buna karşılık vakıf kurumu gerek Batıda, gerekse Doğuda, çok eski zamanlardan beri makbul görülen, hatta teşvik edilen bir örgütlenmedir.

Türkiye'de dernek kurma özgürlüğünün açıkca kabul edildiği ilk anayasa hükmü, 1924 Anayasasının (Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun) 70. maddesidir. "Türklerin Hukuku Ammesi" başlığını taşıyan Beşinci Fesil'da yer alan bu maddede, "... içtima, cemiyet, şirket hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır" denilmektedir. 1961 Anayasasında da, 29 maddede "Herkes önceden izin almaksızın

dernek kurma hakkına sahiptir" denilerek dernek kurma hak ve özgürlüğüne yer verilmiş, maddenin diğer bölümlerinde de bu konudaki sınırlama ve güvenceler düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının 33. maddesi de, önceki anayasanın (1961) 29. maddesinin ilk cümlesini aynen tekrarlamış, bunun ardından da, bu özgürlüğün sınırlanması ile ilgili ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Bu maddede, ayrıca, "Bu madde hükmü vakıflara ve bu nitelikteki kuruluşlara da uygulanır" denerek, Türkiye'de, ilk kez, anayasal düzeyde vakıf kurumundan söz edilmiştir. Maddenin başlığına göre, bu hükümle, Anayasanın, "dernek kurma" özgürlüğü gibi vakıf kurmayı da bir "temel hak" olarak kabul ettiği sonucu çıkarılabilir.

II. DERNEK KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ

1) Dernek, en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında (ideal) bir ortak bir amaçla bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirerek oluşturdukları tüzel kişiliktir (2908 sayılı Dernekler K.m.1). Bu tanıma göre bir dernek, "çok sayıda kişi", "ideal bir amaç" ve bunun gerçekleşmesine yönelik "örgütlenme" öğelerinin biraraya gelmesi ile oluşur. Bu yoldan meydana gelen örgüt (organizasyon), onu oluşturan kişilerden ayrı bir hukuksal varlık, bir "tüzel kişilik"tir. Dernek'te, "gerçek kişiler topluluğu" olma niteliği baskındır; "mal" (malvarlığı) ögesi ikincil önem taşır. Bu yanı ile dernek, öteki kişi birlikleri olan "sendikalar" ve "siyasal partiler"e benzer. Buna karşılık dernekler, yine bir "kişiler topluluğu" olan "şirketler"den, amaçlarının ideal olması ile ayrılırlar. Şirketlerde "mal" ve kar öğeleri ile "kazanc paylaşma" amacı baskındır.

Dernekler'de ortak amaç, tüzel kişiliği kuran ve katılanların izledikleri ideal amaçtır. Bu, yardımlaşma, dayanışma gibi sosyal yönü ağır basan bir amaç olabileceği gibi, kültür, sanat, eğlence gibi etkinlikleri içeren bir amaç da olabilir.

2) Anayasa'nın yukarda andığımız 33. maddesi, "herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahip" olduğunu belirtmesine karşın, bu konuda çok önemli sayılacak ölçüde sınırlamalar, koşullar ve yasaklamalar vardır. Düşünce, düşünceyi açıklama ve kişiliği geliştirme özgürlüklerinin en önemli araçlarından biri olan "örgütlenme" hakkını aşırı derece sınırlayan düzenlemelerin temel dayanağı yine Anayasa'nın 33. maddesidir. Bu maddede, önce, derneklerin "13. maddedeki genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri" belirtilmiştir. Yollama yapılan A.Y.nın 13. maddesinde, "genel asayiş", "milli güvenlik", "kamu düzeni", "genel ahlak", "genel sağlık" gibi, içerikleri tam olarak belli olmayan birtakım kaypak kavramlar yer almaktadır. Bundan başka yine 33. maddede derneklerin "siyasi partilerden destek göremeyecekleri ve onlara destek olamayacakları", "sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemeyecekleri" belirtilmiştir.

Dernekler Yasası ve diğer mevzuat'la getirilen sınırlayıcı ve yasaklayıcı düzenlemeler de gözönünde tutulursa, bireylerin temel hakları arasında sayılan dernek kurma özgürlüğünün ancak iyice daraltılmış bir alanda geçerli olacağı anlaşılır.

Bu konudaki sınırlamalar ve yasakları incelerken, gerek Anayasadaki gerekse diğer yasalardaki hükümlerin yalnız "dernek kurma özgürlüğü" ile değil, kurulmuş bir derneğin faaliyet ve çalışmaları ile de ilgili olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan özgürlük ve kısıtlamaları sadece dernek kurma hakkı açısından değil, daha genel bir açıdan, "dernek özgürlüğü" açısından ele almak gerekir. Aşağıda değineceğimiz gibi, vakıf'lar yönünden de durum böyledir.

3) Dernek kurma hakkı açısından ilk sorun, bu hakka kimlerin sahip olduğu sorunudur. Anayasada "herkesin" bu hakka "sahip olduğu" söyleniyor ise de, burada sözkonusu olan "hak yeteneği"

(ehliyeti)"dir. Buna karşılık kuruluş işlemini yapmak ya da bu işleme katılabilmek için, bu hakkı "kullanma yeteneği"ne de sahip olmak şarttır. Bu yetenek, genel "eylem yeteneği"nden farklı olarak, dernek kurma hakkı bakımından olumlu ve olumsuz birtakım koşullara bağlanmıştır. Bunları kısaca şöyle sıralayabiliriz:

A) Yasaya göre (Dern. K.m.4) dernek kurucusunun genel "eylem yeteneğine" sahip olması yetmez; ayrıca 18 yaşını doldurmuş olması gerekir. Buna göre, evlenme ile ergin (reşit) olmuş ya da yargısal kararlar ile ergin kılınmış kişiler, 18 yaşlarını dolduruncaya kadar dernek kuramazlar ve derneğe üye olamazlar.

B) Dernek kurma işleminin geçerli olması, bu işleme en az 7 kişinin katılması koşuluna bağlıdır. (Dern.K.m.1). Bu "en az sayı" yönünden yasada, Dernek Genel Kurulu toplantıları için öngörülen "en az üyenin katılımı" koşulunu (Dern.K.m.22) da gözönünde tutmak gerekir. Bu durumda bir derneğin "yaşamaları" için, dernek üye sayısının 16'dan az olmaması zorunlu olmaktadır.

C) Dernek kurma yeteneğine sahip oldukları halde, bazı kişilerin bu hakkı kullanamayacakları öngörülmüştür (Dern.K.m.4). Genel olarak kamu hizmetlileri ile özel okul öğretmenleri dernek kuramazlar. Ortaöğretimdeki öğrencilerin de dernek kurmaları yasaktır. Yükseköğrenim öğrencilerinin dernek kurması veya derneğe üye olmaları için kurumlarının başkanından izin almaları gerekir.

Yasaya göre, belli suçlardan hüküm giymiş olanlar da (affa uğramış olsalar bile) dernek kurma ve derneğe üye olma hakkından yoksundurlar. Yabancıların Türkiye'de dernek kurma hakkına sahip olup olmadıkları belirsizdir. (Buna karşılık Türkiye'de ikamet etme hakkına sahip yabancıların derneğe üye olmaları mümkündür).

Bu açıklamalar dernek kurma yeteneği yönünden mevcut sınırlamaların, dernek kurma özgürlüğünü önemli derecede kısıtladığını göstermektedir.

4) Medeni Kanunda, amaçları "kanuna ve ahlaka" aykırı olan derneklerin tüzel kişilik kazanamayacakları (MK.m.45/II) belirtilmiştir. Bu hükmün uygulama alanını belirleyen (ve genişleten) başlıca kurallar Dernekler Kanununun 5. maddesinde yer almaktadır. 13 bentten oluşan maddede, bir kısmı dernek kurma özgürlüğünün kullanılmasını anlamsız hale getiren ("kamu yararına aykırı faaliyette bulunma" gibi) hükümler de vardır. Demokratik ortamın oluşmasında ve gelişmesinde çok önemli katkılar sağlayacak derneklerin kurulmasını ve faaliyetini bu derece önleyen veya kısıtlayan hükümlerin varlığı, "herkesin dernek kurma hakkına sahip olduğu" şeklindeki temel kuralla çelişmektedir. Bunun yanı sıra derneklerin uluslararası bağlantıları açısından konulan yasaklar da (Dern.K.m.7), uluslararası ilişkilerin ve iletişimin çağdaş yapısına aykırı düzenlemelerdir.

5) Derneklerin tüzel kişilik kazanmaları hakkında ileri sürülen kuramlar yönünden, dernek kuruluşu "izin sistemi", "kayıt ve tescil sistemi", "serbestlik sistemi" gibi birtakım esaslara dayanır. Demokratik yapıda olmayan ülkelerde, genellikle, "izin" sistemi geçerlidir. Buna karşılık demokratik düzenlerde derneklerin kuruluşu serbestlik esasına bağlıdır. Bizim Anayasamızda ve Dernekler Yasasında da "önceden izin alınmaksızın" dernek kurulacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte "bildirim" koşulu nedeniyle (özellikle bu koşulun yetkili makamlarca yorumlanma şekli yönünden) bizde serbestlik sisteminin tam olarak işlediği kuşkuludur. Özellikle dernek kurma özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayıcı yasa hükümleri karşısında "bildirim"i izleyen aşamadaki işlemlerin cereyan tarzı, "serbestlik ilkesi"nin gerçekleşmesini zorlaştırmaktadır.

6) Kuruluş işlemi, kurucuların hazırlayacakları derneğin oluşumuna ve çalışmalarına ilişkin kuralları belirten "tüzük"ü, "kuruluş bildirisi"ne ekleyerek "mahallin en büyük mülki amirine" vermeleriyle başlar. Birden çok ilde faaliyet gösterecekse dernek tüzüğü İçişleri Bakanlığına gönderilir.

Tüzük, derneğin "amacı" ve "örgütlenme"si ile ilgili temel hükümleri içerir. Bunun neleri içereceği yasada (Dern.K.m.8) gösterilmiştir. Tüzük ve kuruluş bildirisi, tevdi edilen makamca incelenir ve inceleme sonucu derneğe yazı ile duyurulur. Tüzüğün yasaya uygun olduğu kabul edilmişse, dernek, Emniyet Müdürlüğüne tutulan "Dernekler Kütüğü"ne kaydedilir. Bu işlemler biçimsel ve bürokratik birtakım işlemler gibi gözüküyorsa da, pratikte, birçok zorluklara ve gecikmelere neden olan işlemlerdir. Uygulamada, dernek kurucularını tüzüğe, içlerine sinmeyen eklemeler yapmak veya kimi amaçlardan ve etkinliklerden vazgeçmek zorunda bırakan bu işlemlerin basitleştirilmesi gerekmektedir. Derneklerin federasyon ve konfederasyon şeklinde örgütlenmeleri kabul edilmiştir. Buna karşılık, dernekler arasında, bunların dışında bir örgütlenme yasayla yasaklanmıştır.

7) Derneklerin kuruluşu, kurucuların ehliyet ve nitelikleri ile dernek amaç ve konuları yönünden mevcut yasal sınırlamalar dışında, kuruluşunu tamamlamış bir derneğin "faaliyet ve çalışmaları" bakımından da çok önemli yasal sınırlamalar vardır. Derneklerin "bildiri yayınlamaları" bile bir çok kısıtlamaya bağlanmıştır. Derneklerin kuracağı "tesisler" için izin zorunluluğu getirilmiştir. Öğrenci derneklerinin kurulması ve faaliyet alanları hakkın özünü ortadan kaldırmaya yönelik biçimde sınırlandırılmıştır.

"Denetim"le ilgili ayrıntılı düzenleme karşısında, yasakoyucunun dernek kurma ve işletme özgürlüğü bakımından konuya "iyi gözle bakmadığı", dernek kurma ve yaşatma girişimlerini zorlaştırmayı yeğlediği söylenebilir.

8) Dernek tüzel kişiliğinin sona ermesi, kural olarak, iki yoldan gerçekleşir: Dernek ya kendi kendine dağılma kararı verir, ya da belli nedenlerle mahkeme kararı ile dağıtılır. Birinci halde, derneğin genel kurulu, sona erme kararının gerektirdiği çoğunlukla toplanıp karar vererek, derneğin varlığını sona erdirir. Bu işlem de, dernek kurma özgürlüğünün bir uzantısı sayılabilir: Dernek yaşamında egemen olan bireyler, yasal çoğunluk sağlayarak, bu "kişiliğe" son verebilirler. Yasa, böyle bir karar olmasa da, kuruluş amaç ve şartlarını yitirdiği, acze düştüğü ya da yönetim organının kurulmasına olanak kalmadığı hallerde, derneğin "kendiliğinden dağılmış sayılacağını" öngörmüştür. Bu tür dağılmalar mülki amirin kararıyla saptanır.

Derneğin varlığının mahkeme kararıyla sona ermesi ise, yasada öngörülen hallerde, açılacak "fesih davası" ile gerçekleşir: Bu dava Cumhuriyet Savcılığınca açılır. Yasaya aykırılık saptanırsa, yargıç derneğin dağılmasına (feshine) karar verir. Bunun yanı sıra, belli nedenlerle valiliklerin, derneğin faaliyetten alakoyma" yetkileri vardır. Geçici bir önlem niteliğinde olan bu kararın ardından, valiliğin, düzenlediği dosyayı en kısa zamanda C. Savcılığına göndermesi zorunludur.

Mahkeme kararıyla dağıtma ve idari kararlar faaliyetten alıkoyma şeklindeki uygulamalar, bunlara dayanak oluşturacak kurallarda yer alan nedenlerin bir çoğu belirsiz ve kaypak kavramlara dayandığından, "dernek kurma ve yaşatma" özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan işlemlerdir. "Yapılması gereken yasa" (Anayasa'nın bu özgürlüğü düzenleyen hükmü dahil) yönünden, mevcut mevzuatı, özgürlük temeli ile bağdaştırmayan bu sınırlama ve yasaklamalardan arındırmak demokratik bir zorunluluktur.

III- VAKIF KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ

1) "Vakıf", yasadaki tanımla "başlıbaşına mevcudiyeti haiz olmak üzere, bir gayeye tahsisidir" (Medeni kanun m.73). Başarılı bir tanım olmamakla birlikte, burada, öğelere ilişkin ipuçları vardır: gaye (amaç), mal ve tahsis (örgüleme). Bu öğelerin biraraya gelmesiyle, bağımsız bir tüzel kişiliğin oluşması sözkonusudur. Bir, gerçek ya da tüzel kişi, gerçekleşmesini istediği bir amacı belirleyerek, belli bir malvarlığını bu amacın gerçekleşmesine tahsis eder ve böylece bağımsız bir tüzel kişilik meydana getirir. Burada, dernekler, ortaklıklar ya da sendika veya siyasal partiler gibi, insan ögesinin ağır bastığı "kişi birliği" şeklinde bir kurum değil, mal (malvarlığı) ögesinin ağırlığı olan bir kuruluş vardır. Amaç, genellikle, toplumsal nitelikli yardım, dayanışma ya da belirli bir hizmetin görülmesidir. Bireyler, bu kurum aracılığıyla, kendi yaşamlarıyla sınırlı olmayan, kalıcı ve zamana, dayanıklı "hayır kurumları" oluşturma olanağına kavuşurlar.

2) Anayasada "Dernek Kurma Hürriyeti" başlığını taşıyan maddede, "Bu madde hükmü vakıflara ve bu nitelikteki kuruluşlara da uygulanır" denilmektedir (m.33, son fıkra). Bu hükümden, vakıf kurma özgürlüğünün kişinin "temel hakları" arasında sayıldığı sonucu çıkmaktadır. Yalnız burada hemen belirtilmesi gereken iki nokta vardır: Birincisi, bu özgürlüğün, sadece "vakıf kurma hakkı"ndan ibaret olmadığıdır. Kurma hakkının (ya da özgürlüğünün) yanı sıra, "amaç belirleme" ve bu amacın gerçekleşmesine yetecek "malvarlığının ne olduğunu belirtme" hakkı da vakfedene ait olmalıdır.

Nihayet, tüzel kişilik oluşturacak vakıfın "nasıl yönetileceği" de yine vakfı kuran kişi tarafından belirlenir. Bu nedenlere, ("dernek kurma hürriyeti" için de geçerli olduğu gibi), burada da vakıf kurma özgürlüğünden değil, "vakıf özgürlüğünden" söz etmek daha doğru olur. Vakıf özgürlüğü, vakfı kurmanın

yanısına amacını, işleyişini ve yönetim biçimini belirleme öğelerini de içerir. İkinci nokta ise şudur: Anayasada dernek kurma özgürlüğüne ilişkin hükmün vakıflara da uygulanacağı öngörüldüğüne göre derneklerle ilgili sınırlayan kurallar, ancak anayasada belirlenen çerçevede vakıflar için geçerli olabilir. Bu çerçeveyi aşan sınırlamalar, anayasaya aykırı olur.

3- "Vakıf özgürlüğü" ya da "vakıf kurma özgürlüğü" kişinin "temel hakları" arasında yer almakla birlikte, bu konuda, bütün hukuksal işlemler için geçerli olan "medeni hakları kullanma ehliyeti" (eylem yeteneği) en önemli sınırı belirler. Vakıf kurma hakkının kullanılması, bu konuda yapılacak bir "hukuksal işlem"le gerçekleşir. Şu halde, bu tür işlemlerin yapılması için öngörülmüş genel "ehliyet" (yetenek) koşulu, vakıf kurma işlemi için de aranacaktır. Yasaya göre (MK.m. 74) vakıf ya bir "resmi senetle" ya da "vasiyet yoluyla" kurulur. Resmi senetle kuruluş, hukukta, "sağlararası işlem" yahut "sağlıkta hüküm doğuran işlem" denilen hukuksal işlemle gerçekleşir. Bunun için aranan ehliyet koşulu MK.m.10'da belirtilmiştir. Buna göre, "küçükler", "kısıtlılar" ve "ayırtım gücünden yoksun olanlar" vakıf kuramazlar. Onlar adına yasal temsilcileri (veli, vasi) de vakıf kurma işlemi yapamazlar (MK.m. 392). Buna karşılık 15 yaşını bitiren küçüğün ya da kısıtlının (ayırtım gücü olmak kaydıyla) vasiyet yoluyla vakıf kurmasına olanak vardır (MK.m.449 bkz.).

Tüzel kişiler'e gelince: Dernekler ve Ticaret Ortakları'nın, statüleri elverişli olmak kaydıyla ya da genel kurullarında alacakları karara dayanarak vakıf kurabilecekleri kabul edilmektedir. Sendikaların "sosyal ve kültürel maksatlar için" vakıf kurabilecekleri kendi yasalarında belirtilmiştir. Sermaye şirketlerinin "çalışanlara ve işçilere yardım vakıfları" kurabilecekleri de yasa'da ayrıca öngörülmüştür (TTK.m.468,469). Buna karşılık vakıfların vakıf kurma ehliyeti yoktur. Kamu tüzel kişilerinin özel hukuk alanında çalışacak vakıfları kurma ehliyeti (yeteneği) olmaması gerekir. Yargıtay, örneğin belediyelerin bu

yeteneğe sahip olmadıklarını karar bağlamıştır. Buna karşılık, özel bir yasa hükmüne dayandığı takdirde, kamu kuruluşlarının kamusal nitelikli vakıflar kurmasına olanak vardır.

4- Vakıf kurma işlemi "şekle tabi" bir hukuksal işlemdir. Noterlikçe düzenlenecek bir "resmi senet" ya da yasadaki biçim koşullarına uyan bir "vasiyetname" olmadıkça vakıf kurulamaz. Bunu, bir özgürlük sınırlaması olarak kabul etmek doğru olmaz. Buna karşılık, vakfın kuruluşunu "tescil"e, tescili de bir "mahkeme kararına" bağlayan (Bkz.MK.m.74) sistemin bu özgürlüğü sınırlayıp sınırlamadığı sorulabilir. Burada bir izin ya da müsadese değil, sadece yasal koşullara uyulup uyulmadığının yargı eliyle denetlenmesi sözkonusu olduğundan, tescil sistemini de özgürlük sınırlaması olarak kabul etmemek gerekir. Gerçekten, tescil sisteminde mahkemenin işlevi sadece denetimdir. Amaç, ehliyet, örgütlenme ve malvarlığı tahsisi yönlerinden yasal gereklerin gerçekleşmiş olması halinde mahkemenin kuruluş istemini red yetkisi yoktur. Ancak, uygulamada, tescil istemiyle kendisine başvurulmuş mahkemelerin, bazen, yapılması gereken inceleme ve denetimin yasal sınırlarını aşip, valiliğe (sıkıyönetim dönemlerin de sıkıyönetim komutanlığına) savcılığa, Vakıflar Genel Müdürlüğüne yazılar yazarak; bu makamların "olur"unu almadan tescil kararı vermedikleri görülmektedir. Bu ise, mahkemenin yargı kararını, yönetsel makamların takdirine bağlamak demektir ki, yasanın özüne de sözüne de aykırı bir durumdur. Mahkemece verilecek tescil kararlarına karşı Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün, tescil isteminin reddine ilişkin kararlarına karşı da istem sahibinin Yargıtay yoluna başvurma hakkı vardır (Bkz.MK.m.74).

5- Vakıf kurma özgürlüğü bakımından üzerinde durulması gereken bir nokta da, vakfı kimlerin kuracağıdır. Yukarıda değindiğimiz gibi, bunu, birey (gerçek kişi) açısından olsun, tüzel kişiler yönünden olsun, "ehliyet" koşuluna (medeni hakları kullanma ehliyeti) bağlanmış görüyoruz. Şu halde belli bir amaçı gerçekleştirmek için belli bir malvarlığı tahsisi suretiyle

bir vakıf kurmak isteyen birey ya da tüzel kişi bunu tek başına gerçekleştirebilir. Şekil ve tescil koşullarına uyarak tek bir kimsenin vakıf kurmasına engel yoktur. Hatta bu, vakıf kurumunun oluşmasının doğal biçimidir. Buna karşılık, özellikle son onbeş-yirmi yılı içinde bizde gözlemlendiği gibi, vakfın, birden çok kişinin katılmasıyla yapılan bir işlemle kurulmasına da engel yoktur.

Bu durum bizde, başka ülkelerde görülmeyen ölçüde, "çok kuruculu" vakıfların oluşmasına yolaçmıştır. Aslında bunu "anormal" bir oluşum saymak gerekir: Aynı amacın gerçekleşmesi için biraraya gelen kişilerin, ortak amaçlarını gerçekleştirecek böyle bir kurum kurmak istemeleri doğaldır. Doğal olmayan husus şudur: Vakfı, kişi birliklerinden (dernek, ortaklık, sendika) ayıran özellik bu birliklerin kurucularına ya da mensuplarına (üyelere, ortaklara) ait olması, vakfın ise bizzat kendisine ait bulunmasıdır. Bunun sonucu da, vakıfta "üyelik", "ortaklık" gibi öğelerin olmamasıdır. İşte, bizde sözünü ettiğimiz gelişme, bu temel esasa uygun düşmeyen bir çizgi izlemektedir. Vakıf, kişiliği malvarlığı ile belirlenen bir kurum olmaktan çıkıp, mal ve kişi "karması" bir örgütlenme biçimine sokulmakta "vakıf üyeliği" gibi hukuk tekniği açısından kabul edilemez garip deyimler ortaya çıkmaktadır.

6- "Vakıf özgürlüğü" ya da "vakıf kurma özgürlüğü"nın temelinde, "irade serbestliği" ya da "tasarruf özgürlüğü" ilkesi vardır. Bu ilke, hukuk subjelerinin kendi yaşam ilişkilerini kendi istencilerine göre hukuksal işlemle biçimlendirme esasına dayanır. Sözleşme serbestliği, vasiyet serbestliği, dernek ya da ortaklık kurma serbestliği hep bundan kaynaklanır. Vakıf kurma serbestliği de bunlar arasındadır: Birey, kendi istencine göre vakıf kurma hakkına sahiptir ve bu hakkı kullanmak isterse, yasal koşullara uyduğu takdirde, buna engel olunamaz. Şu halde, malvarlığı tahsis suretiyle vakıf kurmak istenci, hukuken "tanına" ya da "sonuç doğurması kabul edilen" bir istençtir. Bu yönüyle, Anayasa da i-

şaret edildiği gibi (m.33, son fıkra) temel haklardan biridir.

Bu hakkı ya da özgürlüğü sınırlayan hükümler herşeyden önce vakıf kuranın istencinin (iradesinin) içeriği ile ilgilidir. Yukarıda değindiğimiz gibi, gerek işlemin şekli yönünden gerekse yetenek ehliyet bakımından zorlamalar var ise de, bunlar içerikle ilgili değildir. Bunlara vakıf kuruluş işleminin önkoşulları diyebiliriz. içerik ise bunlardan ayrıdır. Yasaya göre "kanuna, ahlaka ve adaba veya milli menfaatlere aykırı olan veya siyasi düşünce veya belli bir ırk veya cemaat mensuplarını desteklemek gayesi ile kurulmuş vakıfların tesciline karar verilemez" (MK.m 74/II). Bu fıkroda sayılanları birer birer incelemek gerekir:

A) Kanuna Aykırılık. Bu en somut sınırlamadır. Yasa'ya aykırı amaç, yasanın emredici kurallarına aykırı amaç demektir. Örneğin, yasa ile "suç" sayılan bir eylemin teşvik edilmesi, desteklenmesi gibi bir amaç güdülüyorsa, bu "yasaya aykırılık"tır. Bazen amaç doğrudan yasaya aykırı olmasa da, bunun gerçekleşmesi yasa kuralının ya da buyruğunun çiğnenmesi sonucunu doğurabilir. Örneğin, "suçluları koruma" amacıyla bir vakıf kurulamaz. Ama, suç işleyerek ceza almış kişileri topluma yeniden kazandırmak için vakıf kurulmasına engel yoktur. Bunun gibi, örneğin, ceza yasasında yeralan bir maddenin değiştirilmesinin sağlanması için çalışma yapacak bir vakıf kurulmasına engel olmamak gerekir.

B) Ahlak ve Adaba Aykırılık. Bu, genellikle belli bir zamanda topluma egemen olan ahlak telakkilerine göre belirlenecek bir sınırlamadır. Yalancılığı teşvik ya da evlilik dışı ilişkileri desteleme gibi amaçlar belki, her zaman ahlaka aykırı sayılır. Ama, örneğin evlilik öncesinde müstakbel eşleerin birbirlerini tanımalarını sağlayacak "flört" türünden ilişkilerinin kurulmasını teşvik amacının mutlak olarak ahlak aykırı olduğu söylenemez. Flörtü ahlaksızlık sayan görüşün bütün topluma mal

edilmesi mümkün değildir.

C) Milli Menfaatlere Aykırılık. Bu sınırlama belirsizdir. "Ulusal çıkar" kavramı kişiden kişiye değişen değerlendirilmelere dayanır. Kuruluş aşamasında amacın bu sınırı aşmış olup olmadığı yargı tarafından takdir edilecektir ki bu oldukça zor bir saptamadır.

C) Siyasi Düşünce. Bu da bulanık bir sınırlamadır. "Siyaset" ya da "siyasal düşünce" çok geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu bakımdan sadece "siyasal düşünce" şeklindeki amaç sınırlaması eleştirilebilecek bir düzenlemedir. Burada "siyaset" deyimini dar anlamda kabul etmek ve doğrudan doğruya siyasi iktidara yönelik amaçlar dışındaki çalışmaları yasak kapsamı dışında bırakmak demokratik anlayışa uygun çözümdür.

D) Belli Bir Irk Veya Cemaat Mensuplarını Destekleme. Burada sözkonusu olan "ırk" ve "cemaat" kavramlarının tanımına ihtiyaç vardır.

Bu amaç sınırlamaları yalnız kuruluş aşamasında değil, kuruluştan sonraki dönemde de "vakıf özgürlüğü"nü etkiler. Mendeni Kanuna göre (md.81/A), "Gayesi 74'üncü maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı hale gelen vakıf", mahkeme kararıyla "dağıtılır".

7- Vakıf özgürlüğünü sınırlayan "haller" bunlardan ibarettir. Yasadaki ifade şekline göre bu sınırlamalar "amaç"la ilgilidir. Bu konuda üzerinde durulması gereken önemli sorunlar vardır:

A) ilk olarak şunu belirtmek gerekir: Yasada, amaca aykırı faaliyet gösteren vakıflar hakkında yapılacak işlem olarak, "yönetimin değişmesi" yaptırımı öngörülmüştür. Buna mahkeme karar verecektir. Burada önem taşıyan nokta, Teftiş makamı olarak kabul edilmiş idari makamın, bu yaptırımı "siyasal amaçlar"la uygulat-

maya kalkışmasıdır. Bu durumda vakıf özgürlüğü, siyasal takdire bağlı bir mekanizmayla sınırlanmış olur.

B) "Gaye'nin 74'ncü maddeye aykırı hale gelmesi" hükmünden ne anlaşılabileceği kesin olarak belli değildir. Bir "yasa değişikliği" ile vakfın amacı yasaya aykırı hale gelebilir. Örneğin evvelce suç sayılmayan bir eylem suç olarak kabul edilmişse durum budur. Buna karşılık, "ahlak ve adap", "siyasal düşünce", "milli menfaatler" gibi kavramlarda değişikliklerin vakfın "amacına" etkisi sorunu, çözümü çok zor bir sorundur. Çünkü bunlar oldukça kaypak ve zaman içinde içerikleri değişebilen kavramlardır.

C) Asıl önemli sorun, hiç kuşkusuz, "siyasal düşünce", "milli menfaatler" gibi sınırlamalardaki "takdir" sorunudur. "Siyasal düşünce" kavramını belirlemek imkansız deneyecek derecede zordur. Bir amacın "siyasal" mı, yoksa "siyaset dışı" mı olduğunu saptamak, her somut durumda tartışma götürür. Örneğin, gençleri spora teşvik etmek ya da zararlı yayınlardan korumak amacı bile, "siyasal" sayılabilir. Bu açıdan, doğru olabilecek çözüm "siyasal düşünce" gibi bir kavramı bu sınırlamalar arasına dahil etmemektir. Aynı şey "milli menfaatler" için de geçerlidir. Özellikle uluslararası ilişkilerin bu derece geliştiği bir ortamda, vakıf özgürlüğünü böyle, içeriği belirsiz bir kavramla sınırlamak isabetli değildir.

S O N U Ç :

Dernek ve vakıf kurma özgürlüğü konusundaki incelememiz sonucunda saptadığımız noktalar şöyle özetlenebilir:

Türkiye'de dernek kurma ve dernek çalışmaları yapma özgürlüğünün tarihçesi çok eskilere dayanmamaktadır. Bu konuda çağdaş demokratik düzene en fazla yaklaşan yasal düzenlemeler ve uygulamalar 1961 Anayasası döneminde görülmüştür. 12 Eylül döne-

minin getirdiği ve günümüzdeki uzantıları etkilerini kesiksiz sürdüren yasalar ve uygulama ise, dernek özgürlüğü konusunda da bir geri dönüşü simgelemektedir . Bu durum iki temel alanda kendini gösteriyor:

Birinci alan, dernek kurma ve derneğe üye olma özgürlüğüne ilişkin sınırlama ve kısıtlamalardır. Dernek kurucusu olma hakkı bir takım insanlardan esirgenmiştir. Bunlar, genel olarak kamu görevlileri, öğretmenler, öğrenciler ile affa uğramış olsalar bile belli suçlardan hüküm giymiş olanlar gibi kategorilere girenlerdir. Bu arada, örneğin, üniversite öğretim üyelerinin dernek üyesi olmak için Rektörden izin almaları gibi -en hafif deyimle- garip yasal zorunluklar getirilmiştir. Üniversitelerde birden çok öğrenci derneği kurulmasını yasaklayan yasa hükmü de tek parti zihniyetini yansıtmaktadır.

Öte yandan, derneklerin kuruluş aşamasında karşı karşıya bırakıldıkları bürokratik güçlükler, derneğin kuruluşunu fiilen yönetimin iznine bırakma sonucunu verecek kadar büyüktür.

Sınırlama ve kısıtlamaları etkili olduğu ikinci alan, dernek etkenlikleri (faaliyetleri) ve çalışmalarıyla ilgilidir. Derneklerin herhangi bir uluslararası ilişkiye girmeleri fiilen izne bağlanmıştır. Ayrıca, toplantı düzenleme ve bildiri yayınlama gibi etkinlikler de olağanüstü zorluklar ve riskler göze alınmadan yapılamaz hale getirilmiştir.

Yurdumuzda, vakıf kurma özgürlüğünün tarihçesi, dernek kurma özgürlüğüne oranla çok eskilere dayanmaktadır. Günümüz laik hukukuna dayanan vakıfların kuruluşu, mahkeme denetimine bağlanmıştır. Mahkemelerin bu işlevi, bağımsız bir yargı organı kimliğiyle yerine getirmeleri halinde, bu denetim olağan karşılanmalıdır. Hiç kuşkusuz, genel olarak mahkeme bağımsızlığı, yargı güvencesi gibi temel koşullar sağlanmadıkça bu denetimin tam sağlıklı biçimde işlemesi beklenemez.

Son yıllarda vakıfların sayısında olağanüstü büyük bir artış görülmüştür. Çok sayıda (50 kişi, 100 kişi gibi) kurucunun biraraya gelmesiyle oluşan bu vakıflar, gerçekte, geleneksel anlamıyla "vakıf"tan çok derneğe benzemektedir. Bu gelişmede, dernek kurmanın zorlukları da rol oynamaktadır. İnsanlar, dernek kurmanın hukuki ve fiili güçlüklerini göğüslemek yerine, "maliyeti" biraz daha yüksek de olsa, vakıf kurmayı yeğlemektedir.

Vakıf sayısındaki artış "sivil toplum" oluşturma özelemleri açısından olumlu bir gelişme sayılabilir. Devlet örgütü dışında, yasal sınırlar içinde özgürce çalışabilen vakıfların, kültürel, bilimsel ve sosyal alanlarda katkılar getirmesi beklenabilir. Bu çalışmalar, özgür tartışma, araştırma ve düşünce üretme açılarından çok yararlı olabilir.

Ancak, kimi vakıfların özel ilişkiler nedeniyle devletçe ayrıcalıklı işlemlerden yararlandırılmaları, (örneğin, bu "ayrıcalıklı" vakıfların düzenledikleri toplantıların Radyo-TV haberlerinde yayınlanması) sivil toplum özelemlerine gölge düşüren davranışlardır.