

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA CEMAAT VAKIFLARININ TAŞINMAZ EDİNİMİ

Suat ŞİMŞEK*

1. Giriş

Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfları olarak tanımlanmaktadır. Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmesi konusu, Türkiye'nin en çok yanlış anlaşıldığı konuların başında gelmektedir.

Özellikle idari uygulamadan kaynaklanan eksiklikler nedeni ile Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM/Mahkeme) nezdinde mahkum olabilmektedir. Üstelik cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusu Türkiye ile Avrupa Birliği ilişkilerinde önemli bir unsur teşkil etmektedir.

Bu çalışmada AİHM'nin, Türkiye'de cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine ve cemaatlerin mevcut taşınmazlarını kaybetmelerine neden olan süreçlere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) kapsamında bakış açısı, AİHM kararları ışığında değerlendirilecektir.

2. Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinmelerine İlişkin Ulusal Mevzuat

2.1. Osmanlı Dönemi

Osmanlı İmparatorluğu döneminde, İmparatorluk sınırları içinde yaşayan azınlıklara özel bir statü tanınmıştır. Bu kapsamda azınlıklar,

* Maliye Bakanlığı Millî Emlak Kontrolörü

padişah fermanları ile sahip oldukları (kilise, manastır, havra ve sinagog gibi) ibadet yerlerinin bakımı ve korunması için dini; okulların korunması ve yaşatılması için ilmi ve hastanelerin veya diğer hayri faaliyetlerin yaşatılması için hayri vakıflar kurmuşlardır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü arşivinde bulunan “*Evkaf-ı Hristiyan*” adını taşıyan 29 no.’lu deftere göre [1141 (1728)-1331 (1912)] tarihleri arasında müslüman olmayanlara ait 31 adet vakfiye kaydı bulunmaktadır. Bunların yirmi sekizi Ermeniler, ikisi Rumlar, biri Yahudiler tarafından kurulmuştur.¹

Osmanlı hukuk sisteminde vakıfların 1912 yılına kadar tüzel kişiliği bulunmamakta idi. Üstelik cemaat vakıfları, klasik Osmanlı vakıflarına göre daha farklı bir yapıya sahiptiler. Bir başka anlatımla cemaat vakıfları denen kurumlar, Osmanlı’nın son döneminde çıkarılan yasalara kadar, tüzel kişilik olarak kurulmuş değildiler.²

Hem cemaat vakıflarının tam olarak bir tüzel kişiliğe sahip olamamaları hem de “*cemaatlerin kilise, manastır ve İncil hakkında vakıf kuramayacakları*” kuralı nedeni ile cemaat vakıfları taşınmazlarını güvendikleri hakiki şahıslar veya bir hukuki şahıs olarak artık mevcut olmayan (mevhum) tarihi ya da dini şahıslar adına kaydettirmek zorunda kalmışlardır.³

Cemaat vakıflarının tasarrufunda bulunan taşınmazların tapuda adlarına kaydedildikleri gerçek kişilere “*nam-ı müstear*”, artık hayatta olmayan (Bakire Meryem gibi) tarihi ve dini kişilere ise “*nam-ı mevhum*” denilmektedir.

Vakıflara 1912 yılında (hicri takvime göre 16 Şubat 1328) çıkarılan “*Eşhas-ı Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu Hakkında Kanun*”la tüzel kişilik kazandırılmıştır. Bu sayede diğer vakıflarla birlikte cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine de imkan tanınmıştır.

Kanunun geçici fıkrasında ise, Türk hayır kurumları tarafından şimdiye kadar “*namı müstear*” ile tasarruf oluna gelen taşınmazların

¹ Nazif Öztürk, *Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi*, Ankara, 1995, s. 335.

² Ferhat Kentel / Karin Karakaşlı / Günay Göksu Özdoğan / Füsün Üstel, (Editör) Fahri Aral, *Türkiye’de Ermeniler: Cemaat-Birey-Yurttaş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2009, s. 228.

³ 02.07.1956 tarihli ve 1927 sayılı TBMM tefsir kararı.

Kanun'un yayımından başlayarak altı ay içinde başvurmaları halinde, kurumlar adına tescil edileceği, altı ay içinde tapuya başvurmayan veya davayı gerektiren bir hal var olmasına rağmen davaya konu yapılmayan yerler hakkında, bundan sonra kurumlara ait olduğu yolundaki iddiaların dinlenemeyeceği kabul edilmiştir.

Daha sonra yürürlüğe giren 16.09.1329 (1918) ve 01.03.1330 (1914) tarihli geçici kanunlarla, Kanunda belirtilen altı (6) aylık süre altışar ay olmak üzere iki kez uzatılmıştır.

2.2. Lozan Antlaşması

Azınlıkların statüsü, Lozan Barış Antlaşması'nın "*Siyasal Hükümler*" başlıklı birinci bölümünün üçüncü kesimi ile düzenlenmiştir.

Söz konusu Antlaşma'nın 37; 38/1; 39/1,2; 40; 42/1,3 ve 45. maddelerinde azınlıkların statüsüne ilişkin hükümler yer almaktadır.

Antlaşma'nın 37. maddesi ile Türkiye, 38'den 44'e kadar olan maddelerde belirtilen hükümlerin temel kanunlar olarak tanınmasını ve hiçbir kanun, yönetmelik ve resmi işlemin bu hükümlere karşı ve aykırı olmamasını ve sözü geçen hükümlere üstün tutulmamasını yükümlenmiştir.

38. maddesinin birinci fıkrası, Türkiye Cumhuriyeti'ne doğum, milliyet, dil, ırk, veya din ayırmaksızın Türkiye halkının hepsine hayat ve hürriyetlerinde tüm ve üstün koruma sağlama zorunluluğu yükümlenmektedir.

39. maddesinin birinci fıkrasında, müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk vatandaşlarının müslümanların yararlandıkları aynı medeni ve siyasi haklardan yararlanacakları; ikinci fıkrasında ise, Türkiye'nin bütün halkının din ayırımı yapılmaksızın kanun önünde eşit olacağı belirtilmiştir.

40. maddesinde müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk vatandaşlarının hukuken ve fiilen diğer Türk vatandaşlarına uygulanan aynı muamele ve güvenceden yararlanacakları ve özellikle *masrafları kendilerine ait olmak üzere her türlü hayri, dini ve sosyal kurumları, her türlü okul ve diğer eğitim ve yetiştirme kurumlarını kurmak, yönetmek ve denetlemek*, buralarda kendi dillerini serbestçe kullanmak ve dini tören-

leri serbestçe yürütmek hususlarında eşit haklara sahip olacakları belirtilmektedir.

42. maddede ise Türkiye Hükümeti'nin müslüman olmayan azınlıkların aile hukuku ve kişi hakları konusunda bu meselelerin söz konusu azınlıkların örf ve adetlerinde ele alınıp çözülmesine elverişli her türlü hükümlerin konmasına muvafakat edeceği; *Türkiye Hükümetinin söz konusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve diğer dini kurumlara her türlü korunmayı sağlamayı yükümleneceği; aynı azınlıkların bugünkü durumda Türkiye'de var olan vakıflarına ve dini ve hayri kurumlarına her türlü kolaylık ve müsaadenin gösterileceği ve Türkiye Hükümetinin yeni din ve hayır kurumlarının kurulması için bu gibi özel kurumlara sağlanmış olan gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyeceği* belirtilmiştir.

Antlaşma'nın 45. maddesi ise karşılıklılık hükmünü ihtiva etmektedir. Bu maddeye göre, işbu kesim hükümleri ile Türkiye'nin müslüman olmayan azınlıkları hakkında tanınan hakların Yunanistan tarafından da kendi topraklarında bulunan müslüman azınlıklara da tanınacağı hükme bağlanmıştır.

2.3. Cumhuriyet Dönemi

Lozan Antlaşması'nın azınlıklarla ilgili hükümleri, çeşitli kanunlarla iç hukukumuzda yansıtılmıştır.

Örneğin 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 3. maddesi ile cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine ve taşınmazların cemaat vakıfları adına tesciline imkan tanınmıştır. Söz konusu madde hükmüne göre varlıkları Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nce tanınmış olan yabancılara ait dini, ilmi, hayri müesseselerin fermanlara ve hükümet kararlarına dayanarak edindikleri taşınmazların, bu belgelerin sınırları dışına çıkmamak ve Hükümet'in izni alınmak şartı ile müesseselerin tüzel kişilikleri adına tescil edilmesi mümkündür.

Keza 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile de azınlıkların eğitim kurumu sahibi olabilmelerine imkan tanınmıştır.

Ayrıca hem (mülga) 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, hem de 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile cemaat vakıflarına taşınmaz edinme imkanı getirilmiştir.

Cumhuriyet döneminde cemaatlerin taşınmaz edinmelerini; cemaatlerin eğitim kurumu olarak taşınmaz edinmeleri ve cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri olarak iki başlık altında incelemek mümkündür.

2.3.1. Cemaat Vakıflarının Eğitim Kurumu Olarak Taşınmaz Edinmeleri

Azınlık okulları, ülkemizde mevcut ve Lozan Antlaşması ile azınlık statüsünde garanti altına alınmış bulunan, mensupları birer Türk vatandaşı olan Rum, Ermeni ve Yahudi cemaatlerine, yani ülkemizde resmen tanınmış tek azınlık grubu olan gayrimüslimlere ait bulunmaktadır.⁴

1965 yılında kabul edilen Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 5. maddesi ile yabancı uyruklu gerçek ve tüzelkişiler tarafından doğrudan veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yolu ile 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu çerçevesinde, Bakanlar Kurulu'nun izni ile yalnız yabancı uyruklu öğrencilerin devam edebileceği milletlerarası öğretim kurumu açılabileceği hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca Kanun'un 20. maddesi ile de yabancılar tarafından kurulan eğitim kurumlarının mevcut kapasitelerini artırabilmelerine ve yeni taşınmaz edinebilmelerine imkan tanınmıştır.

Madde hükmüne göre bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarının, üzerinde kuruldukları arazileri genişletilmemek şartı ve Bakanlığın izni ile mevcut arazi üzerindeki bina, öğrenci ve teçhizat kapasiteleri en çok bir mislini geçmemek üzere artırılabilir veya yenilenebilir. Yeni arazi edinmeleri ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilmeleri Bakanlar Kurulu'nun kararına bağlıdır. Bunun dışında binaları genişletilemez, çoğaltılamaz, şubeleri açılmaz, mevcut binalarının yerine kaim olmak üzere yeniden binalar inşa edilemez, herhangi bir suretle mülk edinilemez veya kiralanamaz.

⁴ Dr. Nuri Yaşar, Yabancı ve Azınlık Okullarının Türk Hukukundaki Statüsü, ABC Hukuk İnternet Sitesi, <http://www.abchukuk.com/makale/makale37.html> Erişim Tarihi: 12.01.2010

Son olarak, Kanun'un 25. maddesi ile azınlıklar tarafından kurulan ve bu Kanun'un yayımı tarihinde mevcut olan okulların göstermesi gereken özelliklerin bir yönetmelikle tespit edileceği hüküm altına alınmışsa da bu amaçla çıkarılan Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nde yabancılar tarafından kurulan özel öğretim kurumlarının taşınmaz edinmeleri ile ilgili olarak sadece 35. maddede "*Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yabancılar tarafından açılmış bulunan kurumların binaları ve arsaları ile ilgili hususlar, Kanununun 20. maddesindeki hükümlere tabidir*" hükmü yer almıştır.

625 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 08.02.2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, yabancılar tarafından kurulmuş bulunan ve kurulacak olan öğretim kurumlarını yabancı okullar ve azınlık okulları olmak üzere iki kategoride toplamaktadır.

Kanununun 5. maddesi, hem yabancı okulların hem de azınlıklara ait okulların taşınmaz edinmelerini düzenlemektedir.

Maddenin (b) bendine göre yabancı okullar;

- Bakanlar Kurulu'nun izni ile yeni arazi edinebilir ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilir.

- Üzerinde kuruldukları araziler genişletilmemek şartı ve Bakanlığın izni ile mevcut arazi üzerindeki bina, öğrenci ve donanım kapasitelerini en çok bir mislini geçmemek üzere artırabilir veya yenileyebilir.

- Mevcut binalarında ihtiyaç halinde valiliğin izni ile tadilat yapabilir.

- Bu bentte belirtilenler dışında, yabancı okulların; binaları genişletilemez, şubeleri açamaz, mevcut binalarının yerine kaim olmak üzere yeniden binalar inşa edilemez. Bu amaçla herhangi bir mülk edilemez veya kiralanamaz.

- Yabancı okulların taşınmazları, kurucularının veya yetkililerinin önerisi ile Milli Eğitim Bakanlığına ya da kuruluş amaçları eğitim vermek olan 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'na göre kurulan vakıflara Bakanlar Kurulu'nun izni ile devredilebilir.

Maddenin (c) bendi ile Kanunda "*Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam etti-*

ği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim özel okulları” olarak tanımlanan azınlıklara ait okulların tabi olacağı statünün bu konuda çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiş ise de Kanun’un uygulanmasını göstermek amacı ile çıkarılan Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği’nde bu okulların taşınmaz edinmeleri ile ilgili özel bir hüküm yer almamıştır.

2.3.2. Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinmeleri

2.3.2.1. 08.05.1974 Tarihine Kadar Olan Dönem

04.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren 864 sayılı Kanunu Medeni-nin Sureti Mer’iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun’un 8. maddesinde, Medeni Kanun’un yürürlüğe konulmasından önce kurulmuş bulunan vakıflar hakkında ayrıca bir uygulama kanununun yayımlanacağı hükme bağlanmıştır.

Söz konusu kanunun çıkarılmasına ilişkin olarak İsviçre’li medeni hukuk profesörü Hans Leemann tarafından hazırlanan Vakıflar Kanunu’nun ilk taslağında azınlık vakıflarının kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren kaldırılacağı; mallarının ise onları tahsis edildikleri yöne göre yönetecek olan devlete geçeceği belirtilmişse de Danıştay’ın “azınlık vakıflarının yönetimine Devletçe el konulmasını, Lozan Antlaşmasının ilgili maddelerine ters düşeceği ve sakıncalı olacağı” yönündeki istişari görüşü sonucunda Leeman’ın önerisi kabul görmemiş ve Vakıflar Kanununda cemaat vakıflarına ait taşınmazların devlete intikal etmesini öngören herhangi bir düzenleme yer almamıştır.⁵

1936 yılında çıkarılan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerini yasaklayan bir hüküm içermemekteydi. Üstelik Kanun’un 44. maddesi vakıfların (buna cemaat vakıflarının da dahil olması gerekir) tasarrufunda bulunan taşınmazların bu vakıflar adına tescili hüküm altına alınmıştır.

Madde hükmüne göre;

“Bu kanunun neşri tarihinden en az on beş yıl evvelinden beri vakıf olarak tasarruf edildikleri vergi kayıtları icar konturatları ve eşhası hükmiyenin

⁵ Hasan Güneri, “Azınlık Vakıflarının İncelenmesi”, *Vakıflar Dergisi*, S. 10, Ankara 1973, s. 79-108

gayrimenkule tasarruflarına dair olan 16 Şubat 1328 tarihli kanunun neşrin-den sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve buna benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerler o suretle vakıf kütüğüne kaydolunurlar. Bu kayıt vakıflar idaresinin istemesi üzerine tapuca o gayrimenkullerin kayıtlarına işaret ve keyfiyet münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan tarihinden itibaren iki yıl içinde dava yolu ile bir güne itiraz olunmadığı takdirde o malların vakıf olarak kati tescilleri yapılır ve tapuları verilir. Tapu kayıtlarına işaret edilecek gayrimenkullere ait davalarda vakıflar idaresi ve varsa mütevellî de birlikte hasım olur.

Bundan başka, vakıflar idaresinin 1515 sayılı kanun hükümlerinden istifade hakkı mahfuzdur."

Bunun yanı sıra, Kanun'un geçici 1. maddesi ile Türkiye'de bulunan tüm vakıflara sahip oldukları malları, gelirleri, giderleri ve vakıfları ile ilgili diğer hususları bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Uygulamada "1936 Beyannamesi" olarak adlandırılan bu bildirimler, Yargıtay tarafından vakıf senedi olarak kabul edilmiştir.

44. madde hükmünde cemaat vakıflarından açıkça bahsedilmese de diğer vakıflarla beraber cemaat vakıflarının da taşınmaz edinmelerinin önü açılmıştır. Bu kapsamda nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına kayıtlı bulunan taşınmazların cemaat vakıfları adına tescili yönünde girişimler başlatılmıştır.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın 02.12.1942 tarihli ve E:1942/8, K:1942/24 sayılı kararında nam-ı mevhum veya nam-ı müstear olarak tapuya tescil edilmiş bulunan bir taşınmazın cemaat vakfı adına tescili için tapuda malik görünen kişilerin rıza ve muvafakatlerine ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.

Kararda; "743 sayılı Medeni Kanununun 935. maddesine göre ilgililer yazılı beyanları ile muvafakat etmedikçe tapu sicil memurunun hiçbir kaydını tashih edemeyeceği" vurgulandıktan sonra 1912 yılına çıkarılan Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu Hakkında Kanunu Muvakkat gereğince de bu taşınmazların cemaat vakfı adına tescil edilebilmesi için nam-ı müstear olarak tapuda malik görünen kişilerin muvafakatinin zorunlu olduğu vurgulanmıştır.

Karara göre, söz konusu Kanun'un 3. maddesinde yer alan, "defter-i hakani idarelerine dilekçe ile başvuru" şartı ancak bu şekilde yo-

rumlanabilir. Yoksa tapuda malik olarak görünen kişinin rıza ve ikrar mahiyetinde bir beyanı olmadıkça tashih isteyen talebi soyut bir iddiadan ibaret olacaktır. Maddeye başka türlü mana vermek kayıt sahipleri aleyhine ve kaide hilafına bir tefsir olur. 2762 sayılı Kanun'un 44. maddesini de bu hususlar dikkate alarak yorumlamak gerekir. Bu yorumun doğal sonucu olarak 44. madde gereğince cemaat vakıfları adına yapılacak tescillerde tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin rıza ve muvafakatinin aranılması zorunludur.

Nam-ı müstear olarak tapuda kayıtlı olan taşınmazlarda tapuda malik olarak görünen kişinin ya da mirasçısının rızasının alınması bir şekilde mümkün olsa da nam-ı mevhumlar adına kayıtlı taşınmazlarda tapu malikinin rızasının alınması (doğal olarak) mümkün olmamaktaydı.

Bu nedenle cemaat vakıfları, cemaatten birine *"bu nam-ı mevhumun mirasçısı olduğu"* yolunda mirasçılık belgesi aldirtmak ve bu mirasçının rıza ve muvafakati ile cemaat vakfı adına tescili gerçekleştirmek zorunda kalıyorlardı.⁶

Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen içtihadının ortaya çıkardığı zorluklar nedeni ile *azınlık cemaatlerine mensup bazı milletvekillerinin girişimi ile*⁷ TBMM tarafından alınan 02.07.1956 tarihli ve 1927 sayılı tefsir kararı ile nam-ı müstearlar veya nam-ı mevhumlar adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakfı adına tescili için tapuda malik olarak görünen kişinin rıza ve muvafakatine gerek bulunmadığına karar verilmiştir.

Karara göre nam-ı müstear veya nam-ı mevhum olarak tapuda kayıtlı bulunan taşınmazların 44. maddeye dayanılarak cemaat vakıfları adına tescil edilebilmesi için tapuda malik olarak görünen kişilerin rıza ve muvafakatlerine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Netice itibarı ile cemaat vakıfları Vakıflar Kanunu'nun getirdiği serbesti içinde 1974 yılına kadar taşınmaz edinme imkanı bulmuşlardır. Örneğin Yedikule Sırp Pırğıç Ermeni Hastanesi Vakfı 1962 yılında, Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı ise 1955 yılında bağış suretiyle taşınmaz edinebilmiştir.

⁶ İsmet Sungurbey, *Eski Vakıfların Yeni Sorunları*, Maltepe Üniversitesi, 2001, s. 349.

⁷ İsmet Sungurbey, *Eski Vakıfların Yeni Sorunları*, Maltepe Üniversitesi, 2001, s. 349.

Yargıtay ve Danıştay da 1974 yılına kadar cemaat vakıflarının taşınmaz edinebilecekleri yönünde kararlar vermektedir.

Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; üç adet cemaat vakfının (Aya Dimitri, Aya Tanaş, Aya Lefter Kiliseleri) açtığı kazandırıcı zamanaşımı nedeniyle mal edinme konulu davada verdiği 23.10.1963 tarihli ve E:1961/41, K:1963/81 sayılı kararında vakıfların da kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz kazanabileceğine karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu bu kararında kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz iktisap etmek isteyen vakfın cemaat vakfı olmasını, taşınmaz edinimi için bir engel olarak görmemiştir.

Danıştay 12. Dairesi ise 02.03.1970 tarihli kararında Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "*cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar bunlar tarafından seçilen kişi ve heyetlerce idare edilirler*" hükmünden, "*cemaatlere ait vakıfları idare etmek üzere seçilmiş kişi veya heyetleri sadece mevcudu idare etmeye yetkili bulunduğu ve yeni bir yapı inşa edemeyecekleri*" yolunda bir anlam çıkarmaya imkan olmadığı, gerek Vakıflar Kanunu'nda; gerekse diğer mevzuatta cemaat vakıflarının yeni akar inşa edemeyeceklerine dair yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı için cemaat vakıflarının da diğer tüzel kişiler gibi kanun tarafından yasaklanmamış bulunan bütün tasarrufları yapmaya yetkili olduğu vurgulanmıştır.

2.3.2.2. 08.05.1974 Sonrası Dönem

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli ve E:1971/2-820, K:1974/505 sayılı kararı ile cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerinin önü kapatılmıştır.

Söz konusu karara göre, cemaat vakıflarının vakıf senetleri olmadığı için 2762 sayılı Vakıflar Kanununun'un geçici 1. maddesi gereği verilen 1936 beyannamelerinin vakıf senedi olarak kabul edilmesi zorunludur, dolayısıyla 1936 yılında verdikleri beyannamelerde taşınmaz edinebilecekleri ya da taşınmaz bağış kabul edebilecekleri açıkça belirtilmeyen vakıfların, taşınmaz edinmeleri mümkün değildir.

Hukuk Genel Kurulu'na göre, nasıl ki bir vakfın vakıfnamesinde mal edinme için açıklık olmayan hallerde vakıf tüzel kişiliği mal edinemezse; beyannamelerinde bağış kabul edecekleri yolunda açıklık ol-

mayan cemaat vakıfları da gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yolu ile taşınmaz iktisap edemezler. Çünkü vasiyeti kabul, yararına vasiyet yapılanı ait bir haktır. Vâkîf (vakfeden) vakıfnamesinde izin vermedikçe onun iradesi dışına çıkılıp mal kabul olunamaz.

Danıştay 10. Dairesi de 26.05.1982 tarih ve E: 1982/3285, K: 1982/1413 sayılı kararında, 1936 Beyannamesi'nin vakfiye olarak kabul edilmesi gerektiğini, vakıfla ilgili yapılacak hukuki tasarrufların faaliyetinin açıklandığı bu belgelerde bulunmayan tasarrufun yapılmasının hukuki dayanağı olamayacağını, bu kapsamda 1936 beyannamesinde arsasına inşaat yapabileceği yönünde hüküm bulunmayan vakfın kendi mülkiyetinde bulunan taşınmaza bina yapamayacağına karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli kararı nedeni ile cemaat vakıflarının tasarrufunda bulunup da 1936 yılında verdikleri beyannamelerinde yer almayan taşınmazları edinmelerinin ya da 1936 Beyannamesi'nde "*taşınmaz edinebileceğine ya da bağış kabul edebileceğine*" ilişkin hüküm bulunmayan vakıfların taşınmaz edinmelerinin mümkün olmadığı kabul edilmiş, uygulama da bu karar doğrultusunda gelişmiştir.

Bu tarihten sonra 1936 Beyannamesi'nde "*vakfın taşınmaz edinebileceğine ya da bağış kabul edebileceğine*" ilişkin hüküm bulunmayan vakıfların edindikleri taşınmazların tapularının iptali için Vakıflar Genel Müdürlüğü ya da Hazine tarafından tapu iptali davası açılmıştır.

2.3.2.3. Avrupa Birliği Süreci

Türkiye'nin Avrupa Birliği sürecine girmesi sonucu 2762 sayılı (mülga) Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesinde yapılan değişikliklerle hem cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerinin önü açılmış, hem de cemaat vakıfları tarafından kullanılmasına rağmen yasal kısıtlamalar nedeni ile vakıflar adına tescil edilemeyen taşınmazların bu vakıflar adına tesciline imkan tanınmıştır.

03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarla Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun birinci maddesinin sonuna, "*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.

Bu vakıfların dini, hayri, sosyal eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması halinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına başıslanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tabidir". fıkraları eklenmiştir.

Bu değişiklikten kısa bir süre sonra 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri için gereken Bakanlar Kurulu izni kaldırılarak, izin alınacak merci Vakıflar Genel Müdürlüğü olarak belirlenmiştir.

Bu madde ile ilgili olarak açılan dava üzerine, Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 tarihli ve E: 2002/146, K: 2002/201 sayılı kararı ile, cemaat vakıflarının, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın dini, hayri, sosyal, eğitsel, sağlık ve kültürel alanlardaki gereksinimlerini gidermek üzere Bakanlar Kurulu'nun izniyle taşınmaz edinmelerine ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunmalarına, ayrıca daha önce 2762 sayılı Kanun'un 44. maddesi uyarınca vakıf kütüğüne tescil edilmişler dışında, 4771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği güne kadar tasarruflarında bulduklarını taşınmazlar ile bağış ve vasiyet yoluyla edindikleri taşınmazları da mülk edinmelerine olanak tanınmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

2762 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerinin önü tamamen açılmıştır. Bu Kanun cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerini özel olarak düzenlememiştir. Kanun, cemaat vakıflarını da "vakıf" tanımı içinde görmüş ve vakıfların serbestçe mal edinebilecekleri belirtilmiştir.

5737 sayılı Kanun'un 2762 sayılı Kanun'dan cemaat vakıfları açısından iki önemli farkı bulunmaktadır.

Öncelikle, 2762 sayılı Kanun'unda cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri için öngörülen Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izni şartı, 5737 sayılı Kanun'la kaldırılmıştır. 5737 sayılı Kanun'dan sonra cema-

at vakıflarının taşınmaz edinebilmeleri için herhangi bir makamın iznine ihtiyaç bulunmamaktadır.

İkinci olarak Lozan Antlaşması'nın 40. maddesinde azınlıklara ait vakıfların sadece dini, hayri ve sosyal amaçlarla taşınmaz edinebilecekleri kabul edilmişken ve 2762 sayılı Kanun'da, cemaat vakıflarının sadece dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz edinebileceklerini öngörülmüşken iken 5737 sayılı Kanun, daha ileri (?) bir anlayışı benimseyerek cemaat vakıflarının serbestçe taşınmaz edinebileceklerini hüküm altına almıştır. 5737 sayılı Kanun'un vakıfların taşınmaz edinmesini düzenleyen 12. maddesinde vakıfların mal edinebilecekleri ve malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilecekleri belirtilmiş olup, madde metninde bu malların edinimi ile herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

Cemaat vakıflarına taşınmaz edinme ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkı verilmesinin yanı sıra 5737 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi ile;

- 1936 beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazları ile,
- 1936 beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edineme gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazların,

Tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on sekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde, Vakıflar Meclisi'nin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescillerinin yapılacağı öngörülmüştür.

Ancak Kanun'un iki önemli eksiği de bulunmaktadır ki bu eksiklikler Türkiye'nin AİHM nezdinde tazminata mahkum olmasına neden olmaktadır.

Öncelikle Kanun, 1936 yılından önce cemaat vakfının mülkiyetinde bulunmasına rağmen 1936 beyannamesinde yer almaması nedeni ile tapusu sonradan iptal edilen taşınmazlarının durumunu düzenle-

memiştir. Bu duruma örnek olarak verilebilecek olan Fener Rum Patrikliği/Türkiye davası, cemaat vakıflarının 1936 Beyannamesi'nden önce edindikleri, fakat 1936 Beyannamesi'nde belirtmedikleri taşınmazların tapularının iptal edilmesinin, Türkiye'nin tazminata mahkum etmesine sahne olmuştur.

Bunun yanı sıra geçici 7. madde, mal edinememe gerekçesi ile tapusu iptal edilerek Hazine adına tescil edilen fakat 5737 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce Hazine mülkiyetinden çıkmış bulunan taşınmazların durumunu da düzenlemektedir.

3. AİHM İçtihatlarına Göre Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinmeleri

Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.'lu Protokol'ün "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yastada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez." hükmünü ihtiva eden 1. maddesi ile korunmaktadır.

Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine ilişkin AİHM sürecine geçmeden önce, AİHM'nin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili davaları inceleme yöntemine kısaca değinelim.

AİHM, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra bu müdahalenin Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesindeki şartlara uygun olup olmadığını araştırmaktadır

Aşağıda sıralanan bu müdahale kriterleri AİHM tarafından Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi yorumlanarak geliştirilmiştir. Bunlar;

- Hukuk tarafından öngörülme,
- Kamu yararına olma,
- Uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma,

- Orantısallık,
- Ölçülülük,

ilkeleridir.

Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerinin, mülkiyet hakkını koruma altına alan 1. madde ile ilgili çeşitli yönleri bulunmaktadır. Bu hususlar aşağıda açıklanmıştır.

3.1. Cemaat Vakıflarının Yeni Taşınmaz Edinmelerinin Sınırlanması/ Sınırlamanın Mümkün Olup Olmadığı Meselesi

Cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmeleri konusunda AİHM'nde açılmış ve karara bağlanmış herhangi bir dava bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, AİHM'nin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin içtihatları incelendiğinde, Ek 1 No.'lu Protokolün sadece "*mevcut mülkü*" koruduğu, miras, bağış ya da başka herhangi bir yolla mülk edinme hakkını korumadığı görülmektedir.

Mahkeme içtihadına göre; bir mülkiyetin 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında korunabilmesi için fiilen mevcut ve ileri sürülebilir olması gerekir. 1. maddenin metninde geçen "*maliki olduğu şeyler (possessions)*", "*mülkiyeti kullanma (use of property)*" kelimelerinin bıraktığı açık izlenim budur.⁸

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları da bunu açıkça teyit etmektedir: Sözleşme'yi hazırlayanlar, bu maddenin öncüleri olan tasarılarıdaki bu konu için sürekli olarak "*mülkiyet hakkından*" ve "*mülkiyete haktan*" söz etmişlerdir.⁹

Bu nedenle 1. madde ile getirilen koruma mekanizması sadece mevcut mülke yapılan müdahaleleri kapsamaktadır. Mülk edinme hakkı ise bu kapsama girmemektedir.

⁸ AİHM (Eski) Genel Kurulu'nun 13.06.1979 tarihli Marckx/Belçika kararı.

⁹ AİHM (Eski) Genel Kurulu'nun 13.06.1979 tarihli Marckx/Belçika kararı.

Bu husus, AİHM'nin, yabancıların taşınmaz edinmesi işlemlerini değerlendirdiği Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye kararında açıkça vurgulanmıştır.

Elenko ve Vasil Karasuluoğlu adlı iki Yunan asıllı Türk vatandaşının mirasçılarının başvuru olduğu bu davada başvurucular, murislerinden kendilerine kalan iki taşınmazdan birini kendi adlarına tescil ettirmişlerdir. Diğer taşınmaz ise, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün açtığı dava neticesinde bu Genel Müdürlük adına tescil edilmiştir.

Açılan dava neticesinde AİHM, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile getirilen korumanın sadece mevcut taşınmazlar için geçerli olduğu ve veraset, vasiyet veya teberru yoluyla mülk edinme hakkını güvence altına almadığı yönündeki içtihadına atıfta bulunmuştur.

Bu değerlendirme ışığında AİHM, başvurucular adına tescil edilen taşınmazlar açısından başvurucuların mülkiyet hakkına sahip olduklarına, buna karşılık hiçbir zaman başvurucular adına tescil edilmiş olan taşınmazlar açısından başvurucuların mülkiyet hakkına sahip olmadıklarına karar vermiştir.

Mevcut mülkün yanı sıra, belli şartla altında, mülk edinme konusundaki *meşru bir beklenti* de Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile getirilen korumadan yararlanabilir.

Mahkeme içtihadına göre, eğer iç hukukta mülk edinme ile ilgili yeterli hukuki temel (örneğin iç hukukta bu menfaatin varlığına dair mevzuat ya da yerleşmiş içtihat) varsa bu menfaati edinmiş olan kimse meşru bir beklentiye sahip olarak kabul edilebilir.

Öte yandan iç hukukun doğru şekilde yorumlanması ve uygulanması konusunda bir tartışmanın bulunması ve başvurucunun talebinin ulusal mahkemeler tarafından reddedilmesi halinde, meşru bir beklentinin ortaya çıktığı söylenememektedir.

Bu hususlar dikkate alındığında AİHM'nin cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerinin kısıtlanmasını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmeyeceğini düşünüyoruz.

Üstelik Mahkeme'nin de sık sık vurguladığı üzere mülkiyet hakkının sınırlanmasına ilişkin konularda hangi tür müdahalelerin kamu yararına olacağı konusunda ulusal makamların geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

AIHM, sözleşmeci devletlerin vakıflar gibi tüzel kişiler tarafından taşınmaz edinilmesine ilişkin rejimi düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını vurgulamaktadır.

Bu durumda, sözleşmeci devletler, genel menfaate uygun olarak kamu düzenini, kamu yararını ve vakfın üyelerinin çıkarlarını gözeterek tedbirleri hayata geçirme yetkisine sahiptirler.¹⁰

Burada cemaat vakıflarına yeni taşınmaz edinmelerinin sınırlandırılması yolundaki müdahalenin Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan "*uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma*" koşuluna uygun olmayacağı ileri sürülebilir.

Ancak AIHM'nin de sık sık vurguladığı üzere uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma koşulu, sadece vatandaş olmayanlar açısından uygulanabilir niteliktedir.¹¹

Mahkeme'ye göre, uluslararası hukukun gereği olarak söz konusu prensipler, sadece vatandaş olmayanlara uygulanır. Bu prensipler, münhasıran vatandaş olmayan kişilerin yararına geliştirilmiş prensiplerdir ve devletlerin kendi vatandaşları hakkında aldıkları ve uyguladıkları tedbirlerle ilgili değildir.¹²

Her ne kadar Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "*Bir kimse, (...) uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*" ibaresi, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma şartının ayırım yapılmaksızın hem vatandaş olanlar hem de vatandaş olmayanlar açısından uygulanması gerektiğini düşündürse de AIHM, istikrarlı bir şekilde bu kuralın yalnızca vatandaş olmayanlar açısından uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.

Cemaat vakıflarının mensuplarının da Türk vatandaşları olduğu¹³ dikkate alındığında cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmeleri ko-

¹⁰ AIHM, 2. Dairesi'nin 09.01.2007 tarihli Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye kararı.

¹¹ AIHM, (Eski) Genel Kurulu'nun 21.02.1986 tarihli James ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı.

¹² AIHM, (Eski) Genel Kurulu'nun 08.07.1986 tarihli Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı.

¹³ 5737 sayılı Kanun'a göre cemaat vakıflarının mensuplarının Türk vatandaşı olması zorunludur.

nusundaki düzenlemelerin uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması ya da olmaması, AİHM yargılaması bakımından önem taşımayacaktır.

Dolayısıyla, cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerini kısıtlayacak düzenlemelerin, Ek 1 No.'lu Protokol'e aykırılık teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz. Mahkeme'nin bu konudaki denetimi yalnızca; uygulamanın, mevzuata uygun olup olmadığı, keyfi ve adil olmayan unsurlar içerir içermediği ile sınırlı kalacaktır.

Üstelik cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerinin sınırlandırılması sadece "mümkün" değil, aynı zamanda zorunludur. Çünkü Lozan Antlaşmasının 40. maddesi cemaatlerin sadece dini, hayri ve sosyal müesseselerle okul vb. eğitim kurumlarına sahip olmalarını öngörmektedir.

Oysa 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, cemaat vakıfları da dahil olmak üzere tüm vakıfların serbestçe taşınmaz edinebileceklerini öngörmektedir. Dolayısıyla, 5737 sayılı Kanun'la, Lozan Antlaşması'nın 40. maddesinde yer alan sınırlamanın bertaraf edildiği de açıktır.

3.2. Cemaat Vakıfları Adına Tescilli İken Bu Vakıfların Mülkiyetinden Çıkarılan Taşınmazların Durumu

Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusunun ülkemizi uluslararası arenada sıkıntıya sokan asıl yönü, cemaat vakıflarının 1936 yılından sonra edindikleri ve tapu sicilinde kendi adlarına kaydettirdikleri taşınmazların tapularının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli kararı gerekçe gösterilerek iptal ettirilmesidir.

Bugüne kadar AİHM'de bu konuda sonuçlanmış bulunan dört dava (Fener Rum Patrikliği/Türkiye, Samatya Surp Kevork Vakfı/Türkiye ve Yedikule Sırp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfı/Türkiye, Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye) da bu nedenle açılmış ve tamamı Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır.

AİHM, cemaat vakıflarının mülklerinin mülkiyetlerinden çıkması sonucu açılan bu davaları mülkiyet davalarını incelemekte kullandığı çeşitli kriterlere tabi tutarak değerlendirmiştir.

Mahkeme ilk olarak “*hukuk tarafından öngörülme*” şartının yerine getirilip getirilmediğini incelemiştir.

Mahkeme sürekli olarak mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin sadece kanun tarafından öngörülmüş olmasının, müdahalenin hukuk tarafından öngörülen şartlarda yapıldığını göstermeye yetmediğini, bir hukuk normunun, vatandaşa, bu norm karşısında kendi davranışlarını ayarlama fırsatı verecek açıklıkta ve kesinlikte, bir başka anlamıyla “*öngörülebilir*” olması gerektiğini vurgulamaktadır.

Cemaat vakıflarının mülklerini kaybetmelerine neden olan söz konusu süreçlerin, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu hükümleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1974 tarihli kararı nedeni ile cereyan ettiğini vurgulayan Mahkeme, söz konusu müdahalenin esas itibarı ile 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nun uygulanmasından kaynaklandığını kabul etmekle birlikte, Hukuk Genel Kurulu’nun, dini azınlıklara ait vakıflar tarafından 1936 yılında verilen beyannamelerin, bu vakıfların “*vakıf senedi*” yerine geçtiğine ilişkin 1974 tarihli içtihadının uygulanmasının hukuk tarafından öngörülme şartının önemli bir parçası olan “*öngörülebilirlik*” koşuluna uygun olmadığına karar vermiştir.¹⁴

Mahkeme’nin, öngörülebilirlik koşulunun ihlal edildiği yönünde karar vermesinin temel nedeni, 1936 yılında çıkarılan Vakıflar Kanunu’nda cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmazken 1974 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aldığı bir kararla, cemaat vakıflarının 1936 yılında verdikleri beyannamelerde yer almayan taşınmazları edinmelerinin önünün kapatılması ve 1936 yılından oldukça uzun bir süre sonra, cemaat vakıflarının Vakıflar Kanunu’na ve Lozan Antlaşması’na uygun olarak edindikleri taşınmazların mülkiyetinin vakıflardan alınmasıdır.

Mahkeme’nin incelemesinin ikinci yönü, *müdahalenin kamu yararına* olup olmadığıdır.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin, vakıflar gibi tüzel kişiler tarafından taşınmaz edinilmesine ilişkin rejimi düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını, bundan dolayı kamu yararına uygun olarak kamu düzenini koruma amaçlı tedbirleri hayata geçirme hakkına sahip olduklarını belirten Mahkeme, cemaat vakıflarının ta-

¹⁴ AİHM, 2. Dairesi’nin 09.01.2007 tarihli Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye kararı.

şınmaz edinmelerinin yasaklanmasının ya da mülklerini kaybetmelerine neden olunmasının da kamu yararına olabileceğini vurgulamıştır.

Üstelik Mahkeme, 1936 yılında verilen beyannamelerden oldukça uzun süreler sonra tapu iptal davasının açılmasının ve cemaat vakıflarının mülklerini kaybetmelerine neden olunmasının, bazı soru işaretlerine neden olsa da, tek başına, Vakıflar Kanunu'nun "*kamu yararı amacıyla*" hizmet etme genel amacının meşruiyetini ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir.¹⁵

AİHM, son olarak müdahalenin *orantısız* olup olmadığını değerlendirmiştir. Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengeyi bozmaması gerektiğini, bu anlamda herhangi bir bedel ödenmeksizin mülkiyetin elden alınmasının orantısallık ilkesine aykırı olacağını vurgulayan Mahkeme, cemaat vakıflarının mülklerini kaybetmelerine neden olan süreçleri de bu açıdan değerlendirmiştir.

Mahkemeye göre cemaat vakıflarının bedel ödenmeksizin mülklerinden yoksun bırakılması, orantısallık ilkesine ve dolayısıyla mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmektedir.¹⁶

3.3. Nam-ı Müstear veya Nam-ı Mefhum Olarak Üçüncü Şahıslar Adına Kayıtlı Taşınmazlar ile Cemaat Vakıflarına Vasiyet Edildiği veya Bağışlandığı Halde, Mal Edinememe Gerekçesiyle Bu Vakıflar Adına Tescil Edilemeyen Taşınmazların Durumu

Osmanlı hukukunda 1912 yılına kadar cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerinin mümkün olmaması karşısında, cemaat vakıflarının tasarrufunda bulunan taşınmazlar üçüncü şahıslar adına tescil edilmiştir. Bu işleme, nam-ı müstear veya nam-ı mefhum denilmiştir.

Eski hukukumuzda nam-ı müstear, geçerliliği açıkça kabul edilmiş ve *Mecelle*'nin 1592, 1594, 1595. maddeleri ile bağımsız müessese olarak düzenlenmiş bir uygulamadır.

¹⁵ AİHM, 2. Dairesi'nin 08.07.2008 tarihli Fener Rum Patrikliği/Türkiye kararı.

¹⁶ AİHM, 2. Dairesi'nin 08.07.2008 tarihli Fener Rum Patrikliği/Türkiye kararı.

Nam-ı müstear işleminde, bazen bir sözleşme yapmak isteyen kimse, çeşitli düşünce ve hesaplarla o sözleşmenin tarafı olarak gözükmeyi istemez ve sözleşmede kendi yerine bir başkasının yer almasını sağlar. Bu kapsamda cemaat vakıflarının edindikleri taşınmazlar da (vakfın adına tescil mümkün olmadığı için) üçüncü şahıslar adına tescil edilmiştir.

Nam-ı müstear işlemi bir danışıklı işlemidir ve muvazaanın alt kategorisini oluşturur.

Cemaat vakıflarının nam- müstear veya nam-ı mefhum olarak tasarruflarında bulunan taşınmazlarının bu vakıflar adına tescil edilmesinin iki yönü bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi bu taşınmazların, cemaat vakıfları adına tesciline imkan sağlanıp sağlanmaması, ikincisi ise bu imkanın sağlanması durumunda uygulamanın mevzuata uygun olup olmamasıdır.

Önce, nam-ı müstear ya da ya da nam-ı mefhumlar adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakıfları adına tesciline yasal olarak imkan tanınmaması durumunu değerlendirelim.

Önceki bölümde vurgulandığı üzere AİHM içtihatlarına göre AİHS ile getirilen sistem mülk edinme hakkını değil, sadece mevcut mülkü korumaktadır.

Bundan dolayı (nam-ı müstear adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakıfları adına tesciline yasal olarak imkan tanınmadığı varsayımı altında) bir taşınmaz, herhangi bir tarihte cemaat vakfı adına tescil edilmiş ise bu taşınmazın cemaat vakfı adına tescil edilmesine yönelik olarak yasal düzenleme yapılmamasının AİHS'ne aykırılığı söz konusu olmayacaktır. Buna paralel olarak (önceki cümledeki varsayım altında) cemaat vakıflarına vasiyet edildiği ya da bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesi ile cemaat vakıfları adına tescil edilemeyen taşınmazların, bu vakıflar adına tescil edilmesine yönelik olarak yasal düzenleme yapılmaması da AİHS'ne aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bunun yanı sıra AİHM'nin Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye kararında vurguladığı üzere devletler neyin kamu yararına olduğu konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptirler. Bu kapsamda devletlerin, nam-ı müstear ya da nam-ı mefhumlar adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakıfları adına tescil edilmesi konusunda da geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır.

Ancak mevcut hukukumuz açısından nam-ı müstear ya da nam-ı mefhumlar adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakıfları adına tescil edilmesine yasal olarak imkan tanınmamasının AİHM nezdinde dava edilmesi gibi böyle bir durum söz konusu olmayacaktır. Çünkü 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun geçici 7. maddesi ile bu nitelikteki taşınmazların cemaat vakıfları adına tesciline imkan tanınmıştır.

Madde hükmüne göre cemaat vakıflarının 1936 beyannamelelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan fakat nam-ı müstear veya nam-ı mefhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar ile 1936 Beyannamesi'nden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edineme gereğiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazların cemaat vakıfları adına tescili mümkündür.

Dolayısıyla yukarıda nitelikleri belirtile taşınmazların cemaat vakıfları adına tescil edilmesinin Sözleşme'ye aykırılığı ya da uygunluğu, maddenin uygulanmasına yönelik idari işlemlerin yasal düzenlemeye uygunluğuna bağlı olacaktır.

Ancak AİHM, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun Geçici 7. maddesi ile getirilen düzenlemeyi etkili bir iç hukuk yolu olarak görmemiştir. *Mahkeme, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun Geçici 7. maddesi ile getirilen düzenlemeyi yeterli bulmayarak Türk Hükümeti'nin iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazını reddetmiştir.*¹⁷

5737 sayılı Kanun'un, (geçici) 7. maddesinin "hibe yoluyla edinilmiş taşınmaz mallara" atıfta bulunduğunu iddia eden¹⁸ Mahkeme, geçici 7. maddenin başvurana şikayetlerini makul bir çerçevede başarıyla sonuçlandırabileceği başvuru yolunu sunduğu hususunu kabul etmeye hazır olduğunu bildirmesine rağmen, iki gerekçe ile geçici 7. maddenin, tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olmadığına karar vermiştir.

Bu gerekçelerden bir tanesi, Hükümet'in geçici 7. maddenin başarı ile uygulandığına dair herhangi bir örnek verememesi, dolayısıyla

¹⁷ AİHM, 2. Dairesi'nin 16.12.2008 tarihli Samatya Surp Kevork Vakfı/Türkiye kararı.

¹⁸ Aslında durum böyle değildir, zira geçici 7. maddede sadece hibe edilen taşınmazlardan değil, satın alma ya da miras yolu ile edinilen taşınmazlardan da bahsedilmektedir.

bu yolun başarılı olduğunu kanıtlayamamasıdır. Oysa, (Mahkeme'ye göre) iç hukukta etkili ve yeterli başvuru yollarının bulunduğunu ispat etmek, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını yapan Hükümet'e düşen bir yükümlülüktür.

Ancak bu gerekçeyi anlamak mümkün değildir. Çünkü yukarıda örnek verilen Samatya Surp Kevork Vakfı, taşınmazlarının kendisine iade edilmesi için Vakıflar Meclisi'ne başvuruda bulunmamıştır.

Elbette ki bir iç hukuk yolunun etkili olduğunu ve başarı şansı bulunduğunu kanıtlamak, iç hukuk yolunun tüketilmediği itirazında bulunan hükümete aittir, ancak bu zorunluluğa uyulmaması, otomatikman iç hukuk yollarının etkili olmadığı anlamına gelmemektedir.

Bir iç hukuk yolunun etkin olduğunu ya da olmadığını ileri sürebilmenin ilk şartı, iç hukuk yolunun kullanılması amacına matuf bir başvurunun bulunmasıdır.

Bu yönde, iç hukuk yolunun kullanılması amacıyla yapılmış bir başvurunun bulunmadığı bir durumda Türk Hükümeti'nden iç hukuk yolunun etkili olduğunu ve başarı şansı bulunduğunu kanıtlaması nasıl beklenebilir ki?

Üstelik *"Hükümetin iç hukuk yolunun başarı şansını ve uygulanabilirliğini kanıtlayamadığı durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesinin zorunlu olmadığı"* yolundaki böyle bir kabul, hükümet iç hukuk yolunun etkinliğini ispat edemedikçe iç hukuk yoluna başvuru zorunluluğunu ortadan kaldırır ki, böyle bir durum hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile getirilen koruma mekanizmasının ikincil (tali) niteliğine aykırıdır, hem de cemaat vakıflarının geçici 7. madde kapsamında Vakıflar Meclisine başvuru yapmasını engeller.

Bu ikinci durumun (yani cemaat vakıflarının Vakıflar Meclisi'ne başvurmada isteksiz davranmasının) ise geçici 7. madde ile getirilen iç hukuk yolunun etkisizliğine ve dolayısıyla olayın bir kısır döngü haline gelmesine neden olacağı izah gerektirmeyecek kadar açıktır.

Mahkeme'nin ikinci gerekçesi ise, cemaat vakfının geçici 7. maddesi kapsamında lehte bir kararın elde edilebilmesi için Vakıflar Genel Meclisi'nin olumlu görüşünün alınması gerekmesidir ki bu gerekçenin ileri sürülmesi de anlaşılır gibi değildir.

Bir devletin cemaat vakfına taşınmazlarını iade etmesini, bir idari organın denetimine bağlaması kadar doğal ne olabilir ki? Böyle bir

idari denetimin olmadığı durumlarda, taşınmazların geçici 7. maddede sayılan niteliklere sahip olup olmadığını kim denetleyecektir?

Üstelik Vakıflar Meclisi'nin buradaki yetkisinin, takdir hakkı içerdiğini de söylemek mümkün değildir. Meclisin yetkisi, sadece taşınmazların geçici 7. maddede sayılan nitelikleri taşıyıp taşımadığını belirlemekle sınırlı kalacaktır. Geçici 7. madde, gerekli nitelikler taşıyan malların ilgili cemaat vakfı adına "tescil edilebileceğini" değil, "tescil edileceğini" hüküm altına almıştır. Dolayısıyla burada bir takdir yetkisinden söz etmek mümkün değildir.

Son olarak şunu belirtelim: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 05.02.1947 tarih ve 20/6 sayılı içtihadı birleştirme kararında takma ad (nam-ı müstear) davalarında iddianın ancak yazılı delille kanıtlanabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, nam-ı müstear ya da nam-ı mefhum adına kayıtlı olan taşınmazların aslında cemaat vakfının tasarrufunda olduğunun ve cemaat vakfının mülkiyetinde bulunması gerektiğinin yazılı delille ispat edilmesi gerekir.

4. Sonuç

Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusu, ülkemizde en sıkıntılı konuların başında gelmektedir. Üstelik bu süreç, ulusal ve uluslar arası konjonktürden önemli ölçüde etkilenmektedir.

Lozan Antlaşması ile başlayarak Cumhuriyet'in kuruluşundan 1974 yılına kadar olan dönemde cemaat vakıfları önemli bir sıkıntı ile karşılaşmamışlardır. Ancak 1974 yılından itibaren Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli kararından itibaren cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusunda hem yargı organları hem de idari organlar dar kapsamlı düşünmeye başlamışlar, bunun neticesinde de cemaat vakıflarının 1974 yılına kadar edindikleri ve adlarına tescil ettirdikleri taşınmazlar, Hazine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün açmış olduğu davalar neticesinde cemaat vakıflarının mülkiyetinden çıkarılmıştır.

Cemaat vakıflarının sahip olduğu taşınmazların, bu vakıfların mülkiyetinden çıkarılması AİHM tarafından mülkiyet hakkına aykırı bulunmuştur.

Sözleşmeci devletlerin vakıflar gibi tüzel kişiler tarafından taşınmaz edinilmesine ilişkin rejimi düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını vurgulayan Mahkeme'ye göre cemaat vakıflarına taşınmaz edinme konusunda bir sınırlama getirmeyen 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'ndan oldukça uzun bir süre sonra cemaat vakıflarına ait taşınmazların tapularının iptal edilmesi, "öngörülebilirlik" ve dolayısıyla hukuk tarafından öngörülme ilkesine aykırıdır. Üstelik Mahkeme, bu sürecin kamu yararına olabileceğini vurgulamakla beraber vakfın mülkiyetinde bulunan taşınmazların herhangi bir bedel ödenmeksizin vakıfların mülkiyetinden çıkarılması orantısallık ilkesine de uygun düşmediğini ifade etmiştir.

Ülkemizin Avrupa Birliği adaylığı sürecine girmesinin etkisinde hazırlanan ve kamuoyunda büyük tartışmalara neden olan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile cemaat vakıflarına taşınmaz edinme konusunda oldukça önemli imkanlar tanındığı görülmektedir.

Öncelikle cemaat vakıfları diğer vakıflardan ayrı tutulmayarak genel "vakıf" tanımı içinde değerlendirilmiş ve Kanun'un 12. maddesinde bu konuda bir sınırlama getirilmeksizin vakıfların serbestçe taşınmaz edinebilecekleri belirtilmiştir. Oysaki cemaat vakıflarına serbestçe taşınmaz edinme imkanı tanınması Lozan Antlaşması'nın cemaat vakıflarının sadece dini, sosyal ve hayri amaçlarla taşınmaz edinebileceklerini öngören 40. maddesine aykırıdır.

Kanun'un geçici 7. maddesi ile de 1936 Beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar ile 1936 Beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazların Vakıflar Meclisi kararı ile cemaat vakfı adına tescil edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Ancak geçici 7. madde ile getirilen düzenleme bile AİHM tarafından "enteresan" gerekçelerle yeterli görülmemekle, bu yolun "etkin" bir iç hukuk yolu olmadığına karar verilmiştir.

Mahkeme, bu konuda Vakıflar Meclisi'ne yapılmış herhangi bir başvuru bulunmamasına rağmen Türk Hükümetinin geçici 7. madde-

nin başarı ile uygulandığına dair herhangi bir örnek veremediğini, dolayısıyla bu yolun başarılı olduğunu kanıtlayamadığını vurgulamıştır. Oysaki ortada bir başvuru yoksa Türk Hükümeti bu yolun etkili olduğunu ya da olmadığını nasıl ispat edebilecektir.

Mahkeme'nin ikinci gerekçesi ise, cemaat vakfının geçici 7. maddesi kapsamında lehte bir kararın elde edilebilmesi için Vakıflar Genel Meclisi'nin olumlu görüşünün alınması gerekmesidir ki bu gerekçenin ileri sürülmesi de anlaşılır gibi değildir. Vakıflar Meclisinin takdir hakkı içermeyen olumlu görüşünün alınmasının ne gibi bir sakıncası olabilir ki? Böyle bir idari denetimin olmadığı durumlarda, taşınmazların geçici 7. maddede sayılan niteliklere sahip olup olmadığını kim denetleyecektir?

Fakat yine de 5737 sayılı Kanun, cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusundaki eleştirileri sonlandıramayacağı da görülmektedir. Özellikle, cemaat vakfı mülkiyetinde bulunan fakat daha sonra taşınmaz edinememe gerekçesi ile Hazine adına tescil edildikten sonra Hazine mülkiyetinden çıkarılan taşınmazların durumu, Türkiye'nin epeyce başını ağrıtabilecek gibi görünmektedir.