

ALMAN DERNEKLER HUKUKUNDAKİ REFORM ÇALIŞMALARINA BİR BAKIŞ

A Study on Association Law Reform Projects in Germany

Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER*

Giriş, I. Alman Dernekler Hukukunun Temel Yapısı, A. Genel Olarak, B. Hak Ehliyeti Olan Dernekler, 1. İktisadi Dernekler, 2. İktisadi Olmayan (İdeal) Dernekler, C. Hak Ehliyeti Olmayan Dernekler, II. Alman Dernekler Hukukunda Değişiklik Öngören Tasarılar, A. Bakanlık Tasarısında Öngörülen değişiklikler, 1. Genel Olarak, 2. İdeal Derneklere İktisadi Faaliyetlerde Bulunma Olanasının Tanınması (Yan Amaç Muafiyeti), a- Değişikliğin gerekçeleri, aa- Genel olarak değişikliğin amacı, bb- Tasarı ile dernekler hukukuna getirilmek istenen dernek anlayışı, cc- Yan amaç muafiyeti ile ilgili düzenleme, aaa- Tasarının bakış açısından düzenlemeye duyulan gereksinimin açıklanması, bbb- Madde önerisinde öngörülen değişiklikler, b- Değişikliğe ilişkin doktrindeki görüşler, aa- Mevcut ideal dernek anlayışı açısından Tasarının eleştirisi, bb- Yan amaç muafiyeti ile ilgili görüşler, aaa- İktisadi faaliyetin iktisadi olmayan amaca hizmet etmesi şartına ilişkin görüşler, bbb- İktisadi faaliyetin iktisadi olmayan faaliyetler karşısında nispeten önemsiz kalması şartına ilişkin görüşler, ccc- Tasarının derneğin amacı ile iktisadi faaliyeti arasında işlevsel bağlantı aramamasına ilişkin görüşler, ddd- Tasarının yan amaç muafiyeti açısından derneğin kendi iktisadi faaliyetini esas alan düzenlemesine ilişkin görüşler, 3. İktisadi Derneklerin Kaldırılması, a- Tasarının gerekçesine göre § 22 hükmünün kaldırılmasının nedenleri, b- Değişikliğe ilişkin doktrindeki görüşler, 4. Yabancı Derneklere İlişkin BGB § 23 Hükmünün Kaldırılması, a- Değişiklik

* Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Bu makale, TÜBİTAK tarafından sağlanan doktora sonrası yurt dışı araştırma bursu sayesinde, Almanya'nın Köln Üniversitesinde yapılan çalışmalar sonucu hazırlanmıştır. Bu vesileyle TÜBİTAK'a teşekkür ediyorum.

gerekçeleri, b- Değişikliğe ilişkin doktrindeki görüşler, 5. Hak Ehliyeti Olmayan Derneklere İlişkin BGB § 54 Hükümünde Yapılan Değişiklik, a- Değişiklik gerekçeleri, b- Değişikliğe ilişkin doktrindeki görüşler, B. Baden-Württemberg Eyaleti Tasarısında Öngörülen değişiklikler, 1. Genel Olarak, 2. BGB § 21'de Değişikliğe Gidilmesi, Hak Ehliyeti Olmayan Derneklere İlişkin BGB § 54'ün Kaldırılması, 3. İktisadi Derneklere İlişkin BGB § 22 Hükümünün Değiştirilerek Korunması, 4. Yabancı Derneklere İlişkin BGB § 23 Hükümünün İlaveler Yapılarak Korunması, C. Baden-Württemberg Eyaleti Tasarısının Değerlendirilmesi ve Bakanlık Tasarısı ile Karşılaştırılması, **Sonuç**

ÖZET

Bu makalede Alman dernekler hukukundaki reform çalışmaları ele alınmaktadır. Bu amaçla, özellikle, son hazırlanan iki tasarı üzerine durulacaktır. Bu tasarılarından birisi Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan 2004 tarihli tasarıdır. Diğer tasarı ise Baden-Württemberg Eyaleti tarafından hazırlanmış olan 2006 tarihli tasarıdır. Birbirinden bağımsız olarak hazırlanan bu iki tasarinin ortak temel amacı, 18 Ağustos 1896'da kabul edilip 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu *Bürgerliches Gesetzbuch*'ta yer alan dernekler hukukuna ilişkin kural ve kavramların modernizasyonudur. Tasarılar haliyle dernekler hukukunun özel hukuk yönüyle ilgili olup kamu hukuku boyutunu dışarıda bırakmaktadır. Bu çalışmada işte bu iki tasarı ile tasarılar hakkında Alman doktrininde ortaya konan görüşler ele alınacak, özellikle de tasarıların Alman dernekler hukukunu yeniden sınıflandırmaya yönelik hükümleri üzerinde yoğunlaşılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Alman hukuku, dernekler hukuku, Alman hukukunda derneklerin sınıflandırılması, Alman dernek hukukunda reform öngören tasarılar, Alman Federal Adalet Bakanlığının 2004 tarihli Tasarısı, Baden-Württemberg Eyaletinin 2006 tarihli Tasarısı

ABSTRACT

This article focuses on recent reform projects of the German law relating to associations. There are eventually two bills relating to associations in Germany. The 2004 bill, proposed by Federal Ministry of Justice, and the 2006 bill, proposed by German Federal State of Baden-Württemberg. These two separate bills are aimed at modernizing the rules and concepts relating to associations in the German Civil Code, *Bürgerliches Gesetzbuch*, took place on August 18, 1896, but it took effect on the first of January, 1900. The proposed bills deal with private associations law only, and excludes public associations law. This article reviews and synthesizes

the bills and the literature that has been published in Germany on the proposed rules, especially on them that are intended to establish reclassification of associations.

Keywords: German law, association law, classification of associations in German law, German Association Law Reform Bills, The German Federal Ministry of Justice Bill 2004, The German Federal State of Baden-Württemberg Bill 2006

GİRİŞ

Bilindiği gibi Dernekler hukukumuz, hem Dernekler Kanunu hem Medeni Kanun boyutuyla son beş yıl içinde önemli değişiklikler geçirmiş bulunuyor. Hatta Dernekler hukukunun kamu hukuku boyutu üst üste çıkarılan yasalarla kısa sürede esaslı değişikliklere uğradı.

Dernekler hukukunun yeniden düzenlenmesi Alman hukukunda da öteden beri gündemdedir. Nitekim Alman Medeni Kanununun (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) derneklere ilişkin hükümlerinin, neredeyse yüzyıldır¹ hiçbir değişim geçirmediği, bu nedenle gereksinimleri karşılamada yetersiz kaldığı düşünülmektedir². İşte Alman dernekler hukukunun basit, anlaşılır ve sorunları karşılayıcı bir şekilde yeniden yapılandırılması, dernekler hukuku alanında hukuki güvenlik, belirlilik ve açıklığın sağlanması için³ Alman Adalet Bakanlığı tarafından bir yasa tasarısı hazırlanmıştır. 25.08.2004 tarihli tasarı, Dernekler Hukukunun Değiştirilmesine ilişkin Kanun Tasarısı⁴ (BGB-E 2004) adını taşımaktadır. Tasarı Alman doktrininde ilgi görmüştür ve önemi açısından⁵ halen tartışılmaya devam etmektedir. Bu yönüyle

¹ Burada anımsatmak gerekir ki, BGB'nin yürürlüğe giriş tarihi 01.01.1900'dür. 19. yüzyıl Alman dernekler hukuku ve tarihi gelişimi için bak. Schöpflin, M.: Der nichtrechtsfähige Verein, Köln/Berlin/Bonn/München 2003, s. 21-77.

² BGB-E 2004, Begründung A I, s.11; ayrıca bak. Terner, P.: Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts, Rpfleger 6/2005, s. 296; kar. Arnold, A.: Die geplante Vereinsrechtsreform- Fortschritt oder Irrweg?, Der Betrieb, 2004, s. 2143. Yazar, özellikle BGB § 21 ve 22'yi bu kapsamda görmemektedir.

³ BGB-E 2004, Begründung A I, II, III.

⁴ Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts.

⁵ Bunda belki Almanya'da dernekleşmenin ileri boyutta olmasının etkisi de vardır. Gerçekten de Almanya en az 270.000 derneğin faaliyet gösterdiği ifade edilmektedir. Presse- und Informationsamt der Bundesregierung: Tatsachen über Deutschland, Printed in Germany 1999, s. 407. Ayrıca bu derneklerin yaklaşık 90.000'inin toplamda 27 milyon üyeye ulaşan spor dernekleri olduğu belirtilmektedir. <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/de/gesellschaft/inhaltsseiten/kompakt/sport-und-engagement.html?0=&type=1> (25.05.2008). Bir başka veri ise Almanya'daki gençlerin yarısının derneklerde görev aldığı yönündedir. http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/fileadmin/festplatte/sprachen/download/tuerkisch/TAT_TUR_08Gesell.PDF (25.05.2008).

Bakanlık tasarısı güncelliğini korurken, dernekler hukukuna ilişkin bir tasarı da Baden-Württemberg eyaleti tarafından Federal Konsey'e (Bundesrat'a) sunulmuştur. Tasarı Dernekler Hukukunun Modernizasyona İlişkin Kanun Tasarısı⁶ adını taşımaktadır. Sunulma tarihi 03.02.2006'tır. Tasarı çalışmamızda kısaca B-W Tasarısı ya da BGB-E 2006 [BW] olarak anılacaktır. Bu Tasarının da temel amacı, derneklerin oluşumunu ve yönetilmesini daha basit ve adil şekilde düzenlemek, dernekler hukukunu zaman içinde değişen ve gelişen hukuki trafiğe ayak uyduracak şekilde modernize etmektir⁷. Özetle, her iki Tasarının da temel amacı, dernekler hukukunu modern bir yapıya kavuşturmadır.

Bu çalışmada, önce -Türk dernekler hukukundan farklı yönleri olan-Alman dernekler hukukunun genel özellikleri üzerinde durulacak; ardında yeni düzenleme önerileri ile getirilmek istenen değişikliklere değinilecektir. Her iki tasarıdaki tüm değişiklik önerileri ele alınmayacak; ele alınan öneriler daha çok, Alman dernekler hukukunun dernek anlayışına ve dernek türlerine ilişkin olacaktır. Zaten bu değişikliklerin en önemli yönü ve etkisi de bu noktalarda toplanmaktadır. Tasarılarla ilgili doktrindeki görüşlere de yeri geldiğince değinilecektir.

I. ALMAN DERNEKLER HUKUKUNUN TEMEL YAPISI

A. Genel Olarak

Alman hukukunda dernekleri düzenleyen iki önemli kanun⁸; Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) ile Kamusal Dernekler Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁹'dur (Alman Dernekler Kanunu, Vereinsgesetz). BGB dernekler hukukunun özel hukuk yönünü temsil ederken, Alman Dernekler Kanunu kamu hukuku yönünü düzenlemektedir. Yukarıda söz edilen tasarılar, dernekler özel hukukuna ilişkin, bir başka deyişle BGB'de değişiklik öngören tasarılardır.

BGB'nin § 21'den § 80'e kadar olan hükümleri dernekleri düzenlenmektedir. Tüzel kişiler başlığı altında toplanan derneklere ilişkin hükümler kendi içinde genel hükümler (§§ 21-54) ve kayıtlı derneklere ilişkin hükümler (§§ 55-79) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

⁶ Der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vereinsrechts.

⁷ Bak. BGB-E 2006 [BW], Begründung A, 1, 2, 4; ayrıca Heermann, von Peter W.: Die geplante Reform des deutschen Vereinsrechts, ZHR 170, 2006, s. 251; Waldner, Wolfram M.A./Schweyer, G./Wörle-Himmel, C.: Der eingetragene Verein, 18. Aufl., München 2006, Rn 7b.

⁸ Alman hukukunda dernek özgürlüklerinin anayasal temeli Alman Anayasasının (Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland) 9. maddesinde bulunmaktadır. Bak. II.A.3.b

⁹ Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts, Ausfertigungsdatum: 5. August 1964, Stand: Zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 2 G v. 22. 8.2002 I 3390.

Alman hukukunda dernekler Türk ve İsviçre hukukundakinden oldukça farklı sınıflandırılmıştır. BGB'nin sistematüğinden hareket edilirse, derneklerin öncelikle hak ehliyeti olan ve olmayan diye ikiye ayrıldığı görülmektedir. Daha sonra hak ehliyeti olan dernekler kendi içinde iktisadi olan ve olmayan dernekler diye ikiye ayrılmaktadır. Kayıtlı derneklere ilişkin kısım düşünüldüğünde, kayıtlı ve kayıtlı olmayan dernekler şeklinde bir ayırım daha yapmak mümkündür. Bunun dışında BGB'nin derneklere ilişkin genel kısmında yabancı derneklerden söz edilmektedir. Ancak bu konudaki asıl düzenleme Alman Dernekler Kanununda yer almaktadır. Alman Dernekler Kanununda da yabancılara ait dernekler (§ 14) ile yabancı dernekler (§ 15) ayırımı vardır¹⁰. Bu anlamda bir başka dernek ayırımı olarak, Alman hukukunda; yerli, yabancı, yabancılara ait derneklerden söz edilebilir.

Aşağıda, özellikle tasarılarla ne gibi değişiklikler getirilmek istendiğinin daha iyi anlaşılması açısından, yukarıda anılan dernek türlerinden bir kısmına daha ayrıntılı değinilecektir. Bununla birlikte, çalışma konusu kapsamında bu derneklerin tüm özellikleri değil, tasarılarla ilgili yönleri üzerinde durulacaktır.

B. Hak Ehliyeti Olan Dernekler

BGB'de dernekler hukukuna ilişkin genel kısımda yer alan hükümlerin tamamı, birisi hariç, hak ehliyeti olan dernekleri düzenlemektedir. § 54 ise hak ehliyeti olmayan derneklere ayrılmıştır.

Hak ehliyeti olan derneklerin (rechtsfähige Vereine) kurulması için öncelikle kurucular arasında bir kuruluş sözleşmesi yapılması gerekir. Bu sözleşme dernek tüzüğünü oluşturan sözleşmedir. Daha sonra bu sözleşmenin resmî makamlara sunulması ya da onların izni ile hak ehliyetinin kazanılması söz konusu olmaktadır.

Gerçekten de, Alman hukukunda hukukumuzdan farklı olarak, derneklerin tüzel kişilik kazanmasında, tek tip uygulama yoktur. Hukukumuzda, dernek tüzüğünün resmî makama sunulması ile tüzel kişilik kazanılır. Bu sisteme normatif bildirim sistemi denmektedir. Alman hukukunda ise hak ehliyetine sahip bir dernek kurmak isteyenlerin amaçlarına göre tüzel kişilik kazanmalarında farklı süreç ve sistemler işlemektedir¹¹. Bu noktada hak ehliyetine sahip olarak kurulmak istenen derneğin iktisadi bir amaç güdüp gütmeyeceği etkili olmaktadır.

¹⁰ Bu Kanunun metni ve Türkçe çevirisi için bak. Özdamar,Ö/Ertürk,Ş/Türk,A/ İkişler,M/Çağırınan,S/Değer,S.: Karşılaştırmalı, Gerekçeli, İçtihatlı, Uygulamalı 5253 sayılı Yeni Dernekler Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2006, s. 657 vd.

¹¹ Bu sistemlerin karşılaştırılması için bak. Reuter, D.: §§ 21, 22 Rn. 52 vd., in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1-240, ProstG, Redakteur: Säcker, F. J., 5. Aufl., München 2006; Schmidt, K.: Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, Heidelberg 1984, s. 58 vd; Weick,

Alman hukuku için, hak ehliyeti olan derneklerin tüzel kişiliği de vardır demek, hak ehliyeti olmayan derneklerden söz edilirken görüleceği gibi, pek doğru olmaz: Alman hukukunda tüzel kişiliği olmamasına karşın hak ehliyeti kendisine tanınan oluşumlar da vardır¹². Bununla birlikte, BGB’de *hak ehliyeti olan dernekler* başlığı altında toplanan derneklerin, tüzel kişiliğe sahip dernekler olduğunu burada ifade etmek gerekir¹³. Dolayısıyla burada BGB’nin yapısına uygun olarak hak ehliyetinin kazanılmasından söz edilecek olsa da, bu tip derneklerin hak ehliyeti ile birlikte aynı zamanda tüzel kişiliğe de sahip olduğunu vurgulamak gerekir. Aşağıda ele alınan iki dernek türünün bu anlamda özellikleri, nasıl hak ehliyeti ve tüzel kişilik kazandığı üzerinde durulacaktır.

1. İktisadi Dernekler

İktisadi dernekler (*wirtschaftliche Vereine*), ilgili resmî makamın¹⁴ vereceği izinle (*staatliche Verleihung*) ancak hak ehliyeti kazanabilirler.

İktisadi dernekten ne anlaşılması gerektiğine açıklık kazandırmak için BGB § 22’de bu derneklerin iktisadi bir işin sevk ve idaresi, kısaca işletilmesini hedeflediklerinden söz edilmiştir. Bu anlamda, asıl amacı iktisadi bir işletmenin işletilmesi suretiyle derneğe ya da doğrudan doğruya derneğin üyelerine malvarlıksal bir yarar sağlamak olan dernekler iktisadi dernekler olarak nitelendirilebilir¹⁵. BGB § 22’ye göre, amacı iktisadi bir işletmeyi işletmeye yönelmiş olan bir dernek, aksine özel bir yasal düzenlemenin bulunmaması halinde *devletin (resmî makamın) izni ile*

G.: Einl. zu § 21 vd. Rn. 58-63, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil § 21-79, Berlin 2005.

¹² Bak. aşağıda I.C.

¹³ Reichert, B.: Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 10. Aufl., München 2005, Rn. 233.

¹⁴ Bu makam her eyaletin kendi hukuku ile belirlenir. Brox,H/Walker W-D: Allgemeiner Teil des BGB, 30. Aufl., Köln/Berlin/München 2006, Rn. 738.; Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 71-72; çeşitli Eyaletler için bak. Weick, in: Staudingers Kommentar, § 22 Rn. 8; Hadding, W.: Vor § 21 Rn. 18-21, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil 1, § 1-103, begründet von Soergel H. T., neu hrsg von. Siebert, W./Baur, F..., Stuttgart, Berlin, Köln 2000; Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 71 vd.

¹⁵ Brox/Walker, Rn. 738, aslında derneklerin nasıl sınıflandırılacağı ve birbirinden ayrılacağı (*Vereinsklassenabgrenzung*) Alman dernekler hukukunun en önemli ve bir o kadar da tartışmalı konularından birisidir. Bu konudaki tartışmalara girmeden –ki bu tartışmalar belki, sırf buna odaklanılsa bile, layıkıyla bir makale boyutuna indirilemez-, biz bu çalışmada iktisadi dernekler ve ideal derneklerin nasıl algılanması gerektiğine ilişkin aydınlatıcı *yüzeysel* bilgiler vermekle yetiniyoruz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Schmidt, Verbandszweck, 89-207; Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 4-51; Stöber, K.: Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl., Köln 2004, Rn. 45-62; Reichert, Rn. 108-151; Larenz, K./Wolf, M.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 10 Rn. 32 vd; Flume, W.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Teil, Die juristische Personen, Berlin/Heidelberg/Newyork/Tokyo 1983, s. 103-111.

tüzelkişilik kazanır. İzin yetkisi derneğin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki eyalete verilmiştir.

İktisadi derneklerin ideal derneklerden farklı olarak, izin sistemine (Konzessionssystem)¹⁶ tabi kılınmasının altındaki neden şudur: Aslında (Türk hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da) iktisadi faaliyetlerde bulunmak için daha başka hukuki yollar asıldır. Bu anlamda, bu tür faaliyetler başka hukuki normlara, özellikle ortaklıklar ve kooperatif hukuku hükümlerine göre yürütülmektedir. Bu tür düzenlemelerde, ortaklıklar hukukunda ve kooperatif hukukunda, alacaklıların ve hatta ortakların ya da paydaşların korunması için yeteri derecede hüküm bulunmaktadır. Dernekler hukuku ise bu konuda yetersiz kalır. İşte Alman hukukunda, bir yandan iktisadi derneklerin kurulması engellenmezken, diğer yandan bunların faaliyetlerinden alacaklılar ya da bizzat üyeler aleyhine doğabilecek sakıncaları önlemek için tüzel kişiliğin/hak ehliyetinin kazanılmasında devlet izni aranmıştır¹⁷.

Bu tür derneklere izin verilmesi için temel koşul, başka yasalara göre derneğin hak ehliyeti/tüzel kişilik talep edebilmesinin olanaklı olmamasıdır. Yani ilgili makam (izin makamı), dernek çatısı altında yürütülmek istenen iktisadi faaliyetin ortaklıklar hukuku vb.lerini düzenleyen mevzuata göre başka bir hukuki formda, hak ehliyetine sahip olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini öncelikle araştıracaktır¹⁸. Eğer mevzuatta yer alan başka bir hukuki form, örneğin bir ticaret ortaklığı kurmak yoluyla hak ehliyeti elde edilerek bu faaliyet ya da amacı gerçekleştirmek olanaklı ise artık izin verilmeyecektir¹⁹.

Diğer yandan, yukarıda ifade edildiği gibi, iktisadi dernekler için izin sisteminin benimsenmesindeki temel neden, iktisadi faaliyetlerden dolayı alacaklıların ve üyelerin korunması konusunda derneklerle ilgili mevzuatta yeterli hüküm bulunmamasıdır. Bu nedenle, BGB § 22'de yazılı koşul sağlandıktan sonra, ilgili makam, alacaklıların ve dernek üyelerinin bireysel çıkarlarını yeterince koruyucu kuralların derneğin tüzüğünde bulunup

¹⁶ Bak. Heinrichs, H.: § 21 Rn. 1, in: Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg von Palandt O., Band 7, 62. Aufl., München 2003; Hadding, in: Soergel, BGB, §§ 21, 22 Rn. 48; Larenz/Wolf, § 10 Rn. 26.

¹⁷ Hadding, in: Soergel, BGB, §§ 21, 22 Rn. 5; Brox/Walker, Rn. 738.

¹⁸ Bak. Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 58, 26, 27 f. (NJW 1979, 2261); Bak. Burhoff, D.: Vereinsrecht, 6. Aufl., Berlin 2006, Rn. 35.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 52-57, 71-77; uygulamada iktisadi kabul edilen ve edilmeyen dernekler için bak. Waldner/Schweyer/Wörle-Himmel, Rn. 49-50; Burhoff, Rn. 43-45; Heinrichs, in: Palandt BGB, § 21 Rn. 7 vd; Jauernig, O.: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., hrsg von Jauernig, O., München 2007, § 21 Rn. 5.

bulunmadığını da inceleyecektir²⁰. Eğer bu konuda olumlu kanaat uyanırsa izin verecektir.

2. İktisadi Olmayan (İdeal) Dernekler

BGB §21’de bu derneklerden söz edilirken, iktisadi olmayan dernekler (nichtwirtschaftliche Vereine) ifadesi kullanılmaktadır. Bu derneklere ideal dernekler (Idealverein)²¹ de denmektedir. Aslında Alman hukuku için iktisadi olmayan derneklerden söz etmek, özellikle § 21 BGB-E 2004 aşağıda incelenirken değinileceği üzere²², iktisadi amaç gütmeyen derneklerden söz etmekten daha doğrudur. Bu nedenle bu çalışmada aynı anlama gelmek üzere bazen ideal dernekler, bazen iktisadi olmayan dernekler ifadeleri kullanılacaktır.

İdeal dernekler, iktisadi derneklerin aksine, asıl amacı iktisadi bir işletmenin işletilmesi, bu yolla malvarlıksal bir kazancın elde edilmesi olmayan derneklerdir. İktisadi bir işletmenin *ideal amaca ulaşmak için* işletilmesi ise iktisadi olmama niteliğine zarar vermez. Bu anlamda bir musiki derneğinin üyelerine ucuz musiki kitapları sağlamaya ve satmaya yönelik iktisadi faaliyetleri onu § 21’in kapsamından çıkarıp § 22 kapsamına sokmaz. Yeter ki bu faaliyet yan amaç niteliğini aşmasın. İşte Alman hukukunda iktisadi olmayan derneklere bu şekilde iktisadi faaliyetlerde bulunma olanağı, muafiyeti ya da *ayrıcalığı* da tanınmaktadır ki, bu durumu ifade etmek üzere doktrin ve uygulamada bazen “Nebenzweckprivileg” bazen de “Nebentätigkeitsprivileg” kavramları kullanılmaktadır²³. Biz bu kavramı karşılama üzere çalışmamızda *yan amaç muafiyetinden* söz edeceğiz²⁴.

İdeal derneklerde hak ehliyetinin kazanılması dernek siciline kayıtlı gerçekleşir. Bunun için derneğin kayıtlı ilgili şartları yerine getirmiş olması yeterlidir; ayrıca herhangi bir makamın izin ya da icazeti aranmaz. Bilindiği gibi, bu sistem hukukumuzda da uygulanan sistemdir ve normatif sistem ya

²⁰ Brox/Walker, Rn. 738; Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 76; izin için aranacak diğer maddi ve usuli şartları belirleme yetkisi Eyaletlere aittir. Weick, in: Staudingers Kommentar, § 22 Rn. 4.

²¹ Flume, 103; Reuter, in: MüKo, § 54 Rn. 3; Hadding, in: Soergel, BGB, §§ 21, 22 Rn. 1 ff; Reichert, Rn. 33; Brox/Walker, Rn. 739; Larenz/Wolf, § 9 Rn. 51, § 10 Rn. 28; Jauernig, § 21 Rn. 4; Burhoff, Rn. 34; bak. ve kar. Waldner/Schweyer/Wörle-Himmel, Rn. 42.

²² Bak. II.A.2.b.aa

²³ Yan amaç muafiyetinden ise yan etkinlik muafiyetinden söz etmenin daha doğru olduğu yönünde bak. Jauernig, § 21 Rn. 4; Hadding, in: Soergel, BGB, §§ 21, 22 Rn. 33;Terner, 297 Fn. 16.; Reichert da yan etkinlik muafiyetinden söz etmeyi tercih etmektedir, Rn. 147 ff; Buna karşın Schmidt, yan amaç muafiyeti (Nebenzweckprivileg) ifadesini kullanmayı tercih etmektedir. Bak. Verbandszweck, 183 vd; aynı yönde bak. Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 19 vd; Weick, in: Staudingers Kommentar, § 21 Rn. 12; Heinrichs, in: Palandt BGB, § 21 Rn. 5; Burhoff, Rn. 42; Flume, 111 vd.

²⁴ Zira Bakanlık Tasarısında *Nebenzweckprivileg* kavramına yer verilmektedir.

da bunun bir türü olarak normatif bildirim sistemi olarak anılmaktadır ki, bu sistemi ifade etmek üzere Alman hukukunda “Normativsystem”, “System der Normativbedingungen”, “System der Normativbestimmungen” gibi kavramlar kullanılmaktadır²⁵.

Kayıtla ilgili kurallar²⁶ BGB § 55 vd.nda kayıtlı dernekler başlığı altında yer almaktadır. Kayıt için başvuru derneğin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki Sulh mahkemesi nezdinde yapılır. Başvuruyu yapacak olan derneğin yönetim kuruludur. Üye sayısı yedinin altında olan derneklerin kaydı mümkün değildir (§ 56). Kayıt için dernek tüzüğüne sunulması da gerekir. Tüzükte bulunması gereken zorunlu koşullar § 57 (1)'de, derneğin amacı, adı ve yerleşim yeri olarak sayılmıştır. Bunun dışında tüzüğün içeriği, konusu § 58'de de düzenlemiştir. Bu maddelerde sayılan koşulları sağlayamayan bir derneğin bildirimini Sulh mahkemesi tarafından geri çevrilecektir (BGB § 60). Koşulların sağlanması hâlinde ise, dernek, dernek siciline kaydedilir. Kayıtlı dernek hak ehliyeti elde eder ve derneğin adına; kayıtlı dernek (eingetragener Verein) ifadesi eklenir (BGB § 65) ki, bu uygulamada kısaca e.V. şeklinde gösterilmektedir²⁷; Der evangelische Verein Schwäbisch Gmünd e.V., Das Dach e.V. gibi.

İdeal derneğin hak ehliyetini kazanmasında dernek siciline kayıt kurucu etkiye (rechtsbegründend, konstitutiv) sahiptir²⁸. Dernek, dernek siciline kayıtlı birlikte hak ehliyetini/tüzel kişiliği elde eder. Oysa iktisadi dernekler için hak ehliyeti kazanma anı yetkili/ilgili makamdan alınan izin anı olup, bundan sonra gerçekleşen sicile kayıt yalnızca bildirici (deklaratorisch) etkiye sahiptir²⁹.

C. Hak Ehliyeti Olmayan Dernekler

İdeal dernekler için dernekler siciline kaydın, iktisadi dernekler için ilgili (resmî) makamın izninin olmadığı durumlarda, artık BGB § 21 ve 22 değil; § 54 gündeme gelir ve hak ehliyeti olmayan derneklerden (nicht rechtsfähige Vereine) söz edilir³⁰.

²⁵ Bak. Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 52-71; Schmidt, Verbandszweck, 208 vd; Larenz/Wolf, § 10 Rn. 26; Heinrichs, in: Palandt BGB, § 21 Rn. 1.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bak. Reichert, Rn. 152 vd; Burhoff, Rn. 384-396; Waldner/Schweyer/Wörle-Himmel, Rn. 8 vd; Weick, in: Staudingers Kommentar, § 21 Rn. 17-31; Heinrichs, in: Palandt BGB, §§ 55-79.

²⁷ Reichert, Rn. 241-243; Larenz/Wolf, § 10 Rn. 49; Grunewald, B.: Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., Tübingen 2005, s. 181.

²⁸ Burhoff, Rn. 29; Hadding, in: Soergel, BGB, §§ 21, 22 Rn. 46; Weick, in: Staudingers Kommentar, § 21 Rn. 23-24; Reichert, Rn. 231; Jauernig, § 21 Rn. 6.

²⁹ Brox/Walker, Rn. 739; Larenz/Wolf, § 10 Rn. 48.

³⁰ Bu dernekler hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Backhaus, P.: Der nicht eingetragene Verein im Rechtsverkehr, Regensburg 2001, s. 1 ff; Reuter, in: MüKo, § 54 Rn. 1 ff; Weick, in: Staudingers Kommentar, § 54 Rn. 1 vd.

Bu maddeye göre, hak ehliyeti olmayan derneklere ortaklığa (Gesellschaft) ilişkin hükümler uygulanır (BGB § 54 c.1)³¹. Burada ortaklıkla esasen kastedilen BGB'nin § 705 vd.nda düzenlenen adi ortaklık; Alman hukukundaki ifadesiyle Medeni hukukun ortaklığı/Medeni hukuk ortaklığıdır³² [Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, BGB-Gesellschaft, (GbR)].

Hukukumuzda olduğu gibi, Alman hukukunda da adi ortaklık (Medeni hukukun ortaklığı) tüzel kişiliğe sahip değildir. Bununla birlikte, BGH³³ 2001 yılında verdiği bir kararla, (dış) adi ortaklığı³⁴ [(Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts)], hukuki trafiğe katılarak kendisi için hak ve yükümlülükler tesis ettiğinden hareketle, hak ehliyetine sahip telakki etmiştir³⁵. Böylece bu tarihten itibaren Alman hukukunda (dış) adi ortaklık, tüzel kişiliği olmamasına karşın, hak ehliyetine sahip görülmektedir³⁶.

Bu içtihadın adi ortaklığa açıkça atıfta bulunan BGB § 54 karşısında, hak ehliyeti olmayan dernekler için de geçerli olduğu kabul edilmektedir³⁷.

Böylece Alman hukukunda şöyle bir garip durum ortaya çıkmaktadır: BGB § 21 vd.na göre hak ehliyetinin kazanılması için zorunlu olan; dernek siciline kayıt ya da izin yollarından birini gerçekleştirmeyen dernekler, BGB § 54'e göre hak ehliyeti olmayan dernek olarak nitelendirilmekte ve adi ortaklık hükümlerine tabi tutulmaktadırlar. Ancak 2001 yılındaki anlayış değişikliğinden sonra (dış) adi ortaklığa hak ehliyeti tanındığı için, bu kez hak ehliyeti olmayan dernek bu nedenle hak ehliyetine sahip olmaktadır³⁸. Böyle olunca da belki bu dernekleri; *BGB'nin dernekler hukuku hükümlerine (§§ 23-53) göre hak ehliyeti olmayan (ve haliyle tüzel kişiliği de*

³¹ Ayrıca BGB § 54 c.2'ye göre, hak ehliyeti olmayan bir derneğin adına üçüncü kişilerle hukuki işlemlere girişenler bu işlemlerden şahsen sorumlu olurlar. Bu koşulu sağlayan birden çok kişinin varlığı hâlinde, zincirleme sorumluluk söz konusu olur. Sorumluluk konusunda bak. Stöber, Rn. 1270 vd.

³² Alman hukukunda adi ortaklık hakkında geniş bilgi için bak. Schmidt, K.: Gesellschaftsrecht, 4. Auf., Köln/Berlin/Bonn/München 2002, § 59 I vd; Wiedemann, H.: Gesellschaftsrecht, Band II, München 2004, § 7 I vd; Grunewald, 5 vd.

³³ Bundesgerichtshof, Alman Federal Mahkemesi.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bak. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 60 I vd; Wiedemann, § 7 III.

³⁵ BGH, Urteil vom 29. Januar 2001, II ZR 331/00, BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen) 146, 341 vd; BGH NJW 2001, s. 1056; bu karar ve doğurduğu hukuki sonuçlar hakkında bak. Bilgili, F.: Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş günü armağanı, C.I., İstanbul 2002, s. 197-213; Narbay, Ş./Deliduman, S.: Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş günü armağanı, C.I., İstanbul 2002, s. 577-594.

³⁶ Larenz/Wolf, § 9 Rn. 38; bak. Grunewald, 50 vd.

³⁷ Bak. Reuter, in: MüKo, § 54 Rn. 15-17; Brox/Walker, Rn. 770.

³⁸ Hak ehliyeti olmayan derneklerin hak ehliyeti açısından konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Schöpflin, 83-117.

bulunmayan) dernekler olarak ifade etmek daha doğru görülebilir³⁹. Aynı anlama gelmek üzere burada, dernekleri sınıflandırmak adına, dernek siciline kayıt sonucu *tüzel kişi olarak* hak ehliyetine sahip olan ve olmayan derneklerden de söz edilebilir⁴⁰.

Böylece genellikle görüldüğü üzere, hukuki yaşama (trafiğe) katılarak hukuki işlemlerde bulunan ve bu işlemlerle kendi adına hak ve yükümlülükler tesis eden bir hak ehliyeti olmayan dernek, aslında hak ehliyetine sahip olmaktadır. Öğretide, bu nedenle, BGB'nin "hak ehliyeti olmayan dernekler"den söz eden lafzının artık yerinde olmadığı ifade edilmekte ve bunun yerine "kayıtlı olmayan dernek" (nicht eingetragener Verein) ifadesinin kullanılması önerilmektedir⁴¹. Böylece BGB §21, 22 vd. ile § 54'te yerini bulan dernek sınıflandırması için en anlamlı olan; kayıtlı olan dernekler – kayıtlı olmayan dernekler şeklindeki bir ayırımdır. Ancak burada biz tasarılarıdaki bakış açısını en iyi şekilde yansıtabilmek için, BGB'de kullanılan şekliyle, yine "hak ehliyeti olmayan dernekler"den söz edeceğiz.

Hak ehliyeti olmayan derneklerin durumuna usul hukuku açısından da kısaca değinmekte yarar vardır. Alman usul hukukunda, kural olarak, ancak hak ehliyetine sahip olanların taraf ehliyetinden (Parteifähigkeit) söz edilebilir⁴². Bununla birlikte Alman kanun koyucusu, hak ehliyeti olmayan dernekler için özel bir kural getirerek, bunların dava edilebileceğini öngörmüş, yani hak ehliyeti olmayan derneklere –doktrinde kullanılan tabiriyle- pasif taraf ehliyeti (die passive Parteifähigkeit) tanımıştır. Bu yönüyle, hukuki uyumsuzlukta, hak ehliyeti olmayan dernek hak ehliyeti olan derneğin konumuna getirilmiştir [ZPO § 50 (2)]. Alman hukukunda, Kanun koyucunun bu hükümlerle (–üyelerine değil de- bu derneklere karşı doğrudan dava açılmasına olanak tanıyarak) hak ehliyeti olmayan derneklerin alacaklılarının korunmasını amaçladığı ifade edilmektedir⁴³. Diğer yandan, (dış) adi ortaklığa hak ehliyeti tanınmasının hak ehliyeti olmayan derneklerin hukuki statüsüne etkisi göz önüne alındığında, artık ZPO § 50 (2) hükmünün önemini yitirdiği de vurgulanmaktadır⁴⁴.

³⁹ Bak. Hadding, W.: Zu einer geplanten Änderung des Vereinsrechts, ZGR 2006, s. 142.

⁴⁰ Kaydın bu yöndeki etkisi için bak. Reichert, Rn 233-239.

⁴¹ Backhaus, 4; Larenz/Wolf, § 9 Rn. 42; Waldner/Schweyer/Wörle-Himmel, Rn. 619; Brox/Walker, Rn. 770; Hadding, ZGR, 143; aksi yönde bak. Schöpflin, 19.

⁴² ZPO § 50 (1): "Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist."

⁴³ Hak ehliyeti olmayan derneklerin usul hukukundaki konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Schöpflin, 313-392; Backhaus, 76-161; ayrıca bak. Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 18-27, 18; Brox/Walker, Rn. 771; Burhoff, Rn. 416-418.

⁴⁴ Weick, in: Staudingers Kommentar, § 54 Rn. 12; Brox/Walker, Rn. 771.

II. ALMAN DERNEKLER HUKUKUNDA DEĞİŞİKLİK ÖNGÖREN TASARILAR

Yukarıda ifade edildiği gibi, BGB'nin derneklere ilişkin hükümlerinde değişiklik öngören iki önemli tasarı bulunmaktadır. Bunlardan birisi burada Bakanlık Tasarısı olarak anılacak Alman Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 25.08.2004 tarihli tasarıdır (BGB-E 2004). Diğeri ise B-W Tasarısı olarak kısıltacağımız Baden-Württemberg Eyaleti tarafından Federal Konsey'e (Bundesrat'a) sunulan 2006 tarihli tasarıdır [BGB-E 2006 (BW)]. Bakanlık tasarısı hakkında dört yıllık mazisi dolayısıyla Alman doktrinde verilmiş bir çok eser vardır. Bununla birlikte B-W tasarısı henüz doktrinde yeterince incelenmemiştir. Buna uygun olarak, aşağıda, Bakanlık tasarısı konusunda doktrinin görüşlerine daha geniş şekilde yer verilecektir. Burada son olarak ifade etmek gerekir ki, dört yıllık tartışma sürecinin bir meyvesi olarak, Bakanlığın 2004 tarihli tasarıda bazı değişiklikler yapmayı planladığı, ancak bu konuda hazırlanan metnin kamuoyuna sunulmaması nedeniyle içeriği hakkında net bir bilginin olmadığı bildirilmektedir⁴⁵.

Bu tasarıların, yalnızca, Alman dernekler özel hukuku sistemi üzerine önemli etkileri olan hükümleri; bu bağlamda öğreti ve uygulamada en çok tartışılan konulara ilişkin olanları⁴⁶ aşağıda ele alınacaktır⁴⁷. Aslında üzerinde durulacak noktalar, zaten, reform gereksiniminin temeli oluşturan noktalardır. Bu konuları özetle şu şekilde ifade etmek mümkündür: İktisadi olan ve olmayan dernekler arasındaki ayırım, bu anlamda, derneklerin sınıflandırılması ve ayırımında yaşanan sorunlar (sorunun Alman öğretisindeki yaygın ifade edilmiş şekliyle, Vereinsklassenabgrenzung); İdeal derneklerin iktisadi faaliyetlerinin sınırları, hak ehliyeti olmayan derneklerin hukuki durumu ve bunlara uygulanacak hükümler. Görüldüğü gibi, bu konulardan herhangi birinin tam aydınlanmaması, aslında, bir derneğe hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemede kuşkulara neden olacaktır. İşte bu sakıncanın artık giderilmesi; Alman hukukunda dernekler açısından hukuki belirliliğin artırılması, Bakanlık tasarısının temel amaçlarından birisidir⁴⁸.

A. Bakanlık Tasarısında Öngörülen Değişiklikler

1. Genel Olarak

Bakanlık tasarısı ile Dernekler hukukuna getirilmek istenen başlıca değişiklikler şöyle sıralanabilir:

⁴⁵ Heermann, 251; Segna, U.: Die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen im Lichte des Entwurfs zur Änderung des Vereinsrechts vom 25. August 2004, Rpfleger, 9/2006, s. 449.

⁴⁶ Bak. Ternner, 296, s. 296 ve aynı sayfada Fn. 2.

⁴⁷ Tasarılarla getirilen diğer değişiklikler için bak. Heermann, 251-253; Ternner, 302-304.

⁴⁸ BGB-E 2004, Begründung A I, s.11.

-İktisadi derneklere ilişkin BGB § 22'nin kaldırılması. Bununla bağlantılı olarak, iktisadi derneklere ilişkin tüzük değişiklikleri ile ilgili BGB § 33(2)'nin kaldırılması.

-Yabancı derneklere (ausländische Vereine) ilişkin bir hüküm içeren BGB § 23'ün kaldırılması

- İdeal derneklere ilişkin BGB § 21'in, *Yan amaç muafiyeti* getirilmek suretiyle değiştirilmesi,

-BGB § 54'te hak ehliyeti olmayan derneklerle ilgili yapılan değişiklikler

Ayrıca;

-Derneklere yönelik İcra ve iflas hukukuyla ilgili değişiklikler (§ 42 BGB-E 2004).

-Derneklerin hak ehliyetinin/tüzel kişiliğinin sona ermesine ilişkin BGB m. 43 ile ilgili değişiklikler. Bu maddede tasarı ile yapılması düşünülen değişikliğe göre, hem hak ehliyeti olan hem de olmayan dernekler, tüzüklerine aykırı olarak iktisadi bir amaç takip ettikleri takdirde, sulh mahkemesi tarafından sona erdirilebilecek, yani derneklerin feshine mahkemece karar verilebilecektir. Eski düzenlemenin aksine, tasarı ile bu konudaki yetki yargı organına/sulh mahkemesine bırakıldığı için, eyaletlerin hukukuna gönderme yapan ve bazı durumlarda da Federal Konsey'i derneklerin feshine karar vermekle yetkili kılan BGB § 44 hükmünün de kaldırılması öngörülmektedir.

2. İdeal Derneklere İktisadi Faaliyetlerde Bulunma Olanının Tanınması (Yan Amaç Muafiyeti)

Bakanlık tasarısı, mevcut düzenlemenin ideal derneklere ilişkin § 21 hükmünde de değişiklikler öngörmektedir. Mevcut düzenlemede madde, *iktisadi olmayan dernekler* başlığını taşımaktadır. Bakanlık tasarısı iktisadi derneklere artık son verdiği için, § 21'in de başlığında da düzenlemeye gitmiş ve onu *Derneğin Kurulması* (Errichtung des Vereins) olarak değiştirmiştir.

Tasarıya göre, *iktisadi olmayan her amaç için dernek kurulabilir. Bir derneğin, kendisine ait iktisadi bir işletmesinin olması, bu faaliyet iktisadi olmayan amacın gerçekleşmesine hizmet ettiği ve iktisadi olmayan dernek faaliyeti karşısında nispeten önemsiz kaldığı takdirde, amacı iktisadi olan bir derneğin varlığının kabulünü gerektirmemektedir* (§ 21 BGB-E 2004). Bir başka deyişle, ideal dernekler iktisadi olmayan her amaç için kurulabilirler; dernek amacının gerçekleştirilmesi için bir araç olarak kullanılmak ve derneğin iktisadi olmayan faaliyetlerine kıyasla önemsiz kalmak kaydıyla iktisadi bir işletme de işletebilirler.

Görüldüğü gibi, tasarı da iktisadi derneğin kaldırılması ile, bu bakımdan artık ikili dernek ayırımı sona ermekte ve ideal dernek esaslı bir düzenlemeye gidilmektedir. Derneğin hak ehliyeti kazanmasının dernek siciline kayıtlı mümkün olacağı hükmünün ise, mevcut düzenlemenin aksine, BGB § 21'e ayrı bir fıkra olarak eklenmesi düşünülmektedir [§ 21 (2) BGB-E 2004].

a- Değişikliğin gerekçeleri

Bakanlığın bu değişikle neyi amaçladığını anlamak için Tasarının gerekçesine bakmak yeterli olacaktır.

aa- Genel olarak değişikliğin amacı

Tasarının gerekçesine göre, bu madde ile amaçlanan her şeyden önce, dernek amacına açıklık getirmek; hukuka uygun ve hukuka aykırı dernek amacı arasındaki sınırı açıkça belirlemektedir. Mevcut düzenlemedeki § 21 ve 22 hükmü bu anlamda yeterli değildir ve konuyu hak ehliyetinin kazanılması açısından dolaylı olarak ele almaktadır. Zira bu maddelerde, doğrudan dernek amacının anlamı üzerinde durulmamış, yalnızca iktisadi amacı olmayan derneklerle istisnai durumlarda izin verilen iktisadi dernek ayırımı yapılmıştır. Bu ayırımın ölçütü olarak da, derneğin amacının iktisadi bir işletmenin işletilmesi/iktisadi bir faaliyetin yürütülmesi olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte Yasada bundan ne anlaşılması gerektiğine değinilmemiştir. Oysa uygulamada en çok sorun doğuran noktalardan olan; ideal derneklerin işletmesel faaliyetlerde bulunup bulunamayacağı ya da ne ölçüde bulunabileceği sorusu mevcut düzenlemede yanıtız bırakılmıştır. Yargısal içtihadta, bu sorunu çözümleyebilmek için “Yan amaç muafiyeti” kavramı geliştirilmiştir. Ancak açık bir yasal düzenlemenin yokluğunda, yan amaç muafiyeti çerçevesinde mümkün görülen iktisadi bir faaliyetin türü ve kapsamı konusunda sıklıkla hukuki bir güvensizlik ortamı oluşmaktadır. İşte bu bakımdan, söz konusu değişiklikle amaçlanan, caiz görülen dernek amacını yasal olarak belirlemektir. Bu anlamda dernek amacı ile ona ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir ayırımı ortaya koyarak, çok daha fazla bir hukuki belirlilik/açıklık yakalayabilmektir⁴⁹.

bb- Tasarı ile dernekler hukukuna getirilmek istenen dernek anlayışı

Tasarıda madde hakkındaki genel görüşler, yukarıdaki şekilde ifade edildikten sonra, *iktisadi olmayan her amaç için dernek kurulabilir* şeklindeki § 21'in 1. cümlesi ile (§ 21 Abs.1 Satz 1 BGB-E 2004), derneklerin iktisadi olmayan amaçlarla kurulabileceğinin ilkesel olarak belirlendiği ifade edilmiştir. Gene gerekçeye göre, burada Alman özel

⁴⁹ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.13-14.

hukukunda⁵⁰ dernek faaliyetleri mümkün olan en geniş kapsamda caiz görülmekte; bu konuda getirilen tek sınırlama, derneğin iktisadi bir amaç takip etmemesi olmaktadır. Bu sınırlamanın nedeni ise, işletmesel amaçlı faaliyetler için Ticaret (ve özelde Ortaklıklar) hukukunda yeteri derecede hukuki form ve alacaklıları korumaya yönelik hükümlerin bulunmasıdır. Dolayısıyla bu noktada, *Medeni hukukunun derneklerine* düşen, artık, iktisadi olmayan amaçların takibidir⁵¹.

cc- Yan amaç muafiyeti ile ilgili düzenleme

aaa- Tasarının bakış açısından düzenlemeye duyulan gereksinimin açıklanması

Tasarının gerekçesine göre, Bakanlık, Ticaret hukukundaki gibi alacaklıları korumaya yönelik hükümlerin BGB'de dernekler için bulunmamasından dolayı, derneklerde iktisadi bir amacın takibinin yasaklanmasını talep etmekte, ancak derneklerin iktisadi yaşamdan tamamen çekilmesini amaçlamamaktadır. Nitekim bu anlamda, derneklerin iktisadi trafiğe hiç katılmaması değil; sınırlı bir çerçevede katılabilmesi öngörülmektedir. Yani iktisadi amacın yasaklanması ile, derneklerin iktisadi faaliyetlerde bulunması tamamen engellenmek istenmemektedir. Yalnızca bu tür faaliyetlerin iktisadi olmayan amacın gerçekleşmesine hizmet etmesi; başka bir deyişle, iktisadi olmayan amacın gerçekleştirilmesi için bir araç olarak kullanılması hedeflenmektedir⁵². İşte bu anlamda, §21'e, daha önce Yasada bulunmayan *Yan amaç muafiyeti* ile ilgili bir hüküm eklenmesi önerilmektedir (§ 21 Abs.1 Satz 2 BGB-E 2004).

Yan amaç muafiyeti, ilk olarak bu Tasarıyla ortaya konan bir düşünce değildir. Yukarıda kısaca değinildiği gibi, bu kavram, BGB'de ideal derneklerin iktisadi faaliyetleri ile ilgili bir hüküm olmaması karşısında, BGH tarafından geliştirilmiştir ve uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümünde hâlihazırda kullanılmaktadır. Tasarıyla bu ilkenin yasalaştırılması amaçlanmaktadır⁵³.

Tasarının gerekçesine göre, toplumsal yaşamın kültür, eğitim, bilim, araştırma, spor vb. bir çok sahasında faaliyette bulunan derneklerin iktisadi bir faaliyette bulunmaksızın tam olarak başarılı olmaları beklenemez. Hatta,

⁵⁰ Kamu hukuku boyutundan bakıldığında, bilindiği gibi, Alman Hukukunda dernek özgürlüğünü de içine alan örgütlenme özgürlüğü; hukukumuzdaki anayasanın karşılığı olan, Alman Federal Cumhuriyetinin Temel Yasasının (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, GG) 9. maddesinde düzenlenmiştir. Burada örgütlenme özgürlüğünün sınırları da gösterilmiştir. Diğer yandan Kamusal Dernekler Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da da dernek özgürlüğüne, derneklerle ilgili yasaklar ve bunların sonuçlarına yer verilmiştir (özellikle bak. Vereinsgesetz § 1 ve § 3).

⁵¹ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.14.

⁵² BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.14.

⁵³ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.13-14.

BGB oluşturulduğu zamandaki Kanun koyucu da bunun bilincindeydi ve bu düzenlemeyle o zamanki hedefi, yalnızca, *asıl amacı* iktisadi işletme olan derneklerin dernekler siciline kaydını ve bu yolla tüzel kişilik kazanmasını engellemekti. Yoksa, ideal derneklerin hiçbir iktisadi faaliyette bulunmamasını değil. Gerekçeye göre, ancak mevcut yasal düzenleme bu noktada tam başarılı olamamıştır ve artık bugün için bir spor derneğinin bir dernek lokantası işletmesi ya da bir hayır cemiyetinin dernek amacını gerçekleştirmek için belirli sınırlar içinde bedel karşılığında hastaları taşıması modern dernekler hukukunun bir gereğidir⁵⁴.

bbb- Madde önerisinde öngörülen değişiklikler

Yan amaç muafiyetine ilişkin önerilen hükmün gerekçesine gelince, gerekçeye göre, mevcut durumda derneklerin çeşitliliği dikkate alındığında, tüm dernekler için tek ve onların büyüklüklerinden bağımsız bir şekilde iktisadi faaliyetin sınırlarını çizebilecek bir niceliksel ölçüte ulaşmak olanaksızdır. Bu nedenle, maddede niteliksel ve derneklerin büyüklüğünü dikkate alarak iktisadi faaliyette bulunabilmenin sınırları çizilmektedir. Bu yapılırken, yargısal ve bilimsel içtihatları görüşler takip edilmekle birlikte, dernek yaşamının işlevsel şekilde yürütülmesi ya da derneğin amacının etkili şekilde takibi için iktisadi bir işletme işletmenin *kaçınılmaz olması* gerektiği yönündeki mevcut görüş *benimsenmemektedir*. Bunun yerine, iktisadi faaliyetin derneğin ideal amacına açıkça hizmet etmesi ve iktisadi olmayan dernek faaliyeti karşısında nispeten önemsiz kalması yeterli görülmektedir⁵⁵.

İdeal amaca hizmet etme (ideal amaca ulaşılmasında *araç olarak* kullanılma) unsuru, iktisadi faaliyete, derneğin iktisadi olmayan amacını açıkça destekleyici bir işlev olarak başvurulmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, bizzat mal varlığının artırılmasının derneğin amacı olduğu ya da iktisadi işletmeden elde edilen kazancın dernek üyelerine aktarıldığı durumlarda, artık iktisadi faaliyetin ideal amaç için bir araç olduğundan söz edilemez⁵⁶.

İktisadi faaliyetin dernek amacına hizmet ediyor kabul edilebilmesi için, madde gerekçesine göre, iktisadi faaliyetten elde edilen kazancın yalnızca derneğin ideal amacına uygun faaliyetlerde kullanılması gerekir. Ancak, ideal amacın finanse edilmesine hizmet ettikten sonra, iktisadi faaliyetin derneğin amacına içeriksel olarak (konusu itibarıyla) uygunluğu aranmamaktadır⁵⁷.

Madde ile yan amaç muafiyeti için getirilen bir başka koşul, derneğin iktisadi faaliyetinin, iktisadi olmayan dernek faaliyeti karşısında nispeten

⁵⁴ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.15.

⁵⁵ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.15.

⁵⁶ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.16.

⁵⁷ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.16.

önemsiz kalmasıdır. Bu koşulla, Gerekçeye göre, iktisadi faaliyetin kapsamı, hacmi çizilmiş olmaktadır. Buna göre, kıyaslanacak olan derneğin iktisadi faaliyetleri ile iktisadi olmayan faaliyetleridir. İzin verilen iktisadi faaliyetler ise, ancak derneğin iktisadi olmayan faaliyetlerinin hacmi karşısında önemsiz görülebilecek yoğunluktaki faaliyetlerdir. Görüldüğü gibi burada, göreceli bir ölçü getirilmekte; derneğin ideal ve iktisadi faaliyetleri arasındaki oran dikkate alınmaktadır. Bundan dolayı iktisadi faaliyetin ölçüsü, derneğin büyüklüğüne bağlı olmakta ve dernekten derneğe değişmektedir⁵⁸.

Gerekçede, faaliyetler arasındaki karşılaştırmada hangi noktaların esas alınabileceği konusunda açıklayıcı ifadeler de yer almaktadır. Örneğin küçük derneklerde, iktisadi olan ve olmayan faaliyetlere harcanan zamanın bu amaçla karşılaştırılması mümkündür. Bu bağlamda, sporla ilgili ideal amaçlar güden bir derneğin sahip olduğu lokantanın işletilmesi için dernek üyelerinin oldukça az (örneğin, toplam faaliyetlerin % 10'u kadar) bir zaman ayırıyor olmaları durumunda, önemsizlik koşulunun sağlandığından söz edilebilir. Bununla birlikte, büyük derneklerin faaliyetleri daha kapsamlı ve top yekun değerlendirmeler gerektirir ki, bu tür derneklerin mal varlığı, üye sayısı ve (kaynağını üyelerinden topladıkları ödentilerin oluşturduğu) gelirleri bu bağlamda göz önünde tutulmalıdır⁵⁹.

§ 21 Abs.1 Satz 2 BGB-E 2004'te yer alan çok önemli bir koşul da, yukarıdaki koşullara tabi tutulacak faaliyetlerin, derneğin "kendisine ait" iktisadi işletmesi ile ilgili faaliyetler olmasıdır. Yani bizzat dernekçe yürütülen iktisadi faaliyetler yukarıdaki sınırlamalara tabidir. Gerekçenin de ifade ettiği gibi, Alman hukukunda bugün için, bir derneğin, bir ortaklığa (şirkete) katılımının derneğin kendisine ait bir iktisadi faaliyeti olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ya da hangi noktadan sonra böyle değerlendirilebileceği konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa dernekler, yalnızca kendilerine ait bir iktisadi işletmeye sahip olabilecekleri gibi, bununla birlikte bir ticaret ortaklığında da pay sahibi olabilirler. Ya da yalnızca bir ortaklığa katılım yoluyla iktisadi faaliyetlerde bulunabilirler. Bu sorun özellikle derneklerin yavru ortaklıklar (Tochtergesellschaft) eliyle iktisadi faaliyetlerde bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu yola/yollara uygulamada sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Gerekçe bu konuda yargısal içtihadı yollamada bulunmakta ve bir kararda dernek tarafından işletilen bir sermaye ortaklığının faaliyetlerinin BGB § 21 ve 22 anlamında iktisadi bir faaliyet olarak görülerek derneğe bağlanmadığına değinilmektedir⁶⁰. Gerekçeye göre, Tasarıda derneğin *kendisine ait* iktisadi işletmesinden açıkça söz edilerek bu içtihadta ortaya konan görüş benimsenmektedir. Böylece derneklerin

⁵⁸ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.16.

⁵⁹ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.16-17.

⁶⁰ ADAC-Urteil, BGHZ 85, 84 (NJW, 1983, 569).

ortaklıklar hukukunun kişilerine ortak ya da pay sahibi olarak katılımı, tasarıda § 21 Abs.1 Satz 2 BGB-E 2004 anlamında bir iktisadi faaliyet olarak görülmemektedir. Bu nedenle maddede geçen koşul ve sınırlamalar bu tür faaliyetlere uygulanmayacaktır. Zaten, dernek eliyle işletilen bir yavru ortaklık söz konusu olduğunda, bu ortaklığın dernekten bağımsız ve ortaklıklar hukuku hükümlerine tabi bir tüzel kişiliği olacaktır ki bu durumda da artık alacaklıları korumak için endişelenmeye gerek yoktur. Zira ortaklıklar hukukunun alacaklıları korumaya yönelik hükümleri doğal olarak yavru ortaklığın ilişkilerinde de uygulanacaktır. Diğer yandan, derneğin asıl amacının bu gibi ortaklıklar hukukuna ait faaliyetler olduğunun belirlendiği durumlarda ise § 21 Abs.1 Satz 2 BGB-E 2004'e değil; aynı maddenin birinci cümlesine aykırılık gündeme gelecek ve artık ideal bir derneğin varlığından söz edilemeyecektir⁶¹.

b- Değişikliğe ilişkin doktrindeki görüşler

Kısaca tekrarlamak gerekirse, § 21 BGB-E 2004 ile iktisadi olmayan dernekler ve bu derneklerin iktisadi faaliyetleri düzenleniyordu. İşte Tasarının bu hükmüne göre, iktisadi olmayan her amaç için dernek kurulabilecektir. Bir derneğin, iktisadi olmayan amacın gerçekleşmesine hizmet edecek ve iktisadi olmayan dernek faaliyeti karşısında nispeten önemsiz kalacak şekilde kendi iktisadi işletmesini işletmesi ise, derneğin amacının iktisadi olmaması koşuluna zarar vermeyecektir. Bir başka deyişle, ideal dernekler, dernek amacının gerçekleştirilmesi için *bir araç olarak* kullanılmak ve derneğin iktisadi olmayan faaliyetleri karşısında *nispeten önemsiz kalmak* kaydıyla iktisadi bir işletme işletebileceklerdir.

Söz konusu hüküm doktrinde farklı yönleri ile incelenmiştir. Aşağıda bu görüşlerin önemlilerine kısaca yer verilecektir.

aa- Mevcut ideal dernek anlayışı açısından Tasarının eleştirisi

Yukarıda, kavramlardan söz edilirken Alman hukuku için “nichtwirtschaftlicher Verein” ifadesinin iktisadi olmayan dernek şeklinde çevrilebileceğinden söz edilmişti.

Gerçekten de, Alman hukukunda mevcut § 21 BGB'ye göre iktisadi bir işletmenin işletilmesine yönelmemiş dernekler, iktisadi olmayan – çalışmamızda geçen ifade tarzlarıyla- ideal ya da iktisadi olmayan derneklerdir.

§ 21 BGB-E 2004'te ise, iktisadi olmayan her amaç için dernek kurulabileceğinden “*Ein Verein kann zu jedem nichtwirtschaftlichen Zweck gegründet werden*” söz edilmektedir.

⁶¹ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s. 17.

İşte bu ifade Alman doktrinince eleştiri konusu olmuştur. Zira Alman hukukunda ideal derneklerle iktisadi dernekleri birbirinden ayırmak hususunda BGB'nin kabulünden bu yana süren tartışmada sübjektif, objektif, karma, amaçsal-tipsel (teleologisch-typologisch) teori ya da ayırım yöntemleri ortaya konulmuş ve tartışma çok boyutluluk kazanmıştır⁶². Bununla birlikte bu süreç içinde özellikle sübjektif yorum Alman doktrinince neredeyse tamamen terkedilmiştir. Sübjektif yorumla burada kastedilen, derneğin amacına bakarak onun ideal mi yoksa iktisadi dernek mi olduğuna karar verme yöntemidir. Kuşkusuz burada değerlendirme sübjektiftir; zira, derneğin güttüğü amaç ayırımı esas alınmaktadır. Oysa sübjektif teorisinin yadsınmasına neden olan ve üzerinde bugün için konsensüsün sağlandığı Alman literatüründeki anlayış, derneğin amacının (dernek kurucuları ve üyelerince) ne olarak görüldüğü, nasıl algılandığı ya da nasıl ifade edildiğinin değil, bizzat derneğin faaliyetlerinin derneğin türünün belirlenmesinde önemli olduğudur⁶³. Bu anlayışın kabulüne de mevcut § 21 BGB metninin açık olduğu ortadadır.

Oysa Tasarı hükmünde, mevcut düzenlemeden ayrılarak iktisadi bir işletmenin işletilmesinden iktisadi olmayan bir amaçla kurulmaktan söz edilmesi, sübjektif teori lehine algılanabilecek görülmekte, bu da bu yönüyle çözülmüş sorunu tekrar alevlendirebileceği için kaygıyla karşılanmaktadır. Tasarının farklı teoriler arasından bugün için terk edilmiş olanı seçer gibi bir düzenleme getirmesi bu nedenle eleştirilmektedir⁶⁴. Bu anlamda Tasarının, *iktisadi olmayan her amaçtan* söz ederken, hedeflediği hukuki açıklık ve belirliliğin aksine, bir tanımlamaya gitmemiş olması⁶⁵ da bir başka dikkat çekilen noktadır⁶⁶.

Reuter ise, BGB § 21 metninde iktisadi olmayan amaçtan söz etmeyi isabetli bulmakta ve bu yönüyle⁶⁷ Tasarı hükmünün Alman Hukukunda Holding dernekler (Holdingverein)⁶⁸ ve Varlık Yönetimi dernekleri

⁶² Segna, 450; Bu konudaki görüşler ve kavramlar hakkında geniş bilgi için bak. Schmidt, Verbandszweck, 89 vd; Larenz/Wolf, § 10 Rn. 32 vd; Grunewald, 189 vd; Heinrichs, in: Palandt BGB, § 21 Rn. 2-4.

⁶³ Hatta doktrinde bazı yazarlar "iktisadi olmayan dernekler" için "ideal dernekler" ifadesinin kullanılmasının da isabetli olmadığı, zira bu ifadenin sanki sübjektif teoriye göre bir değerlendirmeyi; sübjektif amacı çağrıştırdığı görüşündedirler. Terner, 298 Fn. 30.

⁶⁴ Terner, 298.

⁶⁵ Yasayı tanımlama noktasında yetersiz bulan bir başka anlayış için bak. Möhlenkamp, 2738; Reuter ise, çok anlamlılığı karşısında, "Geschäftsbetrieb" kavramının tanımlanmaya ihtiyaç duyduğu görüşündedir. Reuter, D.: Die Reform des Vereinsrechts –Zum Referentenentwurf zur Änderung des Vereinsrechts vom 25.8.2004, NZG 2005, s. 743.

⁶⁶ Arnold, 2145.

⁶⁷ Nitekim, diğer yönlerden, Reuter tarafından § 21 BGB-E 2004'e yönelik getirilen eleştiriler için bak. NZG, 743-744.

⁶⁸ Bak. Weick, in: Staudingers Kommentar, § 21 Rn. 8.

(Vermögensverwaltungsverein)⁶⁹ olarak anılan derneklerin hukuki durumlarının netlik kazanması açısından yararlı olacağını düşünmektedir⁷⁰.

bb- Yan amaç muafiyeti ile ilgili görüşler

Daha önce yukarıda kısaca bugünkü Alman hukukunda yan amaç muafiyetinin nasıl algılandığına değinilmişti. Aslında BGB’de bu yönde bir hüküm yoktu. Ancak uygulamadaki ve doktrindeki anlayış, ideal derneklere bu yolla iktisadi faaliyetlerde bulunması olanağı tanıyordu.

Doktrinde baskın görüşe göre, ideal derneklerin iktisadi işletme işletebilmeleri, ancak, *bu işletme derneğin etkin şekilde yaşamını sürdürebilmesi için zorunlu* ve dernek amacıyla *işlevsel bağlantı içerisinde* ise mümkündür ve haliyle yalnız bu koşullar gerçekleşirse yan amaç muafiyetinden yararlanılabilir⁷¹.

Aşağıda ayrıntılarına girmeden önce, burada kısaca belirtmek gerekir ki, Tasarı ile yan amaç muafiyetinin artık yasal bir dayanağa kavuşması Alman hukukunda olumlu karşılanmaktadır. Zira içtihat ve doktrinle geliştirilen bu anlayış artık Kanun koyucu tarafından da benimsenmiş olmaktadır. Bununla birlikte Tasarı hükmünde getirilen yan amaç muafiyeti ile bugün Almanya’da hâkim olan yan amaç muafiyeti (ya da istisnası) arasında esaslı farklar vardır. Doktrin eleştirileri de bu farklar ve yan amaç muafiyetinin formüle edilmiş tarzı üzerinde yoğunlaşmaktadır. § 21 Abs. 2 BGB-E 2004’te yan amaç muafiyetinden yararlanmak için iki şartın gerçekleşmesi aranmaktadır. Bunlar işletilen iktisadi işletmenin, iktisadi olmayan amacın gerçekleşmesine hizmet etmesi ve iktisadi olmayan dernek faaliyeti karşısında nispeten önemsiz kalmasıdır. İşte yan amaç muafiyeti için Tasarı ile getirilmek istenen bu şartların her ikisi de doktrinde eleştirilmektedir.

aaa- İktisadi faaliyetin iktisadi olmayan amaca hizmet etmesi şartına ilişkin görüşler

Alman doktrininde, Tasarının aradığı; *iktisadi işletmenin iktisadi olmayan amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmesinin*, doktrindeki baskın anlayışın kabul ettiği; *dernek yaşamının etkin şekilde sürdürülmesi için iktisadi işletme işletilmesinin zorunlu olması* ile aynı anlama gelmeyeceği ifade edilmekte ve birincisi ikincisine göre çok daha geniş ve kapsamlı görülmektedir. Yani değişiklikte muafiyetin kapsamı aşırı derecede genişletilmiş olacaktır ki, bu da aslında istenilen bir şey değildir. Bu görüşün kaygı duyduğu nokta, derneğin yaşamını sürdürebilmesi ya da etkin olarak sürdürebilmesi için gerekenden fazla ve kapsamlı iktisadi faaliyetlere Tasarı

⁶⁹ Bu dernekler hakkında bak. Reuter, in: MüKo, Rn. 40-42.

⁷⁰ Reuter, NZG, 743.

⁷¹ Hadding, in: Soergel, BGB, §§ 21, 22 Rn. 36; Schmidt, Verbandszweck, 190; Menke, T.: Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, Berlin 1998, s. 33 vd.

lafzının izin verir nitelikte olmasıdır. Oysa, yan amaç muafiyeti, ideal derneklere *sadece* sınırlı ve zorunlu olduğu kadar iktisadi faaliyetlerle uğraşma yolu açmak için geliştirilmiş bir kavramdır. Zira dernek bu iktisadi faaliyetlerde bulunmasa, ideal amacını gerçekleştiremeyecektir ya da istenildiği gibi gerçekleştiremeyecektir. Bu nedenle aslında yan amaç muafiyeti zorunluluk kadarınca iktisadi faaliyetlere olanak tanıyan bir anlayıştır. Tasarıya göre ise, bir ideal derneğin her iktisadi işletmesi yan amaç muafiyetinden yararlanabilecektir. Yeter ki derneğin ideal amacına hizmet etsin ya da bu ideal amaç için araç olarak kullanılsın. Özellikle, bu ifadenin bir zorunluluk sınırı taşımaması ve bu genişliği karşısında hemen hemen her iktisadi faaliyetin derneğin amacına hizmet ediyor gösterilmesinin (ya da ideal amaç için araç olarak kullanıldığının iddia edilmesinin) yolunu açması kaygı ile karşılanmaktadır⁷².

bbb- İktisadi faaliyetin iktisadi olmayan faaliyetler karşısında nispeten önemsiz kalması şartına ilişkin görüşler

İktisadi olmayan dernek tarafından işletilen işletmenin iktisadi olmayan dernek faaliyeti karşısında nispeten önemsiz kalması yan amaç muafiyetinin tanınması için Tasarıda öngörülen ikinci şarttır.

Görüldüğü gibi bu şart, yan amaç muafiyeti için doktrinde ve uygulamada -hâlihazırda- aranan bir şart değildir. Yan amaç muafiyeti için Tasarı tarafından getirilmektedir. Bu yönüyle de Tasarı doktrin ve uygulamanın görüşünden ayrılmaktadır.

Bu koşul da doktrinde çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. Öncelikle, Tasarının bu koşulla bir oranlama getirmesi ve “nispeten önemsiz olma” gibi göreceli ve pek belirli olmayan bir ifadeye yer vermesi eleştirilmektedir⁷³. Sonuçta bu oranlama derneğin iktisadi ve iktisadi olmayan faaliyetleri arasında yapılacaktır. Özellikle *Großverein* denilen çok büyük dernekler dikkate alındığında, bu koşulun yukarıda belirtilen; *ideal derneklere ancak asgari düzeyde iktisadi faaliyet alanı* tanımaya yönelik mevcut yan amaç muafiyeti anlayışıyla örtüşmediği ortadadır. O hâlde Tasarı bu şekilde yasalaşır, bu tür büyük derneklere derneğin büyüklüğüne nispetle küçük kalacak ama aslında son derece büyük iktisadi işletmelerin işletilmesi mümkün görülebilecektir⁷⁴.

Bir başka eleştiri noktası ise, faaliyetler arasında “nispeten önemsizliği” belirlemek için nasıl bir ölçü kullanılacağıdır. Böyle açık olmayan ifadelerin uygulamada sorunlar çıkaracağı belirtilmektedir⁷⁵. Bu

⁷² Bak. ve kar. Hadding, ZGR, 151-152; Segna, 452-453; Möhlenkamp, K.: Vereinsrechtreform stutz Nebenzweckprivileg der Vereine: Welche wirtschaftliche Tätigkeit wird in Zukunft noch zulässig sein?, Der Betrieb, 2004, 2737.

⁷³ Möhlenkamp, 2738.

⁷⁴ Bak. Hadding, ZGR, 151-152.

⁷⁵ Hadding, ZGR, 152.

noktada yazarlar bakışlarını Tasarının gerekçesinde verilen örneklere çevirmektedirler. Öncelikle zamansal ölçüt⁷⁶ hemen hemen tüm yazarlarca eleştiriye açık bulunmaktadır. Böyle bir ölçütle dernek faaliyetleri arasında gerçekçi bir kıyaslamanın yapılamayacağı ifade edilmektedir. Gerçi Tasarının gerekçesinde bunun kullanılabilir ölçütlerden yalnızca biri olarak sunulduğu ve esasen başka ölçütlerden yarar elde edilemediği zaman önem kazanabileceği noktası da gözden kaçırılmamaktadır. Bununla birlikte, bu durumda da gerekçenin zamansal ölçütü örnek olarak göstermesi ve onu örnek olarak açıklamalarda bulunması isabetli bulunmamakta, çok daha önemli ve uygulamaya gerçekten ışık tutabilecek örneklere yoğunlaşılması, bu özensiz tutum eleştirilmektedir⁷⁷.

Her şey bir yana, nispeten önemsizliğin ölçülmesinde böyle bir ölçütün pratikte zaten pek yarar sağlamayacağı da ifade edilmektedir. Zira, uygulamada dernek üyeleri ya da yöneticileri genellikle iktisadi işletmelerine doğrudan zaman ayırmamakta, bu işi profesyonel yöneticilere bırakmaktadırlar. Hâl böyle olunca da küçük dernekler açısından da bu ölçütün ne derece belirleyici olacağı kuşkuyla kalmaktadır⁷⁸.

Tasarının gerekçesinde zamansal ölçütün yanı sıra, derneklerin mal varlığı, üye sayısı ve (kaynağını üyelerinden topladıkları ödentilerin oluşturduğu) gelirlerinin de kıyaslamada dikkate alınmasından söz edilmektedir. Doktrinde de en ideal ölçütün ne olacağı konusunda görüşler ileri sürülmekte⁷⁹, derneğin iktisadi işletmesinin büyüklüğü ve satışlarının (cirosunun) bunun için kullanılabilirliği ifade edilmektedir⁸⁰. Doktrinde bazı yazarlarca, yan amaç muafiyetinin belirlenmesinde parasal bir sınır getirilmemiş olması ise olumlu karşılanmaktadır⁸¹. Zira tüm dernekler için geçerli olacak şekilde getirilecek yıllık satış tutarları vb. (örneğin hukukumuzda ticari işletme-esnaf işletmesinin ayırımında kullanıldığı gibi) bir parasal sınır, Almanya'daki dernek (yaşamının) çeşitliliği karşısında istenmeyen sonuçlara yol açar görülmektedir⁸².

⁷⁶ Yukarıda Tasarının gerekçesi ele alınırken değinildiği gibi, burada kastedilen; iktisadi faaliyetlerle iktisadi olmayan faaliyetlere dernek üyelerinin ne kadar zaman ayırdığının oranlanmasıdır.

⁷⁷ Ayrıca bak. Terner, 299 dn. 43.

⁷⁸ Reuter, NZG, 742; Segna, 452.

⁷⁹ Segna, bu konu ile ilgili ileri sürülen ölçütlerin hiçbirisinin kesin sonuç verici olmadığını, somut olayın özelliklerine göre sorunun çözümünde etkilerinin değişebileceğini belirtmektedir. Segna, 452.

⁸⁰ Terner, 299; kar. Segna, 452.

⁸¹ Arnold, 2145.

⁸² Schmidt, Verbandszweck, 184 vd; Hadding, in: Soergel, BGB, §§ 21, 22 Rn. 35; Terner, 299 Fn. 44.; Konunun olan ve olması gereken hukuk açısından değerlendirmesi için bak. Segna, 452.

Özetle, Tasarımın getirdiği bu koşulla, nihai hedefleri arasında yer alan *dernekler hukukunda hukuki belirliliği ve açıklığı sağlamak amacına ulaşamadığı görüşü* Alman doktrininde ağır basmaktadır⁸³.

ccc- Tasarımın derneğin amacı ile iktisadi faaliyeti arasında işlevsel bağlantı aramamasına ilişkin görüşler

Yukarıda ifade edildiği gibi, hâlihazırda uygulanagelen yan amaç muafiyetine ilişkin Alman hukukundaki baskın anlayış, muafiyet için yürütülen iktisadi faaliyet ile derneğin ideal amacı arasında işlevsel bir bağlantının olması gerekliliğidir. Yani derneğin iktisadi işletmesinin derneğin amacına da hizmet etme işlevi olmalıdır. Bu anlamda, bir spor derneği bir sağlık merkezi ya da SPA merkezi işletebilir. Ancak bir çiçekçi dükkanı işletirse işlevsel bağlantı bulunmadığından bu faaliyet muafiyet kapsamına sokulamaz, caiz görülmez⁸⁴. Doktrinde baskın görüş bu olmakla birlikte, bu anlayış eleştirilmiyor da değildir. Özellikle başını Reuter'in çektiği bir grup yazar, muafiyet için iktisadi işletme ile dernek arasında işlevsel bağlantı aranmasını anlamlı bulmamaktadır. Zira ideal derneklerin iktisadi faaliyetlerinin kısıtlanmak istenmesinin nedeni, üçüncü kişileri/alacaklıları korumaya yönelik (ticaret hukuku kişileri için öngörülen) kuralların dernekler için BGB'de öngörülmemiş olmasıdır. İktisadi faaliyet ile dernek amacı arasında bir işlevsel bağlantı bulunup bulunmaması ise bu noktada önemsizdir. Derneğin işletmesinin konusu ne olursa olsun alacaklıların korunmasına ihtiyaç ölçüsü değişmemektedir⁸⁵. İşte özellikle bu bakış açısını taşıyan yazarlar, Tasarımın yan amaç muafiyeti tanınması için işlevsel bağlantının varlığını aramamasını -baskın görüşün aksine- olumlu bir gelişme olarak görmektedirler⁸⁶.

ddd- Tasarımın yan amaç muafiyeti açısından derneğin kendi iktisadi faaliyetini esas alan düzenlemesine ilişkin görüşler

Yukarıda sözü edilen yan amaç muafiyetine ilişkin Tasarı hükmü incelendiğinde, ilk bakışta şu kanaate ulaşılabilir: Tasarı ile ideal derneklerin iktisadi faaliyette bulunmasına izin verilmemekte, ancak belirli koşulları sağlayan ve bu nedenle belirli sınırlar içinde kalan iktisadi faaliyetlere muafiyet tanınmaktadır. Oysa ana kuralla birlikte, yan amaç muafiyeti denen bu muafiyetin kaleme alındığı § 21 BGB-E 2004'te öyle bir ifade bulunmaktadır ki, yukarıdaki kanaatin isabetliliği üzerinde iyice düşünülmesini gerektirmektedir. Bu ifade, derneğin "kendisine ait" iktisadi bir faaliyetinin olması, "kendi" iktisadi işletmesini "...ein **eigener** wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb" işletmesidir. Dolayısıyla Tasarıda ideal

⁸³ Bak. Hadding, ZGR, 149 ff; Segna, 452-453; Terner, 298; Möhlenkamp, 2738; Reuter, NZG, 743 f.

⁸⁴ Segna, 452.

⁸⁵ Reuter, in: MüKo, §§ 21Rn. 19-20 ; Reuter, NZG, 742.

⁸⁶ Segna, 452.

derneklerin iktisadi faaliyetleri ile ilgili getirilen sınırlar; yani iktisadi işletmenin derneğin amacına hizmet etmesi ve derneğin ideal amacı doğrultusunda yürüttüğü faaliyetleri karşısında nispeten önemsiz kalması, derneğin *sırf kendisine ait* olmayan, *tek başına yürütmediği* iktisadi faaliyetler için aranmayacaktır.

Doktrinde Tasarının en fazla tartışılan noktalarından birisi de işte bu düzenlemedir. Bunun nedeni ise, konunun aslında sadece dernekler hukuku ile değil, diğer hukuk dalları ile de yakından ilgili oluşudur. Bu dalların başında Ticaret hukuku, özellikle Ortaklıklar hukuku; Rekabet hukuku, özellikle de Alman Konzern Hukuku sayılabilir. Çünkü derneklerin kendilerine ait olmayan iktisadi faaliyetlerinden söz edildiğinde akla öncelikle bunların ticaret ortaklıklarında pay sahibi olmaları gelmektedir. Böyle olunca da konu ana-yavru ortaklık (hâkim ortaklık- bağlı ortaklık) ilişkilerine kaymaktadır. Yani sorun, derneklerin bir şirketin paylarının alıcısı olup olamayacağı, ne kadarının alıcısı olabileceği ve bu bağlamda ne kadar pay alırsa şirketin eylemlerinden sorumlu tutulabileceği ile ilgilidir⁸⁷. Nitekim Tasarının bu noktadaki düzenlemesi ile ilgili genel değerlendirmelerde, derneklerin bu tür faaliyetlerinin genel hukuk düzeni içerisinde nasıl değerlendirilmesi konusunda henüz tartışmaların sürdüğü, hatta bu durumun Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) ile ilgili çalışmalarda bulunan hükümet komisyonu tarafından da açıkça dile getirildiğine dikkat çekilmekte, Tasarının konunun bu boyutunu tamamen göz ardı etmesi eleştirilmektedir⁸⁸. Tasarı bu yönüyle, acele hazırlanmış, getirilen “ibarenin” sonuçları üzerinde pek de düşünülmemiş ve kötü hazırlanmış bir tasarı olarak görülmektedir⁸⁹.

Konunun tekrar derneklerle ilgili kısmına yoğunlaşırsak, öncelikle şunun altını çizmek gerekir ki, Alman hukukunda bir derneğin kendi iktisadi işletmesini işletmesi gibi, bir ticaret ortaklığında pay sahibi olması da mümkündür. Tasarıda bu esas inkar edilmemektedir. Yapılan, ideal derneklerin bu faaliyetlerinin iktisadi amacı zedeleyici görülmeyp, yan amaç muafiyeti ile getirilen sınırlamaların dışında bırakılmasıdır.

İşte doktrinde bu konuda derneklere sınırsız bir alan bırakıldığı düşünülmekte ve bu eleştirilmektedir. Gerçi Tasarının gerekçesinde, dernek eliyle işletilen bir yavru ortaklık söz konusu olduğunda, bu ortaklığın dernekten bağımsız ve ortaklıklar hukuku hükümlerine tabi bir tüzel kişiliği olacağı ve bu durumda da artık alacaklıların korunması açısından endişelenmeye gerek olmadığı ifade edilmektedir. Bunun gibi derneğin asıl amacı tamamen bu tür faaliyetlere yönelikse o zaman da ideal dernekten söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Fakat bu gerekçeler doktrinde bazı noktalar

⁸⁷ Hadding, ZGR, 153 vd.

⁸⁸ Terner, 297-298; Arnold, 2144, 2146; ayrıca bak. Heermann, 253, 293.

⁸⁹ Terner, 298.

açısından tatminkar bulunmamaktadır. Örneğin Hadding, bir yandan, derneğin pay sahibi olduğu ortaklığın kendi tüzel kişiliğinin bulunduğunu ve ortaklıklar hukuku hükümlerine tabi olduğundan alacaklıların bu şekilde korunmasının mümkün olacağını teyit ederken, öte yandan derneğin ortaklığı kontrol edecek, yani onun derneğin yavru ortaklığı olarak görülmesine neden olacak derecede paylarına ya da yönetimine sahip olduğu durumlarda çeşitli sakıncaların ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Yazar, bu gibi durumlarda Alman hukuku gereğince yavru ortaklığın eylemlerinden ana ortaklığın da sorumlu tutulacağını altını çizmekte ve bunun muhtemel iki sakıncası üzerinde durmaktadır: İlk olarak, ana ya da hâkim (teşebbüs) konumundaki dernekle hukuki ilişki içerisindeki alacaklılar (dernek alacaklıları), - bağlı ortaklığın eylemlerinden dolayı o ortaklığın alacaklıları da derneğin mal varlığına gidilebileceğinden- alacaklarını tahsil edememe tehlikesi ile karşılaşacaklardır. İkinci olarak da, dernek üyeleri açısından bir tehlike doğmaktadır. Dernekle yavru ortaklık arasındaki iktisadi faaliyet hukuksal ve örgütsel olarak bağımsız yürüdüğünden –zira yavru ortaklığın kendi tüzel kişiliği ve örgütlenmesi bulunmaktadır- dernek üyelerinin dernek mal varlığının kullanımı ve yönetiminden soyutlanması tehlikesi vardır⁹⁰.

Diğer yandan, aynı yazara göre, derneklerin kendi iktisadi işletmeleri dışında kalan iktisadi faaliyetlerini göz ardı eden bu düzenlemenin Avrupa Birliği müktesebatına uygunluğu da tartışmaya açıktır⁹¹.

Görüldüğü gibi, bu hususta Tasarıya ilişkin eleştirilerin odak noktası; ideal derneklerin niçin yalnızca tek başlarına yürüttükleri iktisadi faaliyetleri açısından sınırlamalara gidilip diğer iktisadi faaliyetlerine adeta sınırsız bir alan bırakıldığıdır⁹². Gerçekten de doktrindeki eleştiriler açısından bakıldığında, Tasarı yasalaşırsa, bir derneğin kendisine ait herhangi bir iktisadi işletmesi yan amaç muafiyeti açısından denetime tabi tutulurken, onlarca şirketteki payları, hatta bir şirketin paylarının yarısından, üçte ikisinden fazlasına hatta % 99'una sahip olması denetim dışı kalacak ve onun ideal amacı açısından zararsız görülecektir. Hâl böyle olunca, ideal derneklerin sözü edilen faaliyetlerini yan amaç muafiyetinin sınırlarına tabi tutmamanın, alacaklıların ve dernek üyelerinin, derneğin iktisadi faaliyetleri karşısında korunması düşüncesiyle ne derece bağdaşabileceğinin de sorgulanması gerekecektir⁹³.

Son olarak Tasarıya “bu ibarenin” konmasının bir başka gerekçesi hakkında Alman doktrinindeki yorumlara burada yer vermekte yarar var: Tasarıyı hazırlayanlara göre, bu düzenleme BGH'nin ADAC kararı dikkate alındığında yargısal içtihadı uygundur. Oysa, doktrinde BGH'nin ADAC

⁹⁰ Hadding, ZGR, 154-155.

⁹¹ Hadding, ZGR, 156.

⁹² Hadding, ZGR, 156-157.

⁹³ Bak. Reuter, NZG, 743-744.

kararının⁹⁴ bu hükme dayanak olamayacağı, öncelikle konunun orada rekabet hukuku boyutuyla ele alındığı, ayrıca kararın isabetliliğinin derecesinin ve bugün için de karardaki görüşlerin korunup korunmadığının tartışılır olduğu ifade edilmektedir⁹⁵.

3. İktisadi Derneklerin Kaldırılması

İktisadi derneklerin, iktisadi olmayan dernekleri ya da ideal dernekleri düzenleyen § 21 hükmünün hemen peşine BGB § 22’de düzenlendiği ve bu derneklerin amacının iktisadi bir işletmenin işletilmesine yöneldiğine yukarıda değinildi.

Bakanlık tasarısı ile Dernekler hukukuna getirilmek istenen en önemli değişikliklerden birisi, iktisadi derneklerin kaldırılmasıdır. Gerçekten bu değişiklikle BGB § 22’ye göre izin sistemine göre kurulan iktisadi derneklere ilişkin genel hüküm ortadan kaldırılacaktır. Bununla bağlantı olarak Tasarıda, mevcut iktisadi dernekler için –Yasanın yürürlük tarihinden itibaren işlemeye başlayacak- on yıllık bir geçiş süresi tanınmış, bu süre içerisinde ideal dernek ya da başka bir hukuki forma dönüşmediği takdirde iktisadi derneğin kendiliğinden sona ereceği (infisah edeceği) düzenlenmiştir (Art. 2).

a- Tasarının gerekçesine göre § 22 hükmünün kaldırılmasının nedenleri

Tasarıyı hazırlayanlara göre, BGB § 22’nin kaldırılmasının altında, öncelikle, uygulandığı zaman boyunca bu hükme nadiren başvurulması yatmaktadır. Bundan dolayı hükmün pratik öneminin az olduğu, özellikle hâlihazırda uygulanan yan amaç muafiyeti ışığında ideal dernekler kurularak iktisadi faaliyetlerde bulunulabildiği ve bu durumda da dernek siciline kayıtlı hak ehliyetinin kazanılması yolunu açık olduğu ifade edilmektedir. Burada, uygulamada nadiren görülen yeni iktisadi derneklerin ise ağırlıklı olarak o konudaki iktisadi faaliyetin iktisadi dernek formunda yürütülmesine izin veren özel yasalarla kurulduğuna da işaret edilmektedir. Gerekçede bu tür yasa ve derneklere örnek olarak, Alman Piyasa Yapısı Yasasına

⁹⁴ ADAC-Urteil, BGHZ 85, 84 (NJW, 1983, 569); bu kararda kısaca, Tasarıda ifade edildiği gibi, bir ideal derneğin, hukuksal ve örgütsel açıdan bağımsız –kendi tüzel kişiliği ve ayrı örgütlenmesi olan- ticaret hukuku sùjesi niteliğindeki ortaklığı, derneğin kendisinin işletmesel faaliyeti olarak görülmemiştir. Bu karar hakkında bak. Kübler, F.: Vereinsgeschäfte im Unlauterkeitsrecht, Bemerkungen zum „ADAC-Verkehrrechtsschutz“-Urteil des Bundesgerichtshofes, ZHR, 147, 1983, s. 454-461; Reuter, D.: Rechtliche Grenzen ausgegliederter Wirtschaftstätigkeit von Idealvereinen – Zugleich eine kritische Stellungnahme zum ADAC-Urteil BGHZ 85, 84, ZIP, 1984, s. 1052-1064; Schmidt, K.: Wirtschaftstätigkeit von „Idealvereinen“ durch Auslagerung auf Handelsgesellschaften – Bemerkungen zum ADAC-Urteil des BGH, NJW 1983, s. 543-546.

⁹⁵ Terner, 298; Arnold, 2145.

(Marktstrukturgesetz) göre kurulan Üretici birlikleri (Erzeugergemeinschaften) ile dayanağını Federal Orman Yasasından (Bundeswaldgesetz) alan Orman Ürünleri İşletmeleri Birlikleri (Forstbetriebsgemeinschaften) ve ormancılık örgütlenmeleri (forstwirtschaftliche Vereinigungen)⁹⁶ örnek gösterilmektedir. Gerekçeden anlaşıldığına göre, Almanya'da bugün yeni iktisadi derneklerin ortaya çıkması esasen bu şekilde olmakta, böyle özel düzenlemeler karşısında da BGB § 22'de iktisadi derneklere ilişkin genel bir hükmü korumaya, bir başka deyişle *genel bir hukuki form* (biçim ya da yapı) olarak iktisadi dernekleri BGB'de bulundurmaya bir ihtiyaç da kalmamaktadır⁹⁷.

Gerçekten de gerekçeye göre, olgunlaştırılmamış (rudimentär) bir hukuki yapıda düzenlenmiş olan iktisadi dernekler, BGB'nin dernekler hukukuna da sistematik açıdan aslında yabancı kalmaktadır. Zira BGB'nin dernekler hukukuna ilişkin hükümleri ideal dernekler ve kayıt esasına dayalı bir yapılanma arz etmektedir. İktisadi dernekler ise izin sistemi ile hak ehliyeti kazanırlar ki, bu düzenlemenin öngörülmesinin nedeni ticaret hukuku hükümlerinin (iktisadi) dernekler kurulması yoluyla dolanılmasının önlenmesidir. Bu yolla iktisadi alanda ticaret hukukunun hukuki formlarına öncelik verilmiş olmakta, iktisadi derneklerin hak ehliyeti kazanabilmeleri ise ancak özel düzenlemelerin gündeme gelmesi ile mümkün olabilmektedir. Böyle olunca da BGB § 22'nin kaldırılması durumunda esas itibarıyla bir şey değişmiş olmayacaktır: Bir hukuki kurum (Rechtsinstitut) olarak iktisadi dernekler yaşayacak; ancak, artık BGB'nin genel hukuki formlarından (allgemeine Rechtsform) biri olma özelliğini kaybedecektir⁹⁸.

Gerekçeye göre, BGB § 22'nin kaldırılmasının pratik yararları da olacaktır. Bu hükmün kalkmasıyla izin sistemine ilişkin usul hızlanacak, bürokratik gecikmeler azalacaktır. Tasarıyla, izin için derneğin yerleşim yerinin bulunduğu Federe Eyaleti yetkili kılan hüküm de (BGB §22 Abs. 2) kaldırılacağından, yetkili eyalet makamlarının yükü hafifleyecek, icabında böyle derneklere izin verilmesi konusuna yoğunlaşacak makam ya da makamlar oluşabilecektir⁹⁹. Bundan başka, Tasarının getirdiği yeni § 21'de yan amaç muafiyetinin kabulü ile derneklerin iktisadi faaliyette bulunması imkanı artık yasal olarak tanınacağı ve böyle faaliyetlerde bulunmak isteyen dernekler için bu yolla hak ehliyeti kazanılması mümkün olacağı için mevcut

⁹⁶ Örneğin Bavyera eyaletindeki bu tip örgütlenmelere şu örnekler verilebilir: FWV Oberbayern e.V., FWV Niederbayern e. V., FWV Oberpfalz e.V., FWV Oberfranken e. V., FWV Mittelfranken e.V., FWV Unterfranken e. V., FWV Schwaben e. V., (bak. <http://www.forst.bayern.de/fuer-den-waldbesitzer/forstwirtschaftliche-zusammenschlusse/27815/index.php>, 02.05.2008). FWV kısaltması, forstwirtschaftliche Vereinigungen; e.V. kısaltması ise daha önce ifade edildiği eingetragener Verein yani kayıtlı dernek anlamına gelmektedir.

⁹⁷ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.18.

⁹⁸ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.18.

⁹⁹ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.19.

BGB § 22'nin kaldırılmasının bu bakımdan da çok fazla pratik bir etkisi olmayacaktır. Muafiyetin kapsamı dışında kalanların ise, gerekçeye göre, ticaret ve kooperatif hukuku hükümlerine göre tüzel kişilik kazanması yolu açıktır¹⁰⁰.

Geçiş hükmüne gelince, gerekçede, BGB § 22'nin yürürlükten kaldırılmasının yeni kurulacak iktisadi dernekler açısından öncelikle –kabul edilir edilmez- etkisini göstereceği, hâlihazırda BGB § 22'ye göre kurulmuş olan derneklerin ise on yıllık geçiş hükmü sayesinde daha uzunca bir süre değişmeksizin –bu anlamda Yasanın etkisinden kısa vadede etkilenmeden- varlıklarını sürdürebilecekleri ifade edilmiştir. Bu süre, yukarıda belirtildiği gibi, on yıldır¹⁰¹.

b- Değişikliğe ilişkin doktrindeki görüşler

Tasarı ile iktisadi derneklere ilişkin genel hükmün, –Alman hukukundaki algılanma şekliyle- genel hukuk formunun BGB'den çıkarılmasına gelince, bu hususun da genelde doktrinde eleştirilere uğradığı görülmektedir.

Öncelikle, BGB § 22'nin kaldırılması ile iktisadi derneklerin kurulmasının tamamen özel yasaların varlığına bırakıldığına işaret edilmektedir. Buradan ise iki sonuç çıkarılmaktadır. İlk olarak, BGB § 22'nin kaldırılmasıyla, özel yasalar gereğince kurulacak çeşitli tüzel kişiliğe sahip oluşumların altında toplanacağı unsursal bir tanımlama içeren genel bir kavram, bir hukuki form ya da yapı artık olmayacaktır. Yani, böyle bir kavramı düzenleyen genel bir hükümden artık yoksun olunacaktır. Hâl böyle olunca, her bir tipin kendi özel yasasında ayrıca unsurları belirtilerek düzenlenmesi gerekecektir. Artık, mevcut özel yasalarda düzenlenenler dışındaki tiplere iktisadi dernek olarak oluşma imkanı tanınmayacaktır¹⁰². Dolayısıyla iktisadi dernek olmanın tek yolu -Tasarının kabul edilmesiyle birlikte- buna ilişkin özel bir yasa hükmüne dayanmak olacaktır. İşte ikinci olarak, böyle bir tipin oluşturulmasında tek yol artık yasal düzenlemeye gidilmesi olacağı için –Federal yapı içindeki- diğer normatif düzenlemelerle, örneğin, Bakanlık kararnamesi ya da genelgesiyle bunlara iktisadi dernekler şeklinde hukuki form kazandırılması mümkün olamayacaktır¹⁰³. Tasarıyla BGB § 22'nin yasal bağlanma noktası ve normatif düzenlemelerin temelini oluşturma özelliği böylece kalkmış olmaktadır ki, yerine herhangi bir hüküm ya da düzenleme getirilmeden bu yola gidilmesi eleştiri konusudur¹⁰⁴. Terner'e göre, BGB § 22'deki genel hukuki formun kaldırılmasının bir sakıncası da gelecekte görülecektir. İşletmesel faaliyette bulunup da

¹⁰⁰ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.19.

¹⁰¹ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.19.

¹⁰² Terner, 300.

¹⁰³ Terner, 300.

¹⁰⁴ Schmidt, Verbandszweck, 84 ff; Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 55; Terner, 300.

ortaklıklar hukukunun formlarından hiçbirisi ile örtüşmeyen oluşumlar, artık iktisadi dernek olarak kabul edilmeleri için izin talebinde bulunamayacaklarından, siyasi otorite üzerinde baskı oluşturarak kendileri için özel yasa çıkarılmasını isteyeceklerdir. Zira yeni düzenleme karşısında, hak ehliyeti olmayan dernek olarak varlıklarını sürdürmek istemeyen oluşumlar için başka alternatif kalmayacaktır¹⁰⁵.

Burada özellikle değinmek istediğimiz bir nokta, doktrinde, yasa koyucuya yöneltilen bu talebin **anayasal temelinin** bulanabileceğine dikkat çekilmesidir. Alman Hukukunda, dernek özgürlüğünün anayasa açısından hukuksal temellerini Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının (Temel Yasa, Grundgesetz- GG¹⁰⁶) 9. maddesinde bulmak mümkündür¹⁰⁷. Bu madde ile tüm Alman vatandaşlarına dernek kurma hakkı tanınmıştır¹⁰⁸. Örgütlenme¹⁰⁹ özgürlüğünün (Vereinigungsfreiheit) anayasal dayanağı olarak görülen bu maddede; bireylere hem olumlu, hem de olumsuz örgütlenme özgürlüğü tanındığı ifade edilmekte; olumlu örgütlenme özgürlüğü ile, kişilerin dernek kurma ve istediği derneğe katılma hakkı, olumsuz örgütlenme özgürlüğü ile ise derneğe üye olmama ya da üye kalmama (ayrılma) hakkı kastedilmektedir¹¹⁰. İşte bu anayasal temel altında, Schmidt ve Reuter gibi dernekler hukuku konusunda önemli isimler, GG Art. 9'da idealini bulan hukuk politikasının, ihtiyaç hâlinde yeni hukuk formları geliştirilmesi için öne sürülebileceğine işaret etmektedirler¹¹¹.

Tasarıya getirilen bir başka eleştiri ise, iktisadi derneklere ilişkin genel hukuki formun kaldırılması ile, özel yasalarla oluşturulan her tipin bağımsız bir ortaklık ya da örgütlenme biçimi olarak mı yoksa bunların yine –eskiden olduğu gibi- iktisadi dernek türleri, bir başka deyişle iktisadi derneklerin özel formları olarak mı görüleceğidir. Bu görüşe göre, Tasarı bu noktada çok az aydınlatıcı olup, sonuçta bu nokta üzerinde yeterince düşünülmüş gözükmemektedir¹¹². Ancak bu eleştiriye karşı, hukuki bir kurum olarak iktisadi derneklerin varlığını devam ettirdiğinden, yalnızca iktisadi dernek

¹⁰⁵ Turner, 300.

¹⁰⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl 1949, 1; Zuletzt geändert durch G v. 28.8.2006 I 2034.

¹⁰⁷ Heinrichs, in: Palandt BGB, Einführung v. § 21 Rn. 14; Larenz/Wolf, § 9 Rn. 23 vd; Burhoff, Rn. 2.

¹⁰⁸ GG Art 9: “(1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.”

¹⁰⁹ Kavram hakkında bak. Reichert, Rn. 6006 vd; Alman hukukunda hak ehliyeti olmayan dernekler açısından Anayasa'da temelini bulan örgütlenme özgürlüğünün nasıl yorumlanabileceği hakkında bak. Schöpflin, 117-123. Ayrıca Anayasa'nın (GG) özgürlüklerle ilgili diğer bazı hükümlerinin hak ehliyeti olmayan dernekler açısından değerlendirilmesi için bak. Schöpflin, 124-139.

¹¹⁰ Larenz/Wolf, § 9 Rn. 25.

¹¹¹ Schmidt, Verbandszweck, 81; Reuter, in: MüKo, §§ 21, 22 Rn. 55.

¹¹² Turner, 300.

genel hukuki formuna son verildiğinden yukarıda yer verdiğimiz Tasarının gerekçesinde açıkça söz edildiğini burada yinelemek istiyoruz.

Burada kısaca, BGB § 22'nin, yani iktisadi dernek kavramının BGB'den kaldırılması konusunda Tasarıda ortaya konan gerekçelere yöneltilen eleştirilere de değinmek gerekir. Aslında bu yolla, Alman hukukunda iktisadi derneklerin genel hukuki formuna gereksinim olup olmadığına dair görüşlere de yer verilmiş olacaktır. Örneğin, Hadding, iktisadi derneklerin BGB'de olgunlaştırılmadan düzenlendiğine dair görüşlere katılmamaktadır. Yazara göre, BGB § 24 ila § 54 arasında getirilen hükümler hem ideal hem de iktisadi dernekler için geçerli hükümlerdir. Bu nedenle, böyle bir hukuk formunun korunması gereksiz görülemez: Özellikle, iktisadi derneklerin, ortaklık tiplerinin; anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların, kayıtlı kooperatiflerin vb. lerinin sistematik açıdan temel modeli olduğu düşünülürse... Bu bakımdan Hadding, yukarıdaki sayılanlar gibi ortaklık formlarına uygulanacak özel hükümlerin bulunmadığı durumlarda, BGB § 22'den dolayı bugün için sorunsuz bir şekilde BGB'nin derneklere ilişkin hükümlerine gidilebileceğini belirtmektedir. Böylece, örneğin, BGB § 29'da yer alan kuraldan; yönetim kurulunun tamamlattırılmasında, § 31'de yer alan kuraldan; organların verdiği zarardan tüzel kişinin sorumluluğunda yararlanılabilmektedir. Ancak BGB § 22 kaldırılınca durum hassaslaşacaktır. Yazar belki, bu hüküm kalktıktan sonra da aynı çözüm yoluna gidilebileceği, ancak artık buna zorlayan yasal bir temel olmayacağından konunun daha sorunlu hâle geleceği görüşündedir¹¹³. Reuter ise, bir başka noktayı; Tasarının iktisadi dernek genel hukuki formunu artık gereksiz gören anlayışını eleştiriyor. Zira yazara göre, böyle bir genel hükme Alman hukukunda ihtiyaç vardır ve böyle bir ihtiyaç sadece geçmişte değil bugün için de söz konusudur ve buna yakın geçmişten örnekler de verilebilir. Nitekim Almanya'da özellikle son yıllarda sağlık sektöründe, bakım ve kültür-egitim sahasında oluşan örgütlemelerin tüzel kişilik kazanmasında iktisadi dernek yapısına duyulan ihtiyaca yazar burada dikkat çekiyor¹¹⁴.

4. Yabancı Derneklere İlişkin BGB § 23 Hükümünün Kaldırılması

BGB'nin “*Yabancı Dernek*” başlığını taşıyan §23 hükmüne göre; “*Federal Almanya'da yerleşim yerine sahip olmayan bir derneğe, özel yasal hükümlerin yokluğu durumunda, Federal Konsey'in (Bundesrat) kararıyla hak ehliyeti (tüzel kişilik) tanınabilir.*”

Söz konusu hüküm, “yerleşim yeri” Almanya'da olmadığı için “yabancı dernek” statüsünde bulunan ve fakat yerleşim yerinin bulunduğu ülke kanunlarına göre “tüzel kişilik kazanmamış” dernekler için geçerlidir¹¹⁵. Bu

¹¹³ Hadding, ZGR, 148-149.

¹¹⁴ Reuter, NZG, 744.

¹¹⁵ Weick, in: Staudingers Kommentar, § 23 Rn. 2.

hüküm sayesinde, bu tür dernekler, Federal eyaletlerin temsilcilerinden oluşan Federal Konseyin/Bundesrat'ın kararı ile Alman hukuku açısından, hak ehliyeti ve dolayısıyla tüzel kişilik kazanabilmektedir. Yerleşim yerinin bulunduğu ülke kanunlarına göre tüzel kişiliğe sahip yabancı bir derneğin, Almanya'daki faaliyetleri için ise, ayrıca tüzel kişiliğinin tanınması ya da onaylanmasına gerek yoktur. Dolayısıyla BGB § 23 tüzel kişiliğe zaten sahip olan yabancı dernekleri kapsamamaktadır¹¹⁶.

Tasarı ile § 23 hükmü kaldırmak istenmektedir. Aşağıda bu değişikliğin Tasarıda gösterilen gerekçelerine değinilecektir. Ancak önemine binaen burada vurgulamak gerekir ki, BGB § 23'ün kaldırılması ile Alman hukukundan yabancı dernek (ausländischer Verein) kavramı ve anlayışı çıkarılmamaktadır. Yani burada iktisadi derneklerin kaldırılması ya da BGB'nin genel hukuk formlarından olma özelliğine son verilmesine benzer bir durum yoktur. Nitekim yabancı dernekler yabancılara ait derneklerle (Ausländerverein) birlikte Alman Dernekler Kanununda¹¹⁷ düzenlenmektedir. Bu Kanuna göre, kısaca, yabancı derneklerden; yerleşim yerleri yurt dışında olan dernekler (VereinsG § 15); yabancılara ait derneklerden ise üyeleri veya yöneticileri tamamen veya ağırlıklı olarak yabancılardan oluşan dernekler (VereinsG § 14) anlaşılır. BGB § 23'te ise herhangi bir nedenle tüzel kişilik kazanamamış bir yabancı derneğe Almanya'da Alman Federal Konseyince tüzel kişilik tanınması söz konusudur. Böylece BGB § 23'ün kaldırılması ile yabancı dernek kavramı kaldırılmamaktadır. Belki kaldırılmış olan, bunun alt bir kavramı olarak görülebilecek olan; *Almanya dışında tüzel kişiliği, Almanya'da da yerleşim yeri olmayıp Almanya'da kendisine tüzel kişilik tanınan yabancı derneklerdir*. Aşağıda yer verilen Tasarının gerekçeleri incelendiğinde kavram daha da anlaşılır olacaktır.

a- Değişiklik gerekçeleri

Tasarının gerekçesinde, BGB § 23'ün Almanya dışında yerleşim yeri bulunan derneklere Almanya'da hak ehliyeti kazanma yolu açan bir hüküm olduğu ve bu hükmün BGB § 86 gereği yabancı vakıflar (ausländische Stiftungen) için de geçerli olduğu ifade edildikten sonra, bugün için artık pratik bir öneminin kalmadığına işaret edilmektedir. Gerekçeye göre, bu hüküm Almanya'nın çeşitli kolonilerinin olduğu 1900'lü yıllarda işlevseldi ve kolonilerde kurulan dernekler BGB § 23'ten yararlanarak Almanya'da tüzel kişilik kazanabiliyorlardı. Yoksa yerleşim yeri yabancı bir ülkede bulunan ve o ülke kanunlarına göre geçerli şekilde kurularak hak ehliyeti

¹¹⁶ Bak. Heinrichs, in: Palandt BGB, § 23 Rn. 1; Reichert, Rn. 6351.

¹¹⁷ Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Kamusal Dernekler Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun, VereinsG), BGBl I 1964, 593; Zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 2 G v. 22. 8.2002 I 3390; bu Kanunun metni ve Türkçe çevirisi için bak. Özdamar, D./Ertürk, Ş./Türk, A./İkizler, M./Çağırğan, S./Değer, S.: Karşılaştırmalı, Gerekçeli, İçtihatlı, Uygulamalı, Dernekler Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2006, s. 657 vd.

kazanan dernekler için bu hükmün uygulanması söz konusu değildir. Dolayısıyla BGB § 23'e yalnızca, uygulanması gereken yabancı hukuka göre hak ehliyeti kazanmamış dernek ve vakıfların Alman hukukuna göre hak ehliyeti kazanmak istemeleri hâlinde başvurulabilir. Ancak bu durumda da tanınan hak ehliyeti *yalnızca* Almanya'da geçerlidir. Gerekçede Alman uluslararası özel hukukunda böyle *kısmi* bir hak ehliyetinin başka yabancı tüzel kişiler açısından tanınmadığı belirtilmektedir. İşte bu düzenlemenin kaldırılması ile artık yabancı derneklere gelecekte BGB § 23'ten yararlanarak Almanya'da geçerli olmak üzere hak ehliyeti elde etme yolu kapatılmaktadır¹¹⁸.

Tasarının gerekçesinde özellikle *gelecekte* söz edilmektedir. Zira Tasarı kabul edildiği takdirde, yeni yasa hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce bu yolla hak ehliyeti kazanmış derneklere dokunulmamaktadır¹¹⁹.

b- Değişikliğe ilişkin doktrindeki görüşler

Alman hukuk doktrini de, Tasarıyı hazırlayanlar gibi, BGB § 23'ün bugün için işlevini yitirdiği, dolayısıyla pratik öneminin kalmadığı görüşündedir¹²⁰ ve bu nedenle hükmün kaldırılmasına yönelik bir eleştiriye rastlanmamaktadır¹²¹.

5. Hak Ehliyeti Olmayan Derneklere İlişkin BGB § 54 Hükmünde Yapılan Değişiklik

Tasarı ile BGB § 54'te yapılması düşünülen değişiklikle, hak ehliyeti olmayan derneklere bundan böyle BGB § 21 vd.nın (§ 21-53) niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı hükmü getirilmekte, bu kısımda yer alan hak ehliyeti ve derneğin dernek siciline kaydı ile ilgili hükümler istisna tutulmaktadır. Yukarıda Alman dernekler hukuku hakkında genel bilgi verilirken değinildiği gibi, mevcut BGB § 54'te ise bu derneklere ortaklıklar, bu bakımdan medeni hukuk ortaklığı (GbR)/adi şirket hükümlerinin uygulanması öngörülmektedir.

Bununla bağlantılı olarak, Tasarı ile Alman Medeni Usul Kanununda (Zivilprozessordnung, ZPO)¹²² yapılması planlanan değişiklikle, hak ehliyeti olmayan derneklere karşı dava açılabilirliğine ilişkin mevcut hüküm, bu derneklere karşı dava açılabilirliği gibi bunların da dava açılabilirliğine dair ilave getirilerek değiştirilmektedir. Bu değişiklikle, Alman hukukunda, hak

¹¹⁸ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s.19-20.

¹¹⁹ Bak. Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Änderung des Vereinsrechts Art. 2 § 11; BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 2, s. 30-31.

¹²⁰ Reuter, in: MüKo, § 23 Rn. 1.

¹²¹ Terner, 302.

¹²² Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. Neugefasst durch Bek. v. 5.12.2005 I 3202; 2006 I 431; 2007 I 1781, zuletzt geändert durch Art. 2 G. v 26.3.2008 I 441.

ehliyeti olmayan derneklere –doktrinde kullanılan tabiriyle- aktif taraf ehliyeti de (die aktive Parteifähigkeit) tanınmak istenmektedir¹²³.

a- Değişiklik gerekçeleri

Gerekçeye göre, BGB § 54 mevcut haliyle, üyelerin derneğin borçlarından kişisel sorumlu olması sonucunu doğuran ortaklıklar hukuku hükümlerinin hak ehliyeti olmayan derneklere uygulanmasını öngörmekte, bu ise gerçek hukuki durumla bağdaşmamaktadır. Zira yargısal içtihat yoluyla -BGB § 54'ün lafzına rağmen- mevcut hukuk düzeni açısından hak ehliyeti olmayan ideal derneklere adi ortaklığa ilişkin BGB §705 vd. değil § 21 vd.nda yer alan kurallar uygulanmaktadır¹²⁴.

Gerekçeye göre, bu anlayış doktrinde de baskın olduğu gibi, BGH tarafından da benimsenmektedir. Gerçekten de, BGH'ye göre¹²⁵, BGB'nin oluşturulduğu 1900 yıllardaki Kanun koyucu politik, sosyopolitik ya da dinsel amaçlı derneklere karşı olumsuz bir tavır izliyordu. Hak ehliyeti olmayan dernekleri ortaklıklar hükümlerine tabi tutmak suretiyle, bu dernekleri hak ehliyeti kazanmaya itmek; böylece, dernekler siciline kayıt olmalarını sağlayarak kontrol altında tutmak istiyordu. İşte BGH'ye göre bu hukuk politikası bugün için artık savunulamaz hâle gelmiştir. Tasarıyı hazırlayanlar da aynı görüştedir: Dönemin Kanun koyucusunun yaklaşımı bugünkü modern hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmamakta, günümüz toplumunda politik, sosyal ve diğer sahalardaki önemli görevler hak ehliyeti olanlar gibi hak ehliyeti olmayan dernekler tarafından da gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle modern dernekler hukukunun artık hak ehliyeti olmayan derneklerin faaliyetlerini tanınması ve desteklemesi gerekmektedir¹²⁶.

Bu açıdan bakıldığında, hak ehliyeti olmayan derneklere ortaklıklar hukuku hükümlerinin uygulanması, hem bu derneklerin yapısal özelliklerine hem de aslında *bir ortaklık değil dernek* kurmak isteyen dernek üyelerinin iradelerine uymamaktadır. İşte yeni düzenlemede, BGB § 21 vd.na bu nedenle gidilmektedir. Böylece bu derneklere yapılarına daha uygun olan hak ehliyeti olan derneklere ilişkin hükümler uygulanacaktır. Doğal olarak, hak ehliyetine ya da dernek siciline kayda ilişkin hükümlerin ise bu derneklere uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu düzenleme ile hak ehliyeti olmayan derneklere daha fazla hukuki güvenlik sağlanması ve hukuki pozisyonlarının güçlendirilmesi, böylece, Tasarının hedefi olmaktadır¹²⁷.

¹²³ Bununla ilgili olarak bak. BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 5, s.33.

¹²⁴ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s. 25; bak. BGHZ 50, 325, 329; BGH, NJW 1979, 2304, 2305.

¹²⁵ BGHZ 50, 325, 328.

¹²⁶ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s. 25-26.

¹²⁷ BGB-E 2004, Begründung B zu Artikel 1, s. 26.

b- Değişikliğe ilişkin doktrindeki görüşler

Baştan söylemek gerekirse, § 54 BGB-E 2004 ile hak ehliyeti olmayan dernekler için ortaklıklar hukukuna yapılan göndermeden vazgeçilerek, bunlara hak ehliyeti olan derneklere ilişkin hükümlerin uygulanmasının benimsenmesi doktrinde olumlu karşılanmaktadır. Tasarının bu konuda yıllar içinde doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen ilkeleri benimsemesi takdirle karşılanmaktadır. Zira, mevcut § 54 hükmü hak ehliyeti olmayan derneklerin yapısına uygun bulunmamakta, adi ortaklık hükümlerinin bunlara uygulanması isabetli görülmemektedir¹²⁸.

Tasarının isabetli bulunan bir diğer yönü ise, BGB’de yapılan değişiklikle birlikte, ZPO’da da değişikliğe gidilerek hak ehliyeti olmayan derneklere aktif taraf ehliyetinin tanınmasıdır. Zira bu yolla hem konuyla ilgili tartışmalar sona erdirilmiş hem de hak ehliyeti olmayan derneklere giderek artan hak ehliyeti tanınması sürecinin usul hukuksal ayağı tamamlanmış olmaktadır¹²⁹. Gerçekten de, Alman hukukunda, (dış) adi ortaklığa hak ve taraf ehliyetinin tanınmasından sonra hak ehliyeti olmayan derneklerin de artık *-dernek olarak* dava açmalarına olanak veren- aktif taraf ehliyetinden yoksun bırakılmayacağı görüşü baskın hâle gelmiştir¹³⁰.

§ 54 BGB-E 2004’e yönelik eleştirilere gelince, öncelikle ifade etmek gerekir ki, -yukarıda Alman dernekler hukuku ile ilgili genel bilgi verilirken de değinildiği üzere- özellikle hak ehliyeti olmayan derneklere içtihat yoluyla hak ehliyeti tanındıktan sonra, doktrinde hak ehliyeti olan-olmayan dernek ayırımının yerine artık kayıtlı ve kayıtlı olmayan derneklerden söz edilmesi gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır¹³¹. Tasarının ise, bu konudaki tercihini doktrindeki baskın görüşten yana kullanmaması eleştirilmektedir¹³².

Bir başka eleştiride ise, dikkat şu noktaya çekilmektedir: Hak ehliyeti olmayan derneklere BGB § 23 vd. hükümlerinin uygulanması, BGB’nin derneklere ilişkin kurallarına göre bu derneklerin hak ehliyeti ve tüzel kişilik kazanması anlamına gelmeyecektir. Hal böyle olunca, BGB’nin *derneklere*

¹²⁸ Hadding, ZGR, 143; Terner, 301; Hadding, in: Soergel, BGB, § 54 Rn. 24; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 25 III.2.a.; Wiedemann, § 10 II.2.b; Grunewald, s. 224 vd; ayrıca bak. BGHZ 142, 315 (Rpflerger 2000, 21); BGHZ 154, 88 (ZIP, 2003, 664); BGHZ 154, 370 (Rpflerger 2003, 442).

¹²⁹ Terner, 302.

¹³⁰ Bak. Reuter, in: MüKo, § 54 Rn. 16; Burhoff, Rn. 417; Weick, in: Staudingers Kommentar, § 54 Rn 11 ff. ; aksi yönde bak. Stöber, Rn. 1286a.; Heermann, 257; hak ehliyeti olmayan derneklerin aktif taraf ehliyeti yönünden usul hukukundaki konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Backhaus, 120-161; Schöpflin, 362-381.

¹³¹ Backhaus, 4; Waldner/Schweyer/Wörle-Himmel, Rn. 619; Hadding, in: Soergel, BGB, § 54 Rn. 1; Stöber de hak ehliyeti olmayan derneklerden söz etmekle birlikte, bunu kayıtlı olmayan derneklerin hukuki formu (Die Rechtsform des nicht eingetragenen Vereins) başlığı altında incelemektedir. Stöber, Rn. 1230 vd; aksi yönde bak. Schöpflin, 19.

¹³² Arnold, DB, 2146.; Terner, 301; Hadding, ZGR, 143.

ilişkin kurallarına göre, *tüzel kişi olarak kabul edilmeyerek*¹³³ hak ehliyeti kazanamayan derneklerin, Alman hukukundaki anlayışa uygun olarak, başka hükümlere göre hak ehliyeti kazanabileceğine Tasarıda açıklık getirilmemesi yerinde değildir¹³⁴.

Tasarıyla ilgili daha önemli bir eleştiri ise, § 54 BGB-E 2004 ile hak ehliyeti olmayan derneklerin *tümü* için BGB § 21 vd.na göndermede bulunulmasıdır. Bir başka deyişle, eleştirilen; Tasarıda hak ehliyeti olmayan dernekler arasında ideal ya da iktisadi dernek niteliğinde olma açısından bir ayırım gözetilmemesidir. Bu haliyle sanki hak ehliyeti olmayan ideal dernekler gibi hak ehliyeti olmayan iktisadi derneklere de BGB § 22 vd. uygulanacaktır. Oysa son anılanlar açısından asıl olan; derneğin faaliyetlerinden, işlem ve borçlarından üyelerin kişisel olarak sorumlu olmasıdır¹³⁵. Dolayısıyla, değişiklikle beklenen yarar ve genelde Tasarının dernekler hukukuna hukuki güvenlik ve açıklığı getirme amacı dikkate alındığında, söz konusu göndermenin hak ehliyeti olmayan ideal derneklerle sınırlı tutulması gerekirdi. İşte hem getirilen hükümde hem de gerekçede konunun bu yönünün açık bırakılması, değişiklik önerisine yöneltilen en önemli eleştiri olmaktadır¹³⁶. Gerçekten de, gerekçeye bakıldığında, bu konuda, hak ehliyeti olmayan *ideal dernekler* için adi ortaklığa ilişkin BGB § 705 vd.nın değil de § 21 vd.nda yer alan kuralların uygulanması yolunun yargısal içtihatla açıldığından söz edilmekte, ancak § 54 BGB-E 2004 hükmü ile yalnızca bu tür hak ehliyeti olmayan derneklerin kapsama alındığına değinilmemekte, bu konu örtülü geçilmektedir.

B. Baden-Württemberg Eyaleti Tasarısında Öngörülen Değişiklikler

1. Genel Olarak

Baden-Württemberg Eyaleti Tasarısı¹³⁷ ile Alman dernekler hukukuna getirilmek istenen başlıca değişiklikler şöyle sıralanabilir:

- BGB § 21'de değişikliğe gidilmesi, hak ehliyeti olmayan derneklere ilişkin BGB § 54'ün kaldırılması

- İktisadi derneklere ilişkin BGB § 22 hükmünün değiştirilerek korunması.

-Yabancı derneklere (ausländische Vereine) ilişkin BGB § 23 hükmünün ilaveler yapılar korunması

¹³³ Hadding'e göre, bu durumda, dernek siciline kayıtlı olup olmamak, **tüzel kişi olarak** hak ehliyetine sahip olup olmamak noktasında belirleyicidir. s. 145.

¹³⁴ Hadding, ZGR, 143-144.

¹³⁵ Bak. Hadding, in: Soergel, BGB, § 54 Rn. 25; Reuter, in: MüKo, § 54 Rn. 49 ff; Weick, in: Staudingers Kommentar, § 54 Rn 54, 57 ff; Terner, 301.

¹³⁶ Arnold, 2146; Terner, 301.

¹³⁷ BR-Drucks, 99/06 vom 03.02.2006

Ayrıca,

- Dernek yönetim kuruluna ilişkin BGB § 26'nın değiştirilmesi § 28'in ise kaldırılması

- Dernek üyelerinin dernekle ilgili işlerde sorumluluğunu, bunların kendi işlerinde gösterdikleri özen ile sınırlamaya yönelik bir hükmün BGB'ye (BGB § 31a) eklenmesi.

Bakanlık Tasarısında olduğu gibi, burada da BW Tasarısının dernek türleri ile ilgili değişiklik getiren hükümlerine aşağıda kısaca değinilecektir.

2. BGB § 21'de Değişikliğe Gidilmesi, Hak Ehliyeti Olmayan Derneklere İlişkin BGB § 54'ün Kaldırılması

BW Tasarısı ile BGB § 21'de yer alan, derneğin yetkili sulh mahkemesi nezdinde tutulan dernek siciline kayıtlı hak ehliyeti kazanacağına ilişkin ifade metinden çıkarılmak istenmektedir. Bunun yerine, derneğin hak ehliyetine sahip olduğu ve dernekler siciline kaydedilebileceği ifadesi önerilmektedir. Yani değişiklik önerisi kabul edildiği takdirde BGB § 21, "*iktisadi bir işletmenin işletilmesini hedeflemeyen dernekler hak ehliyetine sahiptir ve dernekler siciline tescil edilebilirler*" şeklini alacaktır.

Buna karşılık, hak ehliyeti olmayan derneklere ilişkin BGB § 54 hükmü ise kaldırılacaktır.

Bu değişikliklerin anlamı nedir? § 21 BGB-E 2006 [BW]'nin gerekçesine göre, ideal dernekleri düzenleyen § 21'de yapılacak bu değişiklikte hak ehliyeti olan-olmayan (iktisadi olmayan) dernek ayırımına son verilmektedir. Zira BGH'nin 2001 yılında verdiği kararlar¹³⁸, (dış) adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması ve bundan gelişen anlayış sonucunda, artık hak ehliyeti olan-olmayan (iktisadi olmayan) dernekler arasındaki ayırım anlamını yitirmiştir. Bundan sonra artık kayıt olan-olmayan derneklerden söz etmek gerekir ve kayıtlı olmayan dernekler de tıpkı (dış) adi ortaklık gibi – ve fakat bir dernek olarak- hukuki trafiğe katılabilirler¹³⁹. Bununla bağlı olarak değişiklikle normatif kuruluş sisteminden vazgeçilmekte, bunun yerine serbest kuruluş sistemi (System der freien Körperschaftsbildung) önerilmektedir. Böylece, iktisadi olmayan (ideal) derneklere, dernekler siciline kayıt olup olmadıklarına bakılmaksızın hak ehliyeti ve dolayısıyla tüzel kişilik tanınmış olmaktadır. Yani, dernekler siciline kayıt olunup olunmadığından bağımsız olarak, iktisadi olmayan dernekler kendi adlarına ve hesaplarına haklar elde edebilecekler ve borç altına girebileceklerdir. Bu durum karşısında, bunların üyelerinin dernek borçlarından kendi

¹³⁸ BGH, Urteil vom 29. Januar 2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 vd; BGH NJW 2001, s. 1056.

¹³⁹ BGB-E 2006 [BW], Begründung B zu Artikel 1, s. 24.

malvarlıkları ile sorumlu tutulmasından da söz edilemeyecektir¹⁴⁰. Normatif sistemin yerini serbest kuruluş sistemi almakta birlikte, Tasarı kayıt sistemini kaldırmamakta, kayıtlı hak ehliyetinin ve burada dolayısıyla tüzel kişiliğin kazanılması arasındaki ilişkiyi koparmaktadır. Dolayısıyla derneklere, dernek siciline kayıt olanağı tanınmakta, kayıt için hâlihazırda aranan şartlarda bir değişiklik düşünülmemektedir¹⁴¹.

BGB § 54'ün kaldırılması önerisi de § 21'de yapılan değişiklikle bağlantılıdır. Nitekim § 54 BGB-E 2006 [BW]'nin gerekçesine göre, iktisadi olmayan dernekler, dernekler siciline kayıt olmasalar da bundan böyle hak ehliyetine sahip olacaklarından bunlara BGB § 24 vd. (§ 24-53) hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla hak ehliyeti olmayan derneklere uygulanacak kuralları düzenleyen BGB § 54'e artık ihtiyaç kalmamıştır ve kaldırılması gerekir¹⁴².

3. İktisadi Derneklere İlişkin BGB § 22 Hükümünün Değiştirilerek Korunması

BW Tasarısı ile BGB § 22'de yer alan, iktisadi derneklere ilişkin genel hüküm korunmaktadır. Mevcut BGB § 22 yerine, 3 fıkradan oluşan daha ayrıntılı bir düzenleme önerilmektedir. 1. fıkrada, amacı iktisadi bir işletmenin işletilmesine yönelik olan ve resmî izin ile hak ehliyeti kazanan derneklere de, derneklere ilişkin hükümlerin uygulanacağı; bu izni vermeye yetkili Eyaletin ise, derneğin yerleşim yerinin bulunduğu Eyalet olduğu düzenlenmektedir. 2. fıkrada, bu derneklerin tüzüklerinde yazılı amaçtan başka bir amaç izledikleri anlaşılırsa hak ehliyetinin geri alınabileceği, derneklerde hak ehliyetinin sona ermesine ilişkin kuralların yer aldığı BGB §§ 44-53 hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde bu durumda da uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. 3. fıkra ise, resmî makamdan izin almak suretiyle dernek olarak hak ehliyeti kazanmamış iktisadi derneklere ilişkindir. Buna göre, bu derneklere ortaklığa (adi ortaklığa) ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böyle bir dernek adına üçüncü kişilerle yapılan işlemlerden dolayı, bunları yapanlar kişisel olarak sorumlu tutulacak, işlemler birden fazla kişi tarafından yapılmışsa sorumluluk zincirleme olacaktır¹⁴³.

Tasarı bu düzenleme ile en başta iktisadi derneklerin varlığını BGB'de korumayı amaçlamaktadır. Zira Tasarayı hazırlayanlara göre, çok büyük ölçüde olmasa da, iktisadi derneklerin hukuki yaşamdaki rolü devam etmektedir. Nitekim özel yasalarda -Alman Piyasa Yapısı Yasası (Marktstrukturgesetz), Federal Orman Yasası (Bundeswaldgesetz) gibi- iktisadi derneklere yer verilmektedir. Bu ve benzeri düzenlemeler süregelen hukuk-politik çıkarlar açısından iktisadi dernek hukuki formuna ihtiyaç

¹⁴⁰ BGB-E 2006 [BW], Begründung B zu Artikel 1, s. 25.

¹⁴¹ BGB-E 2006 [BW], Begründung B zu Artikel 1, s. 25.

¹⁴² BGB-E 2006 [BW], Begründung B zu Artikel 1, s. 32.

¹⁴³ Bu son cümle, yürürlükte olan BGB § 54'ün 2. cümlesinin tekrarıdır.

olduğunu göstermektedir¹⁴⁴. Yine § 21 BGB-E 2006 [BW]'nin gerekçesine göre, BGB § 22'nin kaldırılması ve bu tür derneklerin düzenlenme işinin özel yasalara bırakılması, iktisadi derneklere ilişkin genel hukuk formundan artık söz edilemeyeceği için her yasada ayrı ayrı -BGB'de derneklere ilişkin ön görülen- genel ilkelerin düzenlenmesine, dolayısıyla norm sayısında gereksiz bir yükselmeye ve tekrara yol açacaktır. Doğacak diğer bir tehlike ise, özel yasalara bırakılan bu ilkelerin zaman içinde birbirinden farklı gelişmesi, bunun sonucunda karışık, anlaşılması güç bir iktisadi dernek resminin ortaya çıkmasıdır¹⁴⁵.

İktisadi dernekler için resmî izinle kurulma kuralına dokunmayan Tasarı, 1. fıkrası ile, hak ehliyetinin izinle kazanılmasından sonra, BGB'nin derneklere ilişkin hükümlerinin iktisadi derneklere uygulanması esasını benimsemektedir. Kendilerine hak ehliyeti tanınmamış, iktisadi bir işletmenin işletilmesini hedefleyen örgütlenmelere ise ortaklık hükümleri uygulanacaktır¹⁴⁶ [§ 22 Abs. 3 BGB-E 2006 (BW)].

4. Yabancı Derneklere İlişkin BGB § 23 Hükümünün İlaveler Yapılarak Korunması

BW Tasarısı ile BGB § 22 gibi, mevcut BGB'de yer alan § 23 hükmü de korunmaktadır. Yine § 22 BGB-E 2006 [BW] için olduğu gibi, bu madde de eskisine göre daha ayrıntılı ele alınmış, fıkra sayısı ikiye çıkarılmıştır. 1. fıkrada Federal Almanya'da yerleşim yeri bulunmayan bir derneğe, özel hükümlerin yokluğu durumunda, Federal İçişleri Bakanlığının kararıyla dernek olarak hak ehliyeti tanınabileceği düzenlenmektedir. 2. fıkrada ise, kendisine bu yolla hak ehliyeti tanınan derneğin, tüzüğünde yazılı olandan başka amaçları takip etmesi hâlinde yine Federal İçişleri Bakanlığı tarafından hak ehliyetinin geri alınabileceği öngörülmektedir. Bu durumda da derneklerde hak ehliyetinin sona ermesine ilişkin kuralların yer aldığı BGB §§ 44-53 hükümlerine uygun düştüğü ölçüde başvurulacaktır.

C. Baden-Württemberg Eyaleti Tasarısının Değerlendirilmesi ve Bakanlık Tasarısı ile Karşılaştırılması

BW Tasarısı Alman literatüründe henüz çok fazla ele alınıp incelenmiş bir tasarı değildir. Bu nedenle, Bakanlık Tasarısının aksine, bu tasarı hakkında doktrinin görüşleri henüz tam olarak açıklığa kavuşmuş değildir. Bununla birlikte, BW Tasarısı hakkında, Bakanlık Tasarısı ve bu Tasarı açısından doktrinde öne sürülen görüşler ışığında bazı değerlendirmelerde bulunmak mümkündür.

Öncelik BW Tasarısının, Bakanlık Tasarısı ve mevcut BGB'nin sistematüğinden ayrılarak, hak ehliyeti olan-olmayan dernek ayırımına son

¹⁴⁴ BGB-E 2006 [BW], Begründung B zu Artikel 1, s. 26.

¹⁴⁵ BGB-E 2006 [BW], Begründung B zu Artikel 1, s. 27.

¹⁴⁶ BGB-E 2006 [BW], Begründung B zu Artikel 1, s. 27.

verdiği görülüyor. Bunun için hak ehliyeti olmayan derneklere ilişkin § 54 hükmünü tamamen ortadan kaldırıyor. Bunun yerine kayıtlı olan-olmayan dernekler ayırımını getiriyor. Bu bakış açısıyla, Bakanlık Tasarısına doktrinin yönelttiği eleştirilerden birini karşılamış gözüküyor.

Ancak bununla birlikte, kanaatimizce, Alman hukuku açısından BW Tasarısının kayıtlı olan-olmayan dernek ayırımına yer verdiği de şüphelidir. Zira bilindiği gibi BGB’de bu konuda yapılan ayırım, hak ehliyeti olan-olmayan dernek ayırımıdır. Bu ayırımda, dernekler siciline kaydedilen ideal dernekler kayıtlı hak ehliyeti ve tüzel kişilik kazanırken; bunların dışında kalanlara BGB § 54 gereği ne hak ehliyeti ne de haliyle tüzel kişilik tanınmaktadır. Ancak adi ortaklık hükümlerinin uygulandığı bu dernekler, zaman içinde gelişen içtihatlarla *doğrudan kendilerine değil de* (dış) adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması sonucu *dolaylı olarak* hak ehliyeti elde etmeye başlamışlardır. İşte doktrinde bundan sonra ortaya çıkan *hak ehliyeti olmayan ama aslında hak ehliyeti olan dernek* çelişkisinden kurtulmak için bu ayırımın kayıtlı olan-olmayan dernek şeklinde anlaşılması ve kullanılması görüşü baskınlık kazanmıştır. Böylece kayıtlı derneklerden hak ehliyetine sahip/tüzel kişiliği olan, tüzel kişiliğin tüm sonuçlarından yararlanan dernekler anlaşırken; kayıtlı olmayan derneklerden BGB § 54’ün atfı dolayısıyla (dış) ortaklığa ilişkin kurallar doğrultusunda hak ehliyeti ve ZPO § 50 (2) gereği taraf ehliyeti olan dernekler anlaşılmaktadır. Oysa BW Tasarısı, kayıtlı tüzel kişilik kazanılmasına dayalı sistemi, yani hâlihazırda iktisadi olmayan derneklerin tüzel kişilik kazanması için kabul edilen normatif sistemi kaldırmakta, yerine serbest kuruluş sistemini getirmektedir¹⁴⁷. Böyle olunca kaydın –Tasarısının gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere- hak ehliyeti ve tüzel kişiliğin kazanılmasında hiçbir önemi kalmamaktadır. İktisadi olmayan dernekler, bir başka deyişle ideal dernekler hukuki trafiğe katıldıkları, üçüncü kişilerle dernek olarak işlemlere giriştikleri anda tüzel kişilik (ve hak ehliyeti) kazanmış olmaktadır. O halde, kanaatimizce, Alman hukuku için BW Tasarısının kayıtlı olan-olmayan dernek ayırımını esas aldığından da söz edilemez¹⁴⁸. Zira BW Tasarısında kayıt sistemi, kişiliğin kazanılmasına etkisiz, kayıt olunup

¹⁴⁷ BW Tasarısının normatif sistemin yerine serbest kuruluş sistemini benimsemesi, Alman kamuoyunda çeşitli kesimlerce eleştirilere uğrayabilmektedir. Örneğin bu tip sistem değişikliğinin özellikle de alacaklıların korunması açısından tehlikeli sonuçları olabileceği ileri sürülebilmektedir. Bu eleştirilerin bir kısmı ise tüzel kişiliğin serbest kuruluş sistemi ile elde edilmesinin sakıncalı görülmesinden kaynaklanmaktadır. Deutscher Notarverein, Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg vom 3. Februar 2006 zur zur Modernisierung des Vereinsrechts (BR-Drucks, 99/06), s. 2; http://www.dnotv.de/index.html?http://www.dnotv.de/dnv_dokumente_1.html (08.05.2008).

¹⁴⁸ Hemen ifade edelim ki Tasarayı hazırlayanlar aynı kanaatte değildir. Zira § 21 BGB-E 2006 [BW]’nin gerekçesinde, hak ehliyeti olan-olmayan dernek ayırımından kayıtlı olan-olmayan dernek ayırımı lehine vazgeçilmesi gerektiği ifade edilmektedir. BGB-E 2006 [BW], Begründung B zu Artikel 1, s. 24-25.

olunmaması derneklerin isteğine bağlı bir prosedürden ibaret hâle getirilmiş; dernek siciline kayıtlı olup olmamak –doktrinde anlaşıldığı şekilde- bir ayırım ölçütü olarak kullanılmak özelliğini yitirmiştir.

BW Tasarısında, normatif sistemin yerini alması önerilen serbest kuruluş sistemi ancak iktisadi olmayan yani ideal dernekler için geçerlidir. İktisadi dernekler için ise izin sistemi korunmaktadır. Daha doğrusu, Bakanlık Tasarısından farklı olarak, BW Tasarısı iktisadi derneklere ilişkin genel hukuki formun BGB’de korunmasından yanadır. Hatta BW Tasarısı bu konudaki gerekçesi ile Bakanlık Tasarısındaki görüşlere yanıt verir niteliktedir. Orada hükmün yeni biçimlendiriliş tarzından çok, iktisadi dernek formunun ya da iktisadi derneklere ilişkin genel bir hükmün niçin BGB’de korunması gerektiği üzerinde durulmuştur. Böylece BW Tasarısı, Bakanlık Tasarısını eleştirme noktasında doktrindeki görüşlerle mutabık kalmakta ve BGB’nin *genel bir hukuki formu* olarak iktisadi derneklere *vazgeçmemektedir*. Hatta doktrinde Bakanlık Tasarısının *tüm* hak ehliyeti olmayan derneklerin için BGB’nin § 21 ila § 53 arasında düzenlenen genel hükümlerine göndermede bulunan hükmüne yöneltilen eleştirileri de gözden kaçırmamaktadır. Gerçekten de, yukarıda değinildiği gibi¹⁴⁹, § 54 BGB-E 2004’e yöneltilen eleştirilerden birisi de, bu konuda BGB’nin derneklere ilişkin genel hükümlerine göndermede bulunulurken, hak ehliyeti olmayan derneklerin amaçlarının ideal ya da iktisadi olması açısından bir ayırıma gidilip gidilmediğinin Bakanlık Tasarısında belirsizlik taşımasıydı. Bu şüphe altında, ancak hak ehliyeti olmayan ideal dernekler için BGB §§ 21-53 hükümlerine gönderme yapılmasının uygun olacağı; hak ehliyeti olmayan iktisadi dernekler için ise ortaklık hükümlerinin uygulanmasının (yani mevcut BGB § 54’ün geçerli olmasının) uygun olacağı ifade ediliyordu. İşte BW Tasarısı da, hak ehliyeti olmayan derneklere ilişkin § 54’ü kaldırırken, BGB § 22’ye yeni bir fıkra eklenmesi suretiyle bu sorunu açıkça ele almaktadır. İşte, § 22 Abs. 3 BGB-E 2006 [BW]’ye göre, izin sistemine göre dernek olarak hak ehliyeti kazanmamış olan derneklere ortaklığa (adi ortaklığa) ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böyle bir dernek adına üçüncü kişilerle yapılan işlemlerden dolayı, bunları yapanlar kişisel olarak sorumlu tutulacak, işlemler birden fazla kişi tarafından yapılmışsa sorumluluk zincirleme olacaktır. Sorumluluk kısmı da dahil, bu bulunan çözüm aslında mevcut BGB § 54’ün çözümüdür. Bir başka deyişle, BW Tasarısıyla mevcut BGB § 54 hükmü hem ideal hem de iktisadi derneklere uygulanan genel bir kural olmaktan çıkarılmakta, BGB § 22’ye bir fıkra olarak eklenerek sadece belirli tür iktisadi derneklere has kılınmaktadır. Sonuçta, BW Tasarısı, bu konudaki eleştirileri giderir şekilde, hak ehliyeti olmayan ideal dernekler ile hak ehliyeti olmayan iktisadi derneklere birbirinden açıkça ayırarak farklı şekilde düzenlemektedir.

¹⁴⁹ Bak. yuk. II.A.5.b

Tüm bunlar göz önüne alındığında, kanaatimizce, BW Tasarısına göre derneklerin sınıflandırılması en ideal şu şekilde yapılabilir: İktisadi olmayan dernekler ve iktisadi dernekler. İktisadi dernekler ise kendi içerisinde, resmî izinle hak ehliyetine edinmiş ve edinmemiş iktisadi dernekler olarak ikiye ayrılabilir. Bunlardan ilki § 22 Abs. 1 BGB-E 2006 [BW] hükmüne tabi iken, ikincisine § 22 Abs. 3 BGB-E 2006 [BW] uygulanacaktır. BW Tasarısı açısından da iktisadi dernekleri; sadece hak ehliyeti olan ve olmayan iktisadi dernekler olarak ayırmak, doktrindeki anlayışa ters olacaktır. Zira burada da resmî izinle hak ehliyeti edinmemiş dernekler adi ortaklığa ilişkin kurallara göre hak ehliyeti edinebileceklerdir. Nitekim BW Tasarısında *dernek olarak hak ehliyeti kazanmaktan* § 22 Abs. 3 BGB-E 2006 [BW]'de açıkça söz edilmektedir. Bu anlamda yukarıda kurallar çerçevesinde, BW Tasarısına göre, iktisadi derneklerden bir kısmı dernek olarak hak ehliyeti kazanacakken, diğerleri ortaklık hükümlerine göre hak ehliyeti kazanabileceklerdir. Öyleyse burada, iktisadi derneklerin; dernek olarak hak ehliyeti kazanmış iktisadi dernekler ve adi ortaklığa uygulanan ilkeler çerçevesinden hak ehliyeti kazanmış iktisadi dernekler olarak ikiye ayrılması da düşünülebilir.

Alman hukukunda derneklerin sınıflandırılması tartışmalı olduğu ve önemini koruduğu için, Bakanlık Tasarısı ile BW Tasarısının öncelikle bu yönden karşılaştırılmasına burada ağırlık verildi. Ancak BW Tasarısı ile Bakanlık Tasarısı arasındaki diğer önemli bir fark, Bakanlık Tasarısının en çok yoğunlaştığı noktalardan biri yan amaç muafiyeti iken, BW Tasarısında bu konuya yer verilmemiş olmasıdır. Bu yaklaşımıyla BW Tasarısının sorunun çözümünü, bugün olduğu gibi, uygulamaya bırakma eğiliminde olduğu söylenebilir. Ancak bu eğilimin isabetliliği tartışılabilir. Zira Bakanlık Tasarısında yan amaç muafiyeti ile ilgili getirilen hükümler tartışılırken, eleştiriler yan amaç muafiyetinin Tasarıda düzenleniş şekline (içeriğine) yöneltilmiştir. Yoksa niçin yan amaç muafiyetinin yasa yoluyla düzenlenmek istendiğine değil. Gerçekten, dışarıdan bakınca; son derece güncel, uygulaması yaygın ve fakat sorunlar içeren, açık bir yasal dayanaktan yoksun; sonuçta pratik ve teorik yönü önemli ve bir o kadar da tartışmalı olan böyle konuların reform iddiasında olan kanunlaştırma hareketlerinde es geçilmesi eleştirilmeyi hak etmektedir.

BW Tasarısının Bakanlık Tasarısından ayrılan diğer bir noktası, BGB § 23'te düzenlenen yabancı derneklerle ilgilidir. Bakanlık Tasarısı, artık önemini yitirmiş gördüğü bu hükmü kaldırmaya yönelmişken, BW Tasarısı hükmün korunmasından yanadır. Ancak, Bakanlık Tasarısının BGB § 23'ün kaldırılması yönündeki yaklaşımının doktrinde istisnasız kabul gördüğünü de belirtelim.

Son olarak, tekrar ifade edelim ki, ne Bakanlık Tasarısının ne de BW Tasarısının öngördüğü değişiklikler burada incelenenlerden ibarettir. Bu çalışmada sadece, Alman hukukundaki dernek anlayışını ortaya koyacak

şekilde, derneklerin sınıflandırılması ve bu anlamda değişik dernek türlerinin birbirinden farkları ve bunlarla ilgili düşünülen yasal değişikliklere yer verilmiştir.

SONUÇ

Alman dernekler hukukunda reform yapılması ihtiyacı genelde tüm çevrelerce benimsenmesine rağmen, görüldüğü gibi, Bakanlık Tasarı bu ihtiyaçları karşılama açısından yetersiz bulunmaktadır. Bu anlamda Tasarının özellikle yan amaç muafiyeti ile getirdiği, mevcut uygulama ve doktrindeki baskın anlayıştan ayrılan çözüm, eleştirilerin odak noktasını oluşturmaktadır. Diğer yandan Tasarının iktisadi derneklerin kaldırılmasına yönelik yaklaşımının da kabul gördüğü söylenemez. Görüldüğü kadarıyla, Alman hukuku dernekler için genel bir model ya da hukuki form olarak iktisadi dernek anlayışından vazgeçmeye hazır değildir. Bu nedenle Tasarının iktisadi dernek hukuki kurumunu kaldırmayan ve fakat BGB'den iktisadi dernek genel formunu çıkararak ve bu derneklerin kurulması işini özel yasalara bırakan anlayışı kendisine taraftar toplayamamıştır. Tasarının hâlihazırda kabul edildiği üzere, hak ehliyeti olmayan derneklere BGB § 22 vd.nın uygulanmasına ilişkin düzenlenmesi olumlu karşılanmakla birlikte, burada hiçbir tereddüt bırakmayacak şekilde hak ehliyeti olmayan iktisadi dernekleri dışarıda tutan ifadelere yer verilmemiş olması eleştirilmektedir. Bu düzenleme ile birlikte, ZPO'da hak ehliyeti olmayan derneklere -artık *dernek olarak* dava açmalarına olanak verecek- aktif taraf ehliyetinin tanınması da olumlu karşılanan bir noktadır. Bunlara BGB § 23'ün kaldırılmasını da eklemek gerekir.

Bakanlık Tasarının geneline gelince, Tasarı, öncelikle, aceleye getirilmiş ve üzerinde fazlaca düşünülmeden hazırlanmış görülmektedir. Tasarının genel amaçlarının aksine, Alman dernekler hukukuna hukuki güvenlik, belirlilik ve açıklık getirme açısından pek de başarılı olamadığı ifade edilmektedir. Özellikle, Tasarının dernekler hukukunun güncel ve büyüyen sorunlarını dışarıda bıraktığı ve bu haliyle pek de pratik bir yararının olmayacağı vurgulanmaktadır. Bu noktada, ideal bir dernekler hukuku reformundan söz edebilmek için, derneklerin, ticaret, özelde ortaklıklar ve kooperatif hukuku gibi alanlardaki faaliyetleri ve bunların sükreleri ile giriştiği ana-yavru ortaklık ilişkilerinin; dernek konzerne (Vereinskonzern) ve yoğunlaşmalarının ele alındığı, sorunlara uygulanabilir ve adil çözümlerin bulunduğu bir reformun yapılması beklenmektedir¹⁵⁰. Ayrıca tasarılar, dernekler hukuku alanında çeşitli Avrupa ülkelerindeki son gelişmeleri takip etmediği için, hukuki karşılaştırmalardan uzak, başka kanun koyucuların benzer sorunlara yaklaşım ve çözümlerinden habersiz kalınarak hazırlanmış tasarılar olarak da görülmektedir¹⁵¹.

¹⁵⁰ Hadding, ZGR, 137-139; Segna, 455; Arnold, 2146.

¹⁵¹ Hadding, ZGR, 139; Heermann, 247, 294-295, 254 vd.

Alman Dernekler hukukunda reform amaçlayan bir başka Tasarı ise Baden-Württemberg Eyaleti tarafından Federal Konsey'e (Bundesrat'a) sunulan Tasarıdır. Bu Tasarı, Bakanlık Tasarısına göre nispeten yeni tarihlidir. Dolayısıyla, bu Tasarı açısından, Bakanlık Tasarısına yöneltilen eleştirileri de dikkate almak şansı olmuştur. Bu kanıyı birebir haklı çıkaran nokta, BW Tasarısında iktisadi derneklerin korunmasıdır. Ancak BW Tasarı Bakanlık Tasarısına bir yanıt olarak hazırlanmış ve birebir doktrinindeki görüşler doğrultusunda şekillenmiş bir Tasarı değildir. Hak ehliyeti olmayan dernekler anlayışına son vermekle doktrinle uyum içerisindeki iktisadi olmayan dernekler için normatif sistem yerine serbest kuruluş sistemini benimseyen anlayışıyla orijinal bir nitelik arz etmektedir.

Bu iki tasarı ve tasarılarla ilgili doktrinde ortaya konan görüşler dikkate alındığında, Alman hukukunda derneklerle ilgili reform ihtiyacının tüm kesimlerce hissedildiği ve fakat reformun içeriği, kapsamı ve sınırları üzerinde bir uzlaşmanın olmadığı görülmektedir. Gerçekten de, yakın tarihli bu iki tasarı (ve daha önceki tasarılar) arasında derin ve esaslı farklar bulunması da bunun bir göstergesidir¹⁵². Hatta Tasarıların dernekler özel hukukunun temel kavramları, bu anlamda dernek türleri ve bunların sınırları üzerinde dahi birbirinden çok farklı çözüm anlayışlarıyla hazırlandığı ortadadır. Görülen o ki, Türk hukukuna göre daha ayrıntılı ama aynı zamanda daha da karmaşık bir yapı arz eden Alman dernekler hukukunda reform çabalarının olgunlaşması için daha fazla zamana ihtiyaç vardır. Nitekim, henüz kamuoyu ile paylaşılmamakla birlikte, Bakanlık Tasarısının üzerinde çalışmalar yapıldığı ve çeşitli değişikliklerin gündeme gelebileceği kaydedilmektedir¹⁵³.

¹⁵² Hadding, ZGR, 140. Yazarın kaydettiğine göre, Almanya'da hukuk politikası açısından dernekler hukuku alanında bir tutarsızlık görülmektedir. Nitekim Yazar, Bakanlık Tasarısının tamamen aksine, 1995 yılında hazırlanan bir tasarıda bir derneğin bir işletme ya da ortaklığın %5'den fazla payını elinde bulundurmasının derneğin iktisadi dernek olarak nitelendirilmesi için yeterli görüldüğünü -bunun çarpıcı bir örneği olarak- aktarıyor; ayrıca bak. Heermann, 269; anılan Tasarı için bak. BT-Drucks. 13/367.

¹⁵³ Heermann, 249.

KAYNAKÇA

- Arnold, A.:** Die geplante Vereinsrechtsreform- Fortschritt oder Irrweg?, Der Betrieb, 2004, s. 2143-2146.
- Backhaus, P.:** Der nicht eingetragene Verein im Rechtsverkehr, Regensburg 2001.
- Bilgili, F.:** Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş günü armağanı, C.I., İstanbul 2002, s. 197-213.
- Brox,H/Walker W-D:** Allgemeiner Teil des BGB, 30. Aufl., Köln/Berlin/München 2006.
- Burhoff, D.:** Vereinsrecht, 6. Aufl., Berlin 2006.
- Deutscher Notarverein:** Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg vom 3. Februar 2006 zur Modernisierung des Vereinsrechts (BR-Drucks, 99/06), s. 2;
http://www.dnotv.de/index.html?http://www.dnotv.de/dnv_dokumente_1.html (08.05.2008).
- Flume, W.:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Teil, Die juristische Personen, Berlin/Heidelberg/Newyork/Tokyo 1983.
- Grunewald, B.:** Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., Tübingen 2005.
- Hadding, W.:** Zu einer geplanten Änderung des Vereinsrechts, ZGR 2006, s. 137-166.
- Heermann, von P. W.:** Die geplante Reform des deutschen Vereinsrechts, ZHR 170, 2006, s. 247-295.
- Jauernig, O.:** Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., hrsg von Jauernig, O., München 2007.
- Kübler, F.:** Vereinsgeschäfte im Unlauterkeitsrecht, Bemerkungen zum „ADAC-Verkehrsrechtsschutz“-Urteil des Bundesgerichtshofes, ZHR, 147, 1983, s. 454-461.
- Larenz, K./Wolf, M.:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- Menke, T.:** Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine, Berlin 1998.
- Möhlenkamp, K.:** Vereinsrechtsreform stutz Nebenzwecksprivileg der Vereine: Welche wirtschaftliche Tätigkeit wird in Zukunft noch zulässig sein?, Der Betrieb, 2004, s. 2737-2739.

- Narbay, Ş./Deliduman, S.:** Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş günü armağanı, C.I., İstanbul 2002, s. 577-594.
- Özdamar,Ö/Ertürk,Ş/Türk,A/İkizler,M/Çağırğan,S/Değer,S.:** Karşılaştırmalı, Gerekçeli, İçtihatlı, Uygulamalı 5253 sayılı Yeni Dernekler Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2006.
- Palandt O.:** Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg von Palandt O., Band 7, 62. Aufl., München 2003. (atıf şekli: Yazar adı, in: Palandt BGB,...).
- Reichert, B.:** Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 10. Aufl., München 2005.
- Reuter, D. :** Die Reform des Vereinsrechts –Zum Referentenentwurf zur Änderung des Vereinsrechts vom 25.8.2004, NZG 2005, s. 738-746. (kısaltma: NZG).
- Reuter, D.:** Rechtliche Grenzen ausgegliederter Wirtschaftstätigkeit von Idealvereinen –Zugleich eine kritische Stellungnahme zum ADAC-Urteil BGHZ 85, 84, ZIP, 1984, s. 1052-1064. (kısaltma: ZIP).
- Säcker, F. J:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1-240, ProstG, Redakteur: Säcker, F. J, 5. Aufl., München 2006. (atıf şekli: Yazar adı, in: MüKo, ...).
- Schmidt, K.:** Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2002. (kısaltma: Gesellschaftsrecht)
- Schmidt, K.:** Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, Heidelberg 1984. (kısaltma: Verbandszweck).
- Schmidt, K.:** Wirtschaftstätigkeit von „Idealvereinen“ durch Auslagerung auf Handelsgesellschaften – Bemerkungen zum ADAC-Urteil des BGH, NJW 1983, s. 543-546. (kısaltma: NJW).
- Schöpflin, M.:** Der nichtrechtsfähige Verein, Köln/Berlin/Bonn/München 2003.
- Segna, U.:** Die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen im Lichte des Entwurfs zur Änderung des Vereinsrechts vom 25. August 2004, Rpfleger, 9/2006, s. 449-516.
- Soergel H. T.:** Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil 1, § 1-103, begründet von Soergel H. T., neu hrsg von. Siebert, W./Baur, F..., Stuttgart, Berlin, Köln 2000. (atıf şekli: Yazar adı, in: Soergel, BGB, ...).

Staudinger, J. von: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil § 21-79, Berlin 2005. (atıf şekli: Yazar adı, in: Staudingers Kommentar, ...).

Stöber, K.: Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl., Köln 2004.

Terner, P.: Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts, Rpfleger 6/2005, s. 296-304.

Waldner, Wolfram M.A/Schweyer, G./Wörle-Himmel, C.: Der eingetragene Verein, 18. Aufl., München 2006.

Wiedemann, H.: Gesellschaftsrecht, Band II, München 2004.