

TÜZEL KİŞİ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ - I*

Ebru Kayabaş**

Historical Developments of the Concept of Legal Person-I

ÖZ

Makale serisinin ilk kısmında modern hukukun tüzel kişilik teorilerinin temellerini diğer birçok hukuki kurum gibi Roma hukukundan aldığından öncelikle bu konu dönemin insan ve eşya birliktelikleri temel alınarak etraflıca incelenecektir. Ardından teorinin geliştirildiği Roma dönemi ve sonrası erken Avrupa hukuku kapsamında, önce Cermen Hukukunu ve bunun ardından Osmanlı ve çağdaşı devletlerdeki yenileşmeyi/batılılaşmayı da etkileyen Fransız Devrimi sonrası gelişmeleri içeren bir tahlil sonucunda tüzel kişilerin Türk hukukuna girişi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Roma hukuku, Tüzel kişi, Avrupa hukuku

ABSTRACT

In this part of the article series, since the foundations of theories of legal personality, like many legal bodies in modern law, are taken from Roman Law; this subject is, first of all, analyzed thoroughly based on the property-person nexus of the era. In the sequel, as a result of an analysis of the developments after the French Revolution which influenced first the German Law and then the renovation/Westernization of the Ottoman Empire and contemporaneous countries, the introduction of legal entities to Turkish Law is studied within the scope of early European Law during and post Roman era during which the mentioned theory was developed.

Keywords: Legal Personality, Roman Law, European Law.

...

* Makale yazarın “Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi” isimli doktora tezinin birinci bölümünde yer alan “Batı Hukukunda Tüzel Kişi ve Derneklerin Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi” başlıklı kısmından alınmış ve gözden geçirilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

A- Batı Hukukunda Tüzel Kişilerin Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi

İnsanın dışındaki birtakım farazi varlıklara hukuki bir kişilik kazandırmak tüzel kişi teriminin kendisinden çok daha uzak bir geçmişe dayanır. Bu nedenledir ki tüzel kişi ile ilgili uygulamalar kavramın ortaya atılışından ve bir terimle adlandırılmasından yani tüzel kişi ismini almasından çok daha eski zamanlarda da mevcuttu. 19. yüzyılda asırlardır var olan bir kavram metodolojik olarak sistematize edildi ve bir hukuki isimle taçlandırıldı.

Türk Medeni Hukuku'nun Roma-Cermen hukuklarının etkisi altındaki bir gruba dahil olması nedeniyle tüzel kişilerin tarihsel süreç içerisindeki gelişimi incelenirken Roma ve Cermen hukuklarının üzerinde durulması da gerekmektedir. Bu hukuk sistemlerinde gerçekleştirdikleri sosyal işlevleri dolayısıyla kişi birliklerinin özel ve kamu hukuku kişi birlikleri olarak çok kesin çizgilerle ayrılmış oldukları söylenemez. Yine özellikle Cermen hukukunda insanlar, bağımsız bireyler olarak değil, dahil olduğu birliğin üyesi olarak kabul edildikleri için hukuki alanda hak ve yükümlülükler sahip olmaları açısından birey yerine kişi birlikleri ön planda yer almıştır¹.

Kavramın Batı hukukuna yön veren Roma hukukundaki tarihsel seyrine geçmeden önce pek fazla bilinmeyen ve büyük oranda belgelerine ulaşılamayan eski/kadim devletlerin uygulamalarına göz atmakta fayda var.

Mısır hukukunda kişilerin hak ve borçlara ehil birer kişi olarak görülmesi yanında, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de hak ve borçlara ehil birer hukuki varlık oldukları kabul edilmişti. Her şeyden evvel devletin, tüzel kişiliğe sahip olduğu, onun kendisine ait bir hazinesi olduğu, bunun da malvarlığına karşılık geldiği, hak ve görevlere ehil olabildiği, gerçek kişiler gibi hukuki işlemler yapabildikleri kabul edilmiştir. Devletin tüzel kişiliğini temsil eden, onun bir organı telakki edilen devlet başkanı, bu tüzel kişiyi borç altına sokmaya, hukuksal tasarruflarda bulunmaya, devlet adına icrai faaliyetlerde mührünü basmaya, bu tasarrufları ya doğrudan doğruya kendisi ya da yetki verdiği devlet memurları vasıtasıyla yapmaya ehildir. Eski Mısır hukukunda, dinî mekânlara da günümüz vakıf statüsündeki gibi hukuki bir kişilik tanınmıştır. Bunların, belirli bir amaca tahsis edilmiş ve tamamen onların tasarrufunda bulunan taşınır ve taşınmaz mallarından ibaret bir mal varlığı vardı ve bu malların başkasına satılması veya bağışlanması kabul edilmiyordu. Ancak bu vakıfları kuranların onun gelirinden pay ya da hisse almalarına ve bu hisselerini miras yoluyla sonraki nesillere geçirmelerine imkan tanınmıştı. Bu durum da vakıf senedinde mutlaka belirtiliyordu. Eski Mısır hukukunda başka bir tüzel kişi izine hibe ile ilgili hükümlerde rastlanılmaktadır ki, bu durumda kişi mallarını, gerçek kişilerin yanında tüzel kişiliğe sahip kurumlara da bağışlayabiliyordu ve bu bağış ister gerçek, ister tüzel bir kişiye yapılmış olsun, devletin resmi makamlarının mührünü taşıyan resmi bir senetle belgelenmek zorundaydı².

¹ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, Cilt: II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 203.

² R. Galip Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951, s. 87-88; Hasan Hayri Çırak, "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)," (Yayınlanmamış Doktora Tezi), *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2001, s. 27.

Sümerler’de de kişilerin dışında bazı sosyal amaçlı kurumlar ve birliklere taşınmaz mala sahip olma hakkı tanınmıştır. Bu durum topluluklara hukuki bir kişilik tanınmış olduğunu göstermektedir³.

Önceki çağlarda Süleyman zamanında İbraniler’de de meslek örgütleri bulunduğu dair iddialar vardır ama bu iddialar kesin belgelerle ispatlanamamıştır⁴. Eski Yunan Hukukuna göre de tüzel kişi olarak adlandırılabilir kişi toplulukları mevcuttur. Atina’da gerçek kişilerin yanında başka birtakım topluluklara da mülkiyet hakkının tanınmış olması, bu toplulukların tüzel kişiliğe sahip olduklarını göstermektedir. Özellikle mabetler ve başka dinî kurumlara her türlü mülkiyet hakkı tanınmıştı. Dolayısıyla Eski Mısır hukukunda olduğu gibi Yunan hukukunda da, devletin dışındaki özel hukuk tüzel kişileri olarak derneklerden daha ziyade vakıflar ön plana çıkmaktadır⁵.

Ayrıca Yunanlılarda *Genos* adı verilen toplulukta belirgin bir tüzel kişi kurumu göze çarpmaktadır. *Genos*, anne-baba ve çocuklardan ibaret bulunan çekirdek aile dediğimiz şartlarda pek çok ailenin birliğinden meydana gelen ve bir çeşit aşiret mahiyetinde, geniş çaplı bir topluluktur. Her *Genos*’un başında bir şef bulunurdu ve şef, *Genos*’a dahil bireyler üzerinde mutlak ve sınırsız bir iktidara sahipti. Birliği oluşturan bireylerin serbestliği söz konusu değildi, herkesin şefe mutlak bir itaat göstermesi gerekiyordu. *Genos*’ta bireysel mülkiyet yoktu, kolektif mülkiyet vardı ve her şey yani tüm mallar *Genos*’un mülkiyetine dahil kabul edilmiş ve bu malların idaresi de şefe bırakılmıştır. Her *Genos*’un kendisine özgü bir yargı kurumu vardı ve bu kurum gerçekte şefin nüfuzu altında bulunmakta ve bu keyfiyet ona yargısal işlevlerinin ifası konusunda da tam bir yetki vermekteydi. Bu tür yargılamalar sonucu verilen cezalar arasında *Genos*’tan aforoz edilip sürgüne yollanmak da vardı⁶. Ayrıca *Gaius*’un naklettiği bir metne göre, Atina’da gemi inşa edenler birden fazla esnaf derneği nevinde teşekküller kurmuştur⁷. Bu nedenle, söz konusu kurumların Roma’ya Eski Yunan’ın etkisiyle nüfuz etmiş kurumlar oldukları söylenebilir.

1- Roma Hukukunda Tüzel Kişilerin Tarihsel Gelişimi

Çağdaş hukuktaki tüzel kişi kurumu temellerini Roma hukukundan almaktadır. Tüzel kişi ve derneklerin hukuki durumunun Roma hukuku içindeki gelişimi hem günümüz hukukundaki tüzel kişi teorilerine ışık tutacak, hem de doğrudan olmasa bile dolaylı olarak Roma Hukukundan etkilenen diğer hukuk sistemlerinin kavram üzerindeki düşüncelerine de yardımcı olacaktır.

Roma hukukunda tüzel kişi kavramı farklı bir gelişim çizgisine sahiptir. Romalılar “bütün hukuk insanlar içindir” kuralını benimsemişlerdi. İlk okunduğunda tanımdan çıkan kuralın

³ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 112.

⁴ Etienne Martin Saint-Leon, *Histoire des Corporations de Metiers*, Paris, Pres Universiter de France, 1941, s. 1.

⁵ Saint-Leon, *Histoire des Corporations de Metiers*, s. 1.

⁶ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 286; Hasan Hayri Çırak, “İslam Hukukunda Hüküm Şahsiyet (Tüzel Kişilik)”, s. 32.

⁷ Saint-Leon, *Histoire des Corporations de Metiers*, s. 2.

insandan başka varlıklara hak ehliyeti tanınmayacağı yönünde olduğu düşünülebilir. Ancak genel kanıdan farklı olarak bu kural, insanların toplu halde yaşarken izleyecekleri amaçlara ulaşmalarına hizmet edeceği düşüncesini ifade etmektedir. Bu amaçlara mutlaka tek tek kişiler vasıtasıyla ulaşılması zorunluluğu yoktur. Tüzel kişinin sonradan dikte edilen hukuk tekniği gereği ortaya çıkış nedenlerinden biri olan bir tek insan gücünün ve ömrünün yetmeyeceği, yine insanlara ilişkin bazı amaçlara ulaşabilmek için insanlardan oluşacak grupların emeğine başvurulması zorunluluğunun duyulması ve yine bazen bir mal topluluğunun belli bir amaca hizmet edecek şekilde tahsis edilmesi ve bunların onu belli bir amaca tahsis eden kişilerin bireysel faaliyetlerinden daha geniş olarak daha uzun süre etkin olması gerekliliği, Roma hukukunda da topluluklara bir kişilik tanınmasını zorunlu hale getirmiştir. Ancak yine de bahsedildiği gibi, Roma hukukunda tüzel kişilik, kavram olarak, çok geç doğmuş ve bir sistem olarak gelişmemiştir. Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışından sonra, Orta Çağ Avrupasında başlayan bir süreçte, Roma hukuk metinlerine dayanarak⁸ kavram ve buna bağlı olarak *Decuria*⁹ gibi kuramlar oluşturulmuş ve çeşitli tüzel kişi sınıflandırmaları yapılmıştır¹⁰. Söz konusu belgeler incelendiğinde, Roma hukukçularının tüzel kişi kavramıyla ilgilenmemiş olmalarına rağmen, tüzel kişiliğin ilkelerini çok açık bir şekilde belirlemiş oldukları görülür¹¹.

Devletin ilk dönemlerinde, Roma halkına ait mallar yani *res publica* (Roma devleti)¹² ile diğer topluluklara ait mallar ayrı bir rejime bağlanmamıştı; bu malların tamamı üzerinde müşterek mülkiyet ilkeleri uygulanırdı¹³. Buna dayanarak Roma hukukunun ilk devirlerinde tüzel kişiliğin hukuki bir değer taşımadığı söylenebilir¹⁴.

Honig'e göre, Roma hukukunda da kişi toplulukları bulunuyordu. Ancak bu topluluklar hukuk nazarında insanlar gibi hak sahibi değildi. Amaçlarının gerçekleştirilmesi için para ya da

⁸ Roma hukukunda kişi topluluklarının durumunun gerçek kişilere benzetilmesine imkan tanıyan bazı hukuki metinlere rastlanmaktadır. Ulpianus, "Topluluğa ifası gerekenin, onun üyelerine ifası gerekmez. Topluluğun ödemesi gerekenin de onun üyelerince ödenmesi gerekmez. *Decuria*'larda ya da tamamen farklı başka topluluklarda topluluğun üyelerinin aynı kalmasının ya da bir kısmının veya tamamının değişmesinin önemi yoktur." (D.3.4.7.1) ve (D.3.4.7.2) Samuel P. Scott, *Digesta, The Enactments of Justinian, The Digest or Pandects, Ulpianus, On the Edict, Book III, Title IV, 7, 1-2*, (Çevrimiçi) http://www.constitution.org/sps/sps03_j2-03.htm. 08.10.2008.

⁹ *Decuria*, on kişilik grup. Rivayete göre Kral Romulus tarafından tayin edilmiş ve sadece *patricius* denilen seçkin sınıftan oluşan; idare, seçim, askerlik ve din işleriyle meşgul halk meclislerinin her birine *curia* denirdi. *Curialar* sadece silahaltına alınabilen erkek Roma vatandaşlarından oluşurdu. *Curiaların* onar kişiden oluşan gruplarına da *decuria* denirdi. (Ziya Umur, *Roma Hukuku Lüğatı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s. 53, 55)

¹⁰ Özcan Karadeniz-Çelebicin: *Roma Hukuku*, 6. Bası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1997, s. 180.

¹¹ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 32.

¹² Roma hukukunda tüzel kişiliğin henüz bilinmediği dönemlerde Roma Devleti *Populus Romanus* olarak ifade edilirdi. Roma devletinin resmi adı *Populus Romanus*, resmi olmayan adı ise *res publica* yani kamuya ait şeydi. (Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959, s. 130.)

¹³ Berki, *Roma Hukuku*, Ankara, y.y., 1949, s. 136.

¹⁴ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 32.

mala gereksinim duyduklarında, bu edinilenler doğrudan doğruya topluluğa değil, topluluğun üyelerine ait oluyordu. Çünkü Romalılar henüz insan topluluklarının oluşturdukları birlikleri manevi ve soyut bir kavram olarak kabul etmiyorlardı. Her ne kadar bazı malların kamuya ait olduğu kabul ediliyorsa da bu mallar ticaret haricinde bırakılmış şeylerdi. Bu nedenle, *Populus Romanus* kamuya ait malların sahibi kabul ediliyordu. Diğer taraftan Roma halkının çok büyük bir grup olması nedeniyle özel bir şahsiyet, tüzel kişi olarak kabul edilemezdi ve tabii ayrıca o dönemde devletin tüzel kişi olduğu fikri mevcut değildi. Ancak daha sonra hukukçular tüzel kişi kavramını önce serbest kasabalar (*municipia-belediye*) ve koloniler (*colonia*) için ortaya koydular, bunların sahip oldukları mallar özel hukuka tabi tutuldu ve bu şekilde de *municipium* özel hukuk nazarında hak sahibi kabul edildi. Daha sonraları, *collegium*'lar (mesleki dernekler), *solidates*'ler (dinî dernekler) ve *universitas*'lar için de bu hak tanındı. Nihayetinde *res publicae*'lerin idaresinde devlet de tüzel kişi olarak tanındı ve bu nedenle de devlete *fiscus caesaris* (imparatorun hazinesi) denildi. Çeşitli kaynaklarda “fiscus”un alacaklılarından ve borçlularından bahsedilmesi de onun tüzel kişiliğe sahip kabul edildiğinin bir göstergesi olarak kabul edilir. *Municipia, universitates ve fiscus*, serbest topluluklar, korporasyonlar (*corpus corpora*) halini aldılar ve bu topluluk onu oluşturan kişilerin yanında yeni bir şahsiyet oluşturdu. Topluluğun malvarlığı artık üyelerinin üzerinden değil bizzat o topluluğun kendi malvarlığı olarak kabul ediliyordu¹⁵. Ancak Koschaker'e göre, devlet hazinesine tanınan çeşitli imtiyazlar, devletin özel hukukun dışında olması hakkındaki eski düşünce nedeniyle muhafaza edilmiştir¹⁶. Sonuç olarak, *Populus Romanus*'un Roma hukukunda hak sahibi olabilmesi başka kişi toplulukları için de örnek oldu denilebilir.

Roma hukukunda var olan *Universitates personarum*, genel olarak kişi toplulukları, özel olarak da ortak bir amacın gerçekleştirilmesini sağlamak için bir araya gelmiş gerçek kişilerin oluşturdukları topluluk olarak kabul edilirdi¹⁷. Ancak bu tabir yine daha sonrasına, Orta Çağ *postglossator*'larına aittir¹⁸. *Universitates Personarum* kavramı içinde yer alan en eski kurum *collegialar*dır¹⁹. Bunların yanında özellikle *solidates*lerin de özel bir önem taşıdığı görülmektedir. *Solidates*ler, dinî amaçlarla ya da bayramların birlikte kutlanması amacıyla kurulan özel nitelikte kişi topluluklarıdır, günümüz dinî amaçlı derneklerine benzerler. On İki Levha Kanunu'nda da sadece bu iki kişi topluluğu türünden söz edilmektedir ve nihayetinde *collegia/solidates* topluluklarına tam anlamıyla dernek kurma özgürlüğü tanınmıştı. Sekizinci Levha'da toplanma hakkına sahip olan derneklerin genel hukuk kurallarına aykırı olmadığı sürece sözleşme yapabileceklerinden bahsedilmektedir²⁰. Bu

¹⁵ Richard Honig, *Roma Hukuku Dersleri*, Çev. Şemseddin Talip, Capitolum II, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası, 1935, s. 68-69.

¹⁶ Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1971, s. 98.

¹⁷ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 35.

¹⁸ di Marzo, Salvatore: *Roma Hukuku*, 2. Bası, Çev. Ziya Umur, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 212.

¹⁹ *Collegia* esnaf dernekleri olarak çevrilseler de tüzel kişiliğe sahip tüm birlikleri kapsamaktadır.

²⁰ Scott, *The Laws of the Twelve Tables*, Table VII, Concerning the Laws of Real Property, Law II,

topluluklara Roma hukukunun ilk dönemlerinde büyük bir hoşgörü gösterildiği ve geniş bir özgürlük tanındığı görülmektedir. Ancak Cumhuriyet'in son dönemlerine doğru, bir yandan iç savaşlar, diğer yandan da dinî duyguların azalması nedeniyle solidateslerin siyasal amaçlarla kötüye kullanılmasına sebep olduğu görülmektedir; bunun üzerine Augustus döneminde çıkarılan *Lex Iulia* ile ancak senatonun izin (*concessio*) verdiği derneklerin kurulabileceği öngörülmüştür. Böylece, On İki Levha Kanunu ile tanınmış bulunan dernek kurma özgürlüğü geniş ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu dönemde özellikle Hıristiyan derneklerine hiçbir şekilde izin verilmiyordu. Kanun derneklerin iç düzenine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemişti. Derneğe üye alınması, üyelerin hak ve yükümlülükleri, organların seçimi gibi konular doğrudan doğruya derneğin tüzüğüne bırakılmaktaydı²¹.

Iustinianus devrinde, dernekler ve diğer tüzel kişilerin yanına vakıf türünde tüzel kişiler de eklenmiştir ve bu sayede tüzel kişi düşüncesi Roma hukuku alanında son şeklini almıştır²².

Roma hukuku özelinde dernek kurumunun gelişimine bakacak olursak, Romalıların kavram için üzerinde anlaşmaya varılmış ortak bir terime sahip olmadıkları görülür. Dernek türündeki toplulukları ifade etmek için aynı anlama gelen *collegium*, *corpus* gibi kelimelerden yararlanırlar. Çeşitli kişi topluluklarını ifade etmek için *universitas*, *societas*, *sodalitas*, *sodalitium* ve *ordo* terimlerinin kullanıldığı görülür. Bu terimlere rağmen Roma hukukunda daha ziyade ve sıklıkla dernekleri ifade etmek için, *collegium* ve *corpus*²³ kelimeleri tercih ediliyordu. *Collegium* tüzel kişiliği olsun olmasın tüm kişi topluluklarını, *corpus* ise daha çok tüzel kişiliği olan dernekleri ifade ediyordu. Bir derneğin kurulması için izin alma zorunluluğu doğduktan sonra, iki terim arasındaki anlam farkı daha da derinleşmiştir.

Roma hukukundaki başlıca dernek tipleri mesleki dernekler, özellikle zanaatçıların ve tüccarların kurduğu dernekler (*collegia officum, mercatorum*) ve dinî dernekler (*sodalitates, socii cultores*) ile cenaze defin (*collegia funeraticia*) dernekleridir. Tüm bu dernek çeşitlerinin ortak özelliği, kutsal dinî ödevlerin yerine getirilmesi açısından kamu hukuku karakteri taşımalarıdır. Roma hukukunda sadece özel hukuk karakteri taşıyan ekonomik ve ideal amaçlı dernekler bilinmemekteydi. Roma derneklerinde bulunan bu kamusal fonksiyon özellikle mahalle, semt ve kırsaldaki kişi birliklerinde (*montani, vicani, pagani*) ve kamu görevlilerinin kurduğu derneklerde (*decuriae apparitorum*) görülmekteydi. Derneğin temel kuruluş amacı dışında ek bir sosyal amacı da söz konusu olabilirdi. Tüm bu derneklerin amaçları arasındaki farklılık İlk İmparatorluk dönemiyle birlikte kalkmış ve ayırım gözetilmeksizin hepsi aynı şekilde *collegium* olarak adlandırılmıştı²⁴.

(Çevrimiçi) http://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm. 08.10.2008.

²¹ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 34.

²² Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 34.

²³ *Corpus*, *collegium*dan çok daha geniş bir anlama sahiptir. Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere bütün kişi topluluklarını içine alan bir üst kavram niteliğindedir. Dar ve teknik anlamda ise *corpus*, hukuken bir varlık olarak tanınmış, tüzel kişilik verilmiş kişi topluluğunu ifade ederdi. Batı dillerindeki kişi topluluklarını ifade etmek için kullanılan *corporation*, *körperschaft* gibi kelimeler de yine *corpustan* gelmektedir. (Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 46.)

²⁴ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 54-55.

Mesleki derneklerin (*collegia*) M.Ö. 600-500'lerde görülmeye başlandığı kabul edilir²⁵. Başka bir görüşe göre de Roma'da derneklerin ortaya çıkışı Etrüsk, Sabin ve Yunan uygarlıklarının etkisiyle M.Ö. 5. yüzyılın başlarıdır. Bu bilgiler çoğunlukla yazılı kaynaklardan değil, efsanelerden geldiği için derneklerin tam olarak Roma hukuk sahnesine ne zaman çıktığına ilişkin net bir şey söylenemez. Ancak derneklere ilişkin ilk düzenleme On İki Levha Kanunu'nda yapıldığından, en azından bu dönemde derneklerin kesin olarak var olduğundan söz etmek mümkündür. Bu tarihten sonra derneklere ilişkin yazılı kaynaklara da ulaşılabilmektedir²⁶. Daha sonra *Servius Tullius* M.Ö. 240 yılında bir kanun neşrettiği görülür. Bunda bilhassa Roma'da bulunan meslek teşekkülleri ile ilgili düzenlemeler vardır²⁷.

Augustus'a kadar dernekler bir nizamname ile kendilerini tanıtmak koşuluyla idari makamlardan izin almaksızın serbestçe kurulabiliyorlardı. Fakat kurulduktan sonra senatonun velayeti ve kontrolü altındaydılar²⁸.

Tarihin tüm dönemlerinde görüleceği gibi, dernek oluşumları devletin varlığını tehdit eden boyutlara geldiğinde sınırlamalara ve yasaklara tabi tutulmaktadırlar. Roma tarihinde sık sık çıkarılan yasalarla, siyasal karışıklıkları önlemek, bozulan kamu düzenini yeniden sağlamak üzere derneklerin siyasal faaliyetler sürdürmesi yasaklanmış ve bu faaliyeti yürüten dernekler de kapatılmıştır. Çeşitli yasaklarla devlet aleyhinde faaliyette bulunan derneklerin önü alınmayınca, dernek kurma özgürlüğünü önemli ölçülerde sınırlayan *Lex Iulia* (M.Ö. 67-64'ten önce) çıkarıldı²⁹. Bu yasa kesin olmamakla birlikte *Caesar* tarafından çıkarılmış ve *Augustus* tarafından uygulanmıştır. Bu kanuna göre, sadece eski ve kanuni/izinli dernekler varlıklarını sürdürmeye devam edebilirdi ve *collegium* perdesi altında kurulmuş olan *factiones*'ler (partiler) kapatılacaktı. Ayrıca bu kanuna göre yeni kurulacak olan tüm dernekler için, *senatus* (senato) ya da *princeps*'ten (başkan) izin alınması ve kuracakları derneğin kamuya yararlı olacağına dair belge, kanıt getirmeleri gerekiyordu³⁰. Tüm bu sınırlamalara rağmen, Roma İmparatorluğu'nda yine de çok sayıda ve türde dernek kurulmuştur.

Roma hukuku ticari nitelikteki topluluklara biraz daha çekingen davranmıştır. Ekonomik gelişmelere paralel olarak sonradan ticaret hukuku alanında da bazı tüzel kişiler görülmeye başlandı. Ancak yine de modern ticaret hukukunun sahip olduğu tüzel kişilerin Roma hukukunda bulunmadığı söylenebilir. Bu bağlamda *societas* (şirket) ile dernekleri birbirinden ayıran noktalara temas edilmelidir. Rızaya dayanan bir sözleşme olan şirketlerde birden fazla kişi, meşru bir yarar amacıyla mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ederlerdi. *Societas* yeni bir hukuk sujesi oluşturmayıp şirket ortakları arasında sözleşmeden doğan yükümlülükler doğuran bir hukuki ilişkiden ibaretti. Tüzel kişiliği olmadığı için

²⁵ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 53.

²⁶ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 52.

²⁷ Saint-Leon, *Histoire des Corporations de Metiers*, s. 3.

²⁸ Ferit H. Saymen, *Medeni Hukukumuzda Hükmî Şahıslar, Cemiyet, Vakıf, Tesis*, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1944, s. 12.

²⁹ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 34.

³⁰ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 34.

de şirketin malvarlığından söz edilemezdi, ortakların belirli amaçla bir araya getirdikleri malların mülkiyeti yine onlara aitti ve ortaklardan birinin ölümü veya çekilmesi halinde şirket sona ererdi. Derneklerde ise derneğin varlığı derneği kuran üyelerin varlığına bağlı değildi. Üyeler çekilse de veya ölseler dahi dernek varlığını sürdürmeye devam ederdi ve şirketin tersine derneğin üyelerin malı olmayan ayrı bir malvarlığı vardı³¹.

Tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olan vakıflar ise Roma hukukunun klasik döneminde bilinmiyordu. *Universitates Bonorum* terimi salt mal toplulukları için kullanılıyordu. Başlangıçta, bazı inançlı işlemlerle bir malın özel bir amaca özgülenmesi sağlanmaktaydı. Ancak Hıristiyanlığın kabulünden sonra 5. ve 6. yüzyıllarda kilisenin de etkisiyle gerçek anlamda vakıflar oluşturulmuş; önceleri sadece dinî ve yardım amacıyla kurulan vakıflar sonradan büyük gelişmeler göstermiştir. Dünyevi amaçlarla vakıfların meydana getirilmesi/ ortaya çıkması ise Reformasyondan sonra olmuştur³².

2- Avrupa Hukukunda Tüzel Kişi ve Derneklerin Tarihsel Gelişimi

Roma Devleti'nin ardından Roma hukukunun o dönemde var olan Kıta Avrupası hukuklarına büyük oranda etkisi ile Cermen Hukuku ortaya çıkmıştır. Kendilerini Roma hukukunun ve İmparatorluğunun varisi sayan Cermen İmparatorları Roma hukukunun kendi/ulusal mahkemelerinde uygulanmasını sağlamışlardır. Bu nedenle söz konusu dönem Avrupa hukukundan bahsedilecekse bu genellikle Cermen hukuku adı altında olacaktır.

a. Cermen Hukuku

Tüzel kişi kurumunun Cermen hukukundaki gelişim çizgisi biraz daha farklıdır. Zaman itibarıyla Orta Çağ'a geldiğinde somut bir tüzel kişi fikrine ve kavramına biraz daha yaklaşmıştır. Orta Çağ'ın dünya görüşü genel olarak kollektivisttir³³. Bu çağ, bireyleri birlikler ve topluluklar içine koyar ve kişi birlikler içinde ve birlikler için yaşar. Bireyin yaşam biçimini, eylemlerini, düşünce ve isteklerini birlikler belirler. Orta Çağ'ın başlarında özellikle Cermen hukuku, genel bir tüzel kişi anlayışına sahip olmamakla birlikte, öz halinde tüzel kişilerle iç içedir. Söz konusu devirde insanlar ortak bir amaç gütmek amacıyla tarım birlikleri, esnaf birlikleri gibi çeşitli kurumlar içinde toplanmışlar ve esnaflar, lonca, oda gibi adlar alan esnaf birlikleri halinde örgütlenmişlerdi. Bu gibi örgütler, muhakeme, ceza verme, güvenliği koruma, hatta üyelerinden vergi alma gibi kamu hukukunun alanına giren görevleri üstlenerek adeta bir kamu kurumu niteliği kazanmışlardır. Bunlara meslek örgütleri denirdi ve her birinde müstakil bir tüzel kişiliğin unsurları var olmasına rağmen, tüzel kişilikleri hukuk sisteminde kabul edilmemişti³⁴.

³¹ Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, s. 34 Koschaker, *Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, s. 95.

³² Ergun Özsunay, *Medeni Kanunumuzda Tüzel Kişiler*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1966 s. 5; Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1979, s. 42.

³³ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 7.

³⁴ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 8.

Cermen hukukunda kişilerin bir araya gelmesi (*sich vereinen*) fiillerinden türetilen dernek (*verein*³⁵) terimine ilk olarak 1400'lü yıllarda rastlanmaktadır. Aynı dönemde Cermen hukukunda yaygın olarak yer alan ve aralarında mesleki, dinî bir ortaklık bağı bulunan kişilerin bu bağ dolayısıyla bir mala birlikte malik olmalarını ifade eden “elbirliği mülkiyeti” (*Gesamteigentum, Eigentum zur gesamten Hand*) kurumu da tüzel kişi düşüncesinin gelişmesinde önemli bir rol oynamıştır³⁶. Elbirliği mülkiyeti ile birden fazla kişiyi, örneğin mirasçıları bir mal etrafında toplamakta ve bu mal, o kişiler tarafından elbirliği ile işletilmekte; her malikin mülkiyet hakkı, o malın belirli bir payında değil, tamamı üzerinde bulunmaktaydı. İşte bu müşterek mal zamanla üçüncü kişilere karşı müstakil bir topluluk, bir birlik olarak kabul edilmeye başlandı ve bunun kendisine ait mali bir sorumluluğunun varlığı kabul edildi³⁷. Bunların tüzel kişiliği bulunmaması nedeniyle bu tür bir ilişkinin günümüz hukukundaki adi şirket ilişkisi ile benzerlik arz ettiği söylenebilir.

Cermen hukukunda müşterek mülkiyetin üçüncü kişilere karşı bağımsız bir varlık yani şahsiyet halini alması çeşitli aşamalardan sonra gerçekleşmiştir. Bu da ancak 1200'ün başlarından itibaren şehirlerin gelişmesi nedeniyle. Bu süreç şehirlerin vatandaşların kişiliğinden bağımsızlaşmaya başlayarak müstakil, kişiler üstü varlık kazanması ve bunun süreklilik arz etmesi, bunun beraberinde şehir örgütünün ve organlarının oluşmasına yol açmıştır. Bu gelişmeyle birlikte bireylerin oluşturduğu birlikler de kendi örgütlenmelerine sahip olmaya başlamışlardır³⁸. Önce bu geçici ve çekirdek halindeki kişilikten *Genossenschaft* adı verilen bir dernek tarzına geçilmiş ve bunu takip eden zamanda, bağımsız bir malvarlığı şeklini almış olan ve bağımsız bir şekilde idare edilen *müşterek mal* herkes tarafından bağımsız olarak kabul edilmiş ve kendisini meydana getiren insanlardan ayrı bir varlık olarak kabul olunmuştur. Bu gerçeklik süreç içerisinde tedricen hukuki sahada da kendisini kabul ettirmiştir. Fakat bu aşamada bile ortaklar arasındaki insani bağ tamamen yok olmuş değildir³⁹. Temeli, iştirak halindeki mülkiyet olan bir korporasyon halindedir. Bununla birlikte, artık hukuki korporasyon fikri de belirmiştir; *Genossenschaft* üçüncü şahıslara karşı tek bir şahıs, ortaklara karşı ise iştirak halinde mülkiyet (Yeni Medeni Kanun terimiyle: elbirliği mülkiyeti) görüntüsündedir⁴⁰.

Kilise hukukçuları ve glossatörlerin etkisi altında Cermen hukuku, bir aşamadan daha geçerek tam anlamıyla tüzel bir kişiliğe sahip *körperschaft* (corporation, şahıs birliği) adını taşıyan bir kurum meydana getirmiştir. Tamamen realist olan *Genossenschaft*'a karşılık *Körperschaft* tam manasıyla fikri bir eserdir. Glossatörler bunu, Roma Hukukundaki *Universitates* kavramından

³⁵ Bugün anladığımız anlamda dernek terimi olarak “verein” Almanya’da ilk kez Königsberg’te 1808’de Kant’ın da üyeleri arasında yer aldığı “Erdem Birliği” adını taşıyan kuruluşla kullanılmaya başlanmıştır. (Bernhard, Reichert, Franz J. Dannecker, Christian Kühr: *Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts*, Luchterhand (Neuwied), 1977, s. 4.)

³⁶ Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, s. 5-6.

³⁷ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk I*, İstanbul, 1948, s. 220.

³⁸ Dural ve Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, s. 204-205.

³⁹ Saymen, *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, Cemiyet, Vakıf, Tesis*, s. 15.

⁴⁰ Saymen, *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, Cemiyet, Vakıf, Tesis*, s. 15; Çırak, “İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik),” s. 37-38.

çıkarmışlardır. *Genossenschaft*'taki kişisel ilişkiler yavaş yavaş silinmekte ve yerini birlik ve bu birliğin kişiliği kavramına bırakmaktadır. Bu aşamada artık öne çıkan amaç kavramıdır ve bir amaca tahsis edilen malvarlığının bağımsız bir mevcudiyete sahip olacağı düşüncesi hakim bulunmaktadır. Bu bahsedilen anlamda, malı belli bir amaca tahsis eden kişinin iradesi bağımsızlığı da oluşturur. Bu fikir daha sonra, mal topluluklarından soyut tüzel kişilikler yani dernekler yönünde de genişlemiştir. Bu şekilde artık realitenin değil, başlı başına bir iradenin meydana getirdiği tüzel kişilik kavramına ulaşılmış ve bunlara genel olarak *corpus* adı verilmiştir⁴¹.

Corpus, organik bir bütünü temsil eder ve bireyler bu bütünün içerisinde koordine edilmiş üye konumunun haricinde bir değer taşımamaktadır. Bunun üzerine birliği meydana getirenler üyeler değil, bizzat bu corpusun kendisi olmaktadır. Almanya'da *körperschaft* özellikle ideal bir amaç izleyen kamuya faydalı dernekler, vakıflar için kullanılmakta/uygulanmakta, *genossenschaft* ise ekonomik amaç izleyen, kâr paylaşmayı hedefleyen şirketleri ifade etmektedir ve bugün Alman hukuk dilinde “kooperatif” karşılığı kullanılmaktadır⁴².

Bu şekilde bir gelişimin ardından Cermen hukukunda üç tür tüzel kişilik meydana gelmiştir: İlki devlet, kilise, üniversiteler gibi amaçları tamamen ideal olan tüzel kişilerdir; bunların oluşması kanun koyucunun iradesine bağlıdır ve kamu hukukunu ilgilendirir. İkincisi gerçek kişilerden oluşan şirketlerdir ve bunlar tamamen kişi iradesinden doğmakta ve hukuk düzeni tarafından tanınmaktadırlar. Üçüncüsü ise, mallardan oluşan vakıflardır ki, bunlar da yine kişilerden oluşan tüzel kişilerin tabi oldukları rejime bağlı bulunmaktadır⁴³. Anglo-Sakson hukukunda, özellikle İngiltere’de “taht” bir tüzel kişi olarak kabul edilmektedir⁴⁴.

Cermen hukukunun ilk zamanları vakıf kurumuna yabancıydı. Daha sonra Roma hukukunun kabul edilmesiyle birlikte dinî amaca yönelmiş malvarlığı tahsislerinde kilisenin malvarlığını yönetmesi durumunda, bunun işlevinin ve amacını gerçekleştirme çalışanının ötesinde yönetim organı ismiyle anılmaya ve nitelendirilmeye başlanması ile dinî amaçlara tahsis edilen malvarlıklarının vakıf olarak nitelendirilmesine yol açmıştır⁴⁵.

b. Avrupa’da Modernleşme Sürecinde Tüzel Kişi ve Derneklerin Gelişimi

Modernleşme sürecinde Avrupa’da dernek türünden tüzel kişilerin gelişmelerine bakıldığında, özellikle bilimsel derneklerin, deneysel bilimin gelişmeye başlaması ile deneysel

⁴¹ Saymen, *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, Cemiyet, Vakıf, Tesis*, s. 15.

⁴² Saymen, *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, Cemiyet, Vakıf, Tesis*, s. 16; Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk I*, s. 220.

⁴³ Saymen, *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, Cemiyet, Vakıf, Tesis*, s. 16.

⁴⁴ Buna göre: “Yapay kişilerin en büyüğü, siyaset bakımından ifade edersek, devlettir. Devlet ve resmi başkanına (titular head) resmi olarak ne ölçüde yapay kişi gibi davranıldığı veya böyle olup olmadığı her ulusun (commonwealth) hukuki kurumlarına ve teamüllerine bağlıdır. İngiltere’de biz şu anda tahtın bir tüzel kişi olduğunu söylüyoruz: Kral ölünce sağladığı barışın da kendisiyle birlikte öldüğü ve gücü yeten herkesin bir başkasını soyduğu dönemlerde ise bu tabii ki böyle değildi.” (Ayrıntılı bilgi için bkz. Frederic W. Maitland, “Bir Tüzel Kişi Olarak Taht,” Çev. Ülker Yükselbaba, İstanbul, *İÜHFİM*, Cilt: LXIV, Sa.: 2, 2006, s. 411.)

⁴⁵ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, s. 205.

doğa çalışmalarının devam ettiği bir dönemde 17. yüzyıl başlarında kurulmaya başladıkları görülür. Önce resmi olmayan toplantılar şeklinde başlayan örgütlenmeler daha sonra devletin destek ve onayı ile özerk resmi kuruluşlara dönüşecektir. Bu tür resmi olmayan toplantıların 1560'larda başladığı düşünülmektedir. Bu şekilde bilinen ilk dernek ise Galilei'ye bağlı olarak *Accademia dei Lincei* ismiyle Roma'da kurulmuştur. Buna yakın tarihlerde Medici'ler Floransa'da *Accademia dei Cimento* ismiyle bir grup kurar. Üyeleri Galilei'nin öğrencileri olan grup 10 yıl boyunca faaliyetlerine devam eder. Kısa süreli olmasına rağmen barometre, mikroskop, termometre gibi araçların keşfine yardımcı olmuşlardır⁴⁶.

İngiltere'de ise Londra merkezli *London Royal Society* isimli dernek de resmi olmayan toplantılardan doğmuştur. Kurumun üyeleri haftada bir gerçekleştirdikleri buluşmalarına 1645 tarihinde başlamışlardır. Kesintiye uğrayan toplantıları 1660 tarihinde yeniden başlar ve 1661'de hükümetin/krallığın onayıyla resmileşir ve *royal* sıfatını alır. Bilimsel çalışmalarını resmi olarak sürdüren dernek, 1664 tarihinde bilimsel nitelikli ilk dergi olan *Philosophical Transaction*'ı çıkarmaya başlamıştır.

Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde aynı yıllarda benzer amaçlarla bilimsel dernekler kurulmaya başlamıştır. XIV. Louis'nin 1666 tarihinde kurduğunu ve kendi özel hazinesinden desteklediği *Académie des Sciences* bunlardan biridir. Bu derneğin örgütlenişi birçok Avrupa ülkesine de model olur. 18. yüzyıla gelindiğinde Avrupa'nın birçok ülkesinde resmi olarak örgütlenmiş bilimsel araştırma kurumları, dernekler görülür⁴⁷.

c. Fransız Devrimi Sonrası Gelişmeler

Orta Çağ'dan farklı olarak bu dönem bireycidir ve bireyi birliklere bağlayan bağları koparmıştır. Kişiyi yaşam ve kişisel uğraşlarında özgürlük tanımış, kişilik haklarını geliştirmiştir. Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren modern birlikler çok daha güçlü bir şekilde tekrar sahneye çıktı. Anılan birliklerin eskilerinden farkı, birliklere ilişkin düzenin tamamen bireyci bir temele oturmasıdır. Derneklere girmek eski uygulamadan farklı olarak tamamen kişinin isteğine bırakılmış, dernek kurma ve derneğe üye olma özgürlükleri genişletilmiş ve bu gelişim modern düzenlemeleri geniş ölçüde etkilemiştir⁴⁸.

19. yüzyılda tüzel kişilerin hukuki niteliğinin ortaya çıkarılması amacıyla çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Söz konusu teoriler zaman içinde çok çeşitli yazarlar tarafından çok çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Aşağıda zikredilecek olan sınıflandırmada esas alınan İsviçreli hukukçu Tuor tarafından yapılan sınıflandırmadır. Bu dönem tüzel kişi olgusunun tarihsel süreç içerisinde geliştiği ve fakat henüz kanunlarda yer edinmediği bir dönemdir. Söz konusu teoriler üç ana grup altında toplanabilir. Bunlardan ilki Romanist hukukçular

⁴⁶ Alkan, "1856-1945 İstanbul'da Sivil Toplum Kurumları," s. 85-86; Ekmeleddin İhsanoğlu, "Modernleşme Süreci İçinde Osmanlı Devletinde İlmî ve Meslekî Cemiyetleşme Hareketlerine Genel Bir Bakış," *Osmanlı İlmî ve Meslekî Cemiyetleri*, 1. Milli Türk Bilim Tarihi Sempozyumu, Ed. Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul, İÜEF IRCICA, 1987, s. 1-2.

⁴⁷ Alkan, "1856-1945 İstanbul'da Sivil Toplum Kurumları," s. 86.

⁴⁸ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 8.

tarafından savunulan *varsayım teorisi*, ikincisi Germanist hukukçular tarafından savunulan *gerçeklik teorisi*, üçüncüsü ise *soyutlama teorisi*dir⁴⁹.

Varsayım teorisi (*Farazi kişilik teorisi-Fiksionstheorie*-) Savigny, Puchta, Windscheid gibi Romanistler tarafından ortaya atılmıştır. Savunucularına göre, yalnızca gerçek kişiler hak sahibi olur ve borç altına girebilir. Ancak pratik ihtiyaçların varlığı durumunda yani bir hakkın bir ya da birkaç gerçek kişiye ait olması durumunda arzulan sonucun sağlanamayacağı hallerde başka (yapay) varlıkların da hak sahibi olması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. İşte bu ihtiyacı karşılamak amacıyla hukuk düzeni insanlar dışında yapay varlıklara da kişilik tanımıştır. Bu nedenle de tüzel kişiler gerçek varlıklar olarak değil, tamamen hukuk düzeninin teknik çare olarak başvurduğu yapay varlıklar olarak kabul edilmelidirler. Bu da dolayısıyla bir varsayıma dayanır. Tüzel kişilerin gerçek olmayan, varsayıma dayalı yapay kişiler olarak kabul edilmesi, tüzel kişilerin fiil ehliyetlerinin bulunmadığı sonucunu da doğrudan doğruya ortaya çıkarır. Çünkü gerçek olmayan varlıkların iradeye de sahip oldukları düşünülemez. Böylece kendi davranışları yoluyla hak kazanmaları, borç altına girmeleri de söz konusu edilemez. Bu nedenle de tüzel kişiler, çeşitli gerekçelerle fiil ehliyetine sahip kabul edilmeyen insanlarda olduğu gibi, bu ehliyetlerini temsilcileri yoluyla kullanırlar. Bu sayede hak sahibi olabilir, borç altına girebilirler. Ayrıca gayet doğal olarak iradesinin olmaması nedeniyle temsilcinin haksız fiilinden tüzel kişi sorumlu olmaz⁵⁰.

İkinci teori ise Gerçeklik Teorisi'dir (*Realitaetstheorie*). Postglossatör'lerden beri varsayım teorisini savunan Romanistlere karşı Germanistler tarafından ortaya atılmıştır. En önemli temsilcileri Otto von Gierke ve Beseler'dir. Savunucularına göre, tüzel kişiler de tıpkı insanlar gibi gerçek varlıklardır ve irade sahibi olurlar. İnsanlardan ayrıldığı nokta maddi varlıklarının bulunmamasıdır. Böylece bir sosyal olgu olarak var olan tüzel kişilerin varsayıma dayanan, irade sahibi olmayan, yapay varlıklar olarak tanımlanmaları doğru değildir. Onlar da insanlar gibi fiil ehliyetine sahiptir ve cismani nitelik taşımasa da organları vardır. Bu organları vasıtasıyla da faaliyetlerini yürütürler. Organ sıfatını taşıyan gerçek kişilerin fiilleri tüzel kişinin fiili olarak kabul edilir. Varsayım teorisinin aksine organlar temsilci olarak hareket etmediklerinden organın haksız fiilinden tüzel kişi sorumludur⁵¹.

Üçüncü ve son teori ilk iki teorinin bulgu ve sonuçlarını birleştirmeye çalışan soyutlama teorisi (*abstractionstheorie*). Buna göre tüzel kişiler doğal varlıklar olmayıp insan aklının bir yaratacısıdır. Bununla beraber tüzel kişi ne aklın bir ürünü, ne de hayal gücünün bir varsayımdır. Tüzel kişi aslında mevcut olandan çıkarılan bir soyutlamadır. Mevcut olan

⁴⁹ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, s. 206; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 47.

⁵⁰ Cahit Oğuzoğlu, *Eski ve Yeni Telakkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, Ankara, Hukuk İlmîni Yayma Kurumu Konferanslar Serisi, 1937, s. 13--16; Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, s. 206; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 47; Freund, *The Legal Nature of Corporations*, s. 10.

⁵¹ Oğuzoğlu, *Eski ve Yeni Telakkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, s. 13-19. Tüzel kişilerin kanun tarafından düzenlenmesi aşamasında kanun koyucuların üzerinde etkisi olmuştur. Bu açıdan Türk Medeni Kanunu'nda gerçeklik teorisinin yansımaları bulunduğu söylenebilir. (Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, s. 207)

şey bir kişi ya da mal topluluğunun olaylar alanında yer almasıdır. İşte bu tür bir soyutlama ile olaylar alanında yaşayan bu kişi ya da mal topluluklarına bir kişilik verilmektedir⁵².

Özel hukukta kişi ve mal topluluklarına tüzel kişilik tanınması ancak 1789 Fransız Devrimi sonrasında ve takip eden döneme denk gelir. Ancak Fransız Devrimi'nin bu konuya yaklaşımı başlangıçta hiç de olumlu olmamıştır. Devrimin ardından meslek topluluklarının ve din adamlarının dernekleştiklerinin görülmesi ve bunun da devrime zararlı olabilecek ihtimaller barındırdığının tespit edilmesi nedeniyle dinî dernekler 1790-1792 yasaları ile, esnaf dernekleri ise *Le Chapelier Yasası* ile 1791'de yasaklandı ve ortadan kaldırıldı. İmparatorluk döneminde de dernekleşmeye bazen izin verilmiş, bazen de yasaklanmıştır. Anlaşıldığı kadarıyla bu konuda belirli bir kural ve değişmez bir tutum yoktur⁵³. Örneğin *İmparatorluk* döneminde ihtilalci birçok derneğin kurulması üzerine 1810 tarihli Ceza Kanunu'nun 291. maddesinin i fıkrası ile dernek kurma hakkı bir hayli kısıtlanmış, yirmi kişiden fazlasının; din, kültür, politika gibi konularda kuracakları dernekler ancak yetkili organların bu derneğin toplum için bir tehlike yaratmayacağına karar vermeleri şartıyla, yani hükümetin izni ile kurulabilir hükmü getirilmiştir. *Restorasyon döneminde* de bu madde var olmasına rağmen, bu sefer de yöneticilerin müsamahalı tutumu ve izinleri dolayısıyla vatandaşlar büyük bir serbesti içinde dernek kurabilmişlerdir. Hatta bu dönemde vergi ödememek için kurulan dernekler bile kendini göstermiştir; ne var ki rejim bunlara müdahale edecek olanağı bulmadan sona ermiştir. *Temmuz Monarşisi* ise başından beri derneklere karşıydı ancak Ceza Kanunu'nun 291. maddesi elinde olmasına rağmen jürilerin derneklere karşı anlayışlı bir tutum içinde bulunmaları nedeniyle, 10 Nisan 1834 tarihinde yeni bir yasa yapıldı. Bu yasa ile para cezaları arttırıldı ve hapis cezası da getirildi. Ayrıca artık bu suçlar için jüri de söz konusu olmuyordu⁵⁴.

1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nda (*Code Civil*) tüzel kişilere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla beraber, geçmişte olduğu gibi Fransa'da da toplumsal yaşamın gereklilikleri yasa koyucuyu zamanla tüzel kişiliği tanımak zorunda bırakmıştır⁵⁵.

1848 tarihinden sonra dernek kurma konusunda bir serbestliğe doğru gidildiği gözlemlenmektedir. Artık sadece gizli dernekler yasaklanıyor ve siyasal amaçlı derneklerin ise kuruluşlarında bildirimde bulunmaları ve oturumlarını açıklamaları gerekiyordu⁵⁶. Fransa'da bu konuda en önemli adım 1 Temmuz 1901 tarihli kanun ile atılmış ve bir yandan 19. yüzyılın bireyci düşüncesini diğer yandan da ekonomik alandaki liberalizmi yansıtan bu yasa ile özel hukuk alanındaki derneklere tüzel kişilik tanınmıştır⁵⁷. Yasa dernek kurmayı düzene sokmanın yanında bugün uygulanan rejimi de meydana çıkarmıştır. Bu kanunla dernek, temelinde insanların iradelerinin birleştiği bir sözleşme olarak düşünülmüştür⁵⁸.

⁵² Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 49.

⁵³ İlhan Akın, "Dernek Kurma Özgürlüğü," *İÜHF*, Cilt: XXXII, Sayı: 1-4, 1966, s. 476; İlhan Akın, *Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1971, s. 176.

⁵⁴ Akın, *Temel Hak ve Özgürlükler*, s. 176-177.

⁵⁵ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 8.

⁵⁶ Akın, *Temel Hak ve Özgürlükler*, s. 177.

⁵⁷ Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, s. 6.

⁵⁸ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 9.

Akın; kanunda geçen sözleşme kelimesinin bir akit olarak algılanmaması gerektiğini düşünmektedir. Ona göre, yasa koyucu sözleşme (anlaşma) derken sadece bir dernek kurmanın ya da bir derneğe katılmanın ancak insanların serbest iradelerini açıklamalarıyla olabileceğini belirtmek istemiştir.⁵⁹ Özel hukuk tüzel kişilerine tüzel kişilik tanınmasına karşın sıkı şekil şartları nedeniyle özünde tutucu bir görüşü yansıttığı söylenebilir. Bu kanun kesin olarak “varsayım teorisi”nden etkilenmekte, tüzel kişilere hak ehliyetini “izin” yoluyla vermekte ve derneğin malvarlığının üyelerinin malvarlığı olmasını kabul etmektedir.⁶⁰

1909 tarihli Osmanlı Cemiyetler Kanunu’nun da esinlendiği 1901 tarihli Fransız Cemiyetler Kanunu’na göre dernekler iki kategoriye ayrılmıştır. Bunlar:

1. Özel hükümlere tabi dernekler: Bu kategoride 1901 tarihli kanuna tabi olmayan ya da bu kanunla ayrı mahiyette bir işleme tabi tutulmuş bulunan dernekler yer alır. Dinî dernekler ve ayrıcalıklı dernekler örnek olarak verilebilir.

2. Genel hükümlere tabi dernekler: Burada söz konusu olan 1901 tarihli kanuna tabi tutulmuş bulunan derneklerdir ve başlıca üç gruba ayrılırlar:

- *Associations non-déclarées*: Usulen bildirim yapılmadığı için idarenin varlıklarından haberi olmadığı derneklerdir. Bunlar hukuken mevcuttur, fakat kanuna göre ehliyetleri ve tüzel kişilikleri yoktur.

- *Associations déclarées*: Usulüne uygun şekilde idareye bildirilmiş olan dernekler.

- *Associations reconnues d'utilité publique*: Kamuya yararlı dernekler⁶¹.

1901 tarihli Fransız Cemiyetler Kanunu ile 1909 tarihli Osmanlı Cemiyetler Kanunu’nun ayrıntılı bir şekilde incelemesi ve karşılaştırılması, tüzel kişilerin İslam hukukunda gelişimi bahsinde bir sonraki makalede ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Kaynakça

- Akın, İlhan: “Dernek Kurma Özgürlüğü,” *İÜHF*, Cilt: XXXII, Sayı: 1-4, 1966.
 Akınal, Teoman: *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.
 Berki, Mehmet Şakir: *Roma Hukuku*, Ankara, y.y., 1949.
 Çırak, Hasan Hayri: “İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik),” (Yayınlanmamış Doktora Tezi), *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2002.
 DiMarzo, Salvatore: *Roma Hukuku*, 2. Bası, Çev. Ziya Umur, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959.
 Dural, Mustafa, Tufan Ögüz: *Türk Özel Hukuku*, Cilt: II, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
 Freund, Ernst: *The Legal Nature of Corporations*, Second Edition, Ontario, Batoche Books, 2000.
 Hatemi, Hüseyin: *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I*, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1979.
 Honig, Richard: *Roma Hukuku Dersleri*, Çev. Şemseddin Talip, Capitolivm II, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası, 1935.
 İhsanoğlu, Ekmeleddin: “Modernleşme Süreci İçinde Osmanlı Devletinde İlmî ve Meslekî

⁵⁹ Akın, *Temel Hak ve Özgürlükler*, s. 177.

⁶⁰ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 9.

⁶¹ Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, s. 9-10.

- Cemiyetleşme Hareketlerine Genel Bir Bakış,” *Osmanlı İlmî ve Mesleki Cemiyetleri*, 1. Milli Türk Bilim Tarihi Sempozyumu, Ed. Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul, İÜEF IRCICA, 1987.
- Karadeniz-Çelebican, Özcan: *Roma Hukuku*, 6. Bası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1997.
- Koschaker, Paul, Kudret Ayiter, *Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1971, s. 98.
- Küçük, Eşref: *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Maitland, Frederic W.: “Bir Tüzel Kişi Olarak Taht,” Çev. Ülker Yükselbaba, İstanbul, *İÜHFM*, Cilt: LXIV, Sa.: 2, 2006.
- Oğuzoğlu, Cahit: *Eski ve Yeni Telakkilere Göre Hükmi Şahsiyet*, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi, 1937.
- Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: *Roma Hukuku*, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959.
- Okandan, Recai Galip: *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951.
- Özsunay, Ergun: *Medeni Kanunumuzda Tüzel Kişiler*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1966.
- Reichert, Bernhard; Franz J. Dannecker, Christian Kühr: *Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts*, Luchterhand (Neuwied), 1977.
- Reichert, Franz J., Dannecker, Christian Kühr: *Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts*, Luchterhand (Neuwied), 1977.
- Saint-Leon, Etienne Martin: *Histoire des Corporations de Metiers*, Paris, Pres Universiter de France, 1941.
- Saymen, Ferit H.: *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, Cemiyet, Vakıf, Tesis*, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1944.
- Saymen, Ferit H.: *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, Cemiyet, Vakıf, Tesis*, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1944.
- Scott, Samuel P. : *Digesta*, The Enactments of Justinian, The Digest or Pandects, Ulpianus, On the Edict, Book III, Title IV, 7, 1–2, (Çevrimiçi) http://www.constitution.org/sps/sps03_j2-03.htm. 08.10.2008.
- Umur, Ziya: *Roma Hukuku Lüğati*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: *Medeni Hukuk I*, İstanbul, 1948.

