

AET'DE TÜZEL KİŞİLERİN TANINMASI

Doç. Dr. Gülören TEKİNALP.

Yetmişbeşinci yaşını kutladığımız, değerli hocam Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in çok yönlü ve geniş kapsamlı bilimsel çalışmalarında ilgi duyduğu ve incelemeler yayınladığı bir alan da devletler hususi hukukudur. Özellikle iki makalesi, devamlı olarak başvurduğumuz kaynaklar arasında yer alır. Bunlardan biri Prof. Hans Lewald Armağanındaki «Türkiye'de Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları» () başlığını taşır; ikincisi ise: «Türkiye'de Özel Hukuk Alanında 1939-1956 Mevzuatı» dır (**).*

*Prof. Hirsch'in karşılaştırmalı hukuka ilişkin çalışmaları da devletler hususi hukukuna yardımcı olmuştur. Bu konuda da kıymetli evrak hukuku alanında yapılan Cenevre Birlik Kanununa ait incelemeleri özellikle anılmalıdır (***)*.

(*) Die Quellen des Internationalen Privatrechts in der Türkei, Festschrift für Hans Lewald, Basel, s. 245-257.

(**) Die Gesetzgebung der Türkei auf dem Gebiete des Privatrechts 1939-1956, RabelsZ 23, 81-110.

(***) Die Vereinheitlichung der wechselrechtlichen Kollisionsnormen, Juristische Wochenschrift 59, 1337-1342; Die Genfer Wechselrechtabkommen, Blätter für internationales Privatrecht (Eilage Leipziger Zeitschrift) 24, 257-272.

Ünlü devletler hususi hukuku bilgini Zitelmann'ın öğrencisi Prof. Dr. Hirsch için yayınlanan bu özel sayıda, bir taraftan kendilerinin tam bir otorite ile hâkim oldukları ticaret hukukunu diğer taraftan yıllarca üzerinde çalıştıkları hukukun birleştirilmesini ilgilendiren bir makalemi yayınlamaktan büyük kıvanç duyuyorum.

I. AET Tanıma Antlaşmasının Yapılışı

Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Antlaşmasının 220. maddesinin 3. fıkrasına göre AET üyesi devletler «gerekli gördükleri takdirde kendi vatandaşları yararına AET m. 58 f. 2 anlamındaki ortaklıkların karşılıklı olarak tanınmasını sağlamak için aralarında temasa geçerler». Bu maddeye dayanılarak «Karşılıklı Olarak Ortaklıkların ve Tüzel Kişilerin Tanınması Hakkında Antlaşma» 1968 yılında AET ülkelerince imzalanmıştır (1).

İlk olarak 1962 yılında AET Komisyonu Prof. Goldman başkanlığında bir çalışma grubu teşkil etmiştir. Çalışma grubu 1965 yılında çalışmayı sonuçlandırmıştır. Antlaşma uzun münakaşalardan sonra 1968 yılında imzalanmıştır. Halen üye devletlerin hepsi tarafından tasdik edilmemiştir. Ancak bütün üye devletlerin tasdik'inden sonra yürürlüğe girecektir (AET Tanıma Antlaşması m. 13, 14).

Yeni üyelerin de katılması ile 9'lar haline gelmiş bulunan AET de son üyelerin de Antlaşmaya katılmaları gereklidir (2).

3 Haziran 1971'de bir Protokol imzalanarak Avrupa Adalet Divanına «Antlaşmanın» yorumu için yetki verilmiştir (3).

(1) AET Bülteni Nr. 2-1969 da ayrı bası; EGBl. 1972, II, 370 vd; Fransa, Belçika ve İtalya 1972 den önce ratifiye etmişlerdir. Fakat henüz bütün üye ülke'erin işlemleri tamamlanmamıştır; Antlaşma yukarıdaki metinde «AET Tanıma Antlaşması» diye anılacaktır.

(2) Katılma Antlaşması m. 3 f. 2 (bkz. PIPKORN, Zur Entwicklung des Europäischen Gesellschafts und Unternehmensrechts, ZHR. (137), 36.

(3) Avrupa Birliği Bülteni ayrı bası N. 4-1971 (bkz. Pipkorn, ZHR, (137), 36.

II. AET Tanıma Antlaşmasının Gereği

Bazı yazarların aksi fikirde (4) olmalarına rağmen genel kanı tanıma antlaşmasının gerekli (5) olduğudur. Bu gereğin çeşitli sebepleri vardır. *İlk önce* AET'ye üye ülkelerin hukukları tüzel kişilerin ve ortaklıkların tanınmasında (6) farklı kurallar uygulamaktadırlar. Bu sebeple tanıma kavramının modası geçtiği kabul edilse bile önemi inkâr edilemez. Anılan farklı kurallar AET Antlaşması m. 52 ve 58 sebebi ile ortaklıkların ve diğer kazanç sağlayan tüzel kişilerin üye ülkelerde yerleşmeleri halinde ortaya çıkan çeşitli problemlerde önem kazanmaktadır. *İkinci olarak*, üye ülkelerin her birinde bulunmayan tüzel kişi tipleri sebebiyle ortaya çıkabilecek tip problemi de önlenmektedir. Çünkü AET Tanıma Antlaşmasına göre tanımanın anlamı tanınan tüzel kişinin varlık kazandığı ülkedeki hukuk düzenine göre elde ettiği kişiliğin tanınmasıdır. Yoksa tanıyan ülkedeki tiplere uygunluk aranmamaktadır. Meselâ, kazanç gayesi güden vakıf Almanya, İtalya ve Hollandada kurulabildiği halde Belçika ve Luxemburg'da açıkça yasaklanmıştır. Ama Alman hukukuna göre kurulmuş ve merkezi de Almanya'da bulunan bu tip bir vakıf Belçika'da tanınacaktır. Yahut AET ülkelerinden Almanya ve Hollanda'da tanınan «donatma iştiraki» de diğer AET ülkelerinde aynı şartlarla tanınacaktır.

AET Antlaşmasının 52. maddesi yerleşme özgürlüğünü düzenlemektedir. Maddenin 1. fıkrası şöyledir: «*Bir üye devlet vatandaşının diğer bir üye devlet ülkesinde yerleşme özgürlüğüne*

(4) DROBNIG, Kristische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften, ZHR (129), 104, 112; KOPPENSTEINER, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, 1971, Frankfurt am Main, 108 vd.

(5) BEITZKE, Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristische Personen im EWG-Bereich, ZHR, (127) 23; GESSLER, Gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften im EWG-Bereich, DB 1967, 325, 326; PIPKORN, ZHR (137), 38, 39; GROSSFELD, Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, RabelsZ., 1967, 3'de tanıma müessesesini tek başına ele alarak dolayısı ile aynı fikirde.

(6) Tanıma ile ilgili bibliyografya için bkz.: GROSSFELD, RabelsZ 1967, 1; TEKİNALP G., Tüzel Kişilerin Tanınması, Arslanlı Armaganı 1976; BAERMANN, Europäische Integration im Gesellschaftsrechts, 1970, Köln, Berlin, Bonn, München, 132.

ilişkin kısıtlamalar geçiş devresi içinde aşağıdaki kurallar uyarınca kademeli olarak kaldırılır. Aynı kural üye devlet ülkesinde ikamet eden (ansässig) diğer bir üye devlet vatandaşı tarafından kurulan acentalık, şube ve yavru ortaklık için de geçerlidir».

52. madde gerçek kişilerin yerleşme özgürlüğünü ele almakta fakat hem son cümlesinde gerçek kişilerin kendi kurdukları tüzel kişilerle ilgili olarak kurabilecekleri şube, acentalık ve yavru ortaklıklardan bahsetmektedir, hem de 52. maddenin 2. fıkrasında *yerleşme özgürlüğünün kapsamı* açıklanırken «ikamet edilen devletin kendi vatandaşları ile eşit şekilde teşebbüs kurmak ve özellikle 58. maddenin 2. fıkrası anlamında ortaklıklar kurmak ve idare etmeyi» de kapsadığı bildirilmektedir. Diğer yandan 58. maddede de tüzel kişilerin toplulukta yerleşme özgürlüğünde gerçek kişilerle eşit tutuldukları ayrıca belirtilmektedir. AET Antlaşması m. 58 aynen şöyledir: «*Bu bölümün uygulanmasında üye devletlerin kanunlarına göre kurulmuş olan ve tüzüksel merkezi, idare merkezi veya ikametgâh merkezi, Topluluk içinde bulunan ortaklıklar üye devlet gerçek kişileri ile eşit muamele görürler.*

Ortaklık deyimi kooperatifler dahil olmak üzere medenî hukuk ve ticaret hukuku ortaklıkları ile kâr gayesi gütmeyenler dışında kamu hukuku ve özel hukukun bütün diğer tüzel kişilerini kapsar.»

AET Antlaşması m. 52 ve m. 58 yerleşme özgürlüğü sağlamaktadır. Ama hukuk düzeninde yerleşmeden önce *tanınma* (6a) gereklidir. Çünkü bir tüzel kişinin bir ülkede yerleşmesi dışında, herhangi bir faaliyette bulunabilmesi için de tanınması gereklidir. Tanınma bazı ülkelerde otomatik olabilir. Bazı ülkelerde ise başka bir prosedür uygulanabilir. Diğer yandan bazı ülkelerde yabancı tüzel kişilerin yerleşme ve çalışmaları belirli bir başka prosedüre tabi tutulmuş olabilir ki ikisi birbirinden tamamen farklı şeylerdir. İkincisi tanıma gibi bir kanunlar ihtilâfı konusu değil yabancılar hukuku konusudur. Tanınma hak ve fiil ehliyeti sağlar. Ehliyetin sınırı o tüzel kişinin şahsi statüsü ile sağlanabilir. Topluluk Hukukunda bir uyum sağlamayı amaçlayan

(6a) Tanınma kavramının bir kanunlar ihtilâfı kavramı olduğu hakkındaki çeşitli görüşler için bkz. DROBNİG, ZHR, (129), 106 vd.

AET ise «tanıma» konusunda da bir birlik sağlamayı amacına ulaşmada yararlı görmektedir.

Drobnig 1956 Avrupa Tanıma Antlaşmasının imzaya açık olduğunu bildirmekte ve 1968 tarihli AET Tanıma Antlaşmasının sadece bu özel konuyu düzenlemesini anlamsız bulmaktadır. Çünkü diğer konularda AET ülkeleri hukuklarındaki farklılık devam edip gidecektir. Sırf tanımada uyum sağlanması büyük bir önem taşımayacaktır. Bu görüşe karşılık tanımının diğer kanunlar ihtilâfı problemlerinden ayrı olarak ele alınmasının yararlı olduğu da söylenmektedir. İlk önce tanıma ile tüzel kişiye asgari bir varlık, yaşama hakkı verilmektedir. Yani tüzel kişi çeşitli ülke mevzuatı ne olursa olsun kişilik hakları ve hukukî işlemlerde bulunma hakkı elde etmekte ve dava hakkı ile kendini savunabilmektedir. Tüzel kişilerle ilgili diğer kanunlar ihtilâfı konuları ise akit kanunu, şahsi statü, temsil yetkisinin tabi olduğu kanun gibi kanunlara farklı gerekçelerle tabi olabilir. Böylece hiç olmazsa tüzel kişinin varlığı ve kişi olarak hak ve borçlarının hangi kanuna tabi olacağı tesbit edilmektedir. Fakat diğer yandan AET Tanıma Antlaşması tüzel kişinin şahsi statüsünü bile, tanıma kavramını ele alarak, parçalamakla suçlanmaktadır (8). Ama herşeye rağmen ilk adım olan «tanıma» müessesesinde birlik sağlamada yarar olduğu görüşünü savunanlar yukarıda belirtilen sebeplerden ve aşağıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi etkili olmuştur (9).

Burada cevap verilmesi gerekli olan soru şudur: Acaba yukarıda açıklanan AET Antlaşması 52. ve 58. maddeler yahut 1956 tarihli La Haye'de hazırlanan «Avrupa Tanıma Antlaşması» Topluluk ilişkilerinde ortaya çıkabilecek problemleri çözebilir mi? yoksa gerçekten 1968 tarihli «AET Tanıma Antlaşmasına» ihtiyaç var mıdır?

La Haye'de imzalanan Tanıma Antlaşması, AET Antlaşmasının 52 ve 58. maddelerinin geniş olanaklarını tam olarak karşı-

(7) DROBNIG, ZHR (129), 113.

(8) DROBNIG, ZHR, (129), 100 vd., 113 vd.

(9) Aynı kanıda: GOLDMANN, Common Market Law Review 1963, 108 (bkz. Pipkorn, 37 dn. 55); GESSLER, DB, 1967, 32; Antlaşma için değil de «tanıma» kavramı dolayısıyla aynı kanıda GROSSFELD, RabelsZ 1967, 2, 3.

layacak nitelikte bulunmadığından tartışma konusu yapılamaz. La Haye Antlaşmasının 2. maddesine göre tüzüksel merkez gerçek merkez ile uyuşmuyorsa tanımamak mümkün iken AET Antlaşması m. 58 buna manidir. Çünkü 58. maddede kuruluş hukuku yanında tüzüksel merkez ile idare merkezi alternatif bir şekilde yer almaktadır. Diğer yandan La Haye Antlaşmasında kamu hukuku tüzel kişileri sözkonusu edilmemişken gene AET Antlaşması m. 58 fıkra 2 kamu hukuku tüzel kişilerini de kâr gayesi gütmek şartı ile kapsamaktadır. Şu halde AET Tanıma Antlaşması kapsamı daha geniş ve kuralları daha elverişli bir anlaşma olarak duyulan ihtiyaca cevap vermekte ve varlığı da bu sebeplerle gerekçe kazanmaktadır.

AET Antlaşması m. 52 ve 58 anlamında ortaklıkların ve m. 52 f. 2'de anılan ve atıf verilen şekilde geniş kapsamlı *kâr gayesi güden bütün üye devlet tüzel kişilerinin* diğer üye devletlerde yerleşebilmeleri ve çalışabilmeleri için millî mevzuatta farklı düzenlenmiş olan tanıma konusunda bir uyumun sağlanmasına ihtiyaç duyulmuş ve AET Antlaşması m. 220/3'e dayanılarak 1968 tarihinde imzalanan Antlaşma hazırlanmıştır.

AET Antlaşmasının 220. maddesi: Eğer gerekli ise kendi vatandaşları yararına üye ülkeler aşağıdaki hususlarda birbirleri ile temasa geçerler demektedir. Madde 220'nin 3. bendinde ise «Üye devletlerin millî hukuklarına tabi olan m. 58 f. 2 anlamında ortaklıkların karşılıklı tanınması» sözkonusu edilmektedir. Üye devletlerin maddede bildirildiği gibi birbirleri ile müzakerelerinin sonucunda böyle bir Antlaşmaya ihtiyaç duyulmuştur (10).

III. AET Tanıma Antlaşmasının Tüzel Kişilerin Tanınması İle İlgili Düzenlemesi

1. Genel Olarak

Antlaşmanın 1. maddesinde ortaklıklarının ve tüzel kişilerinin *otomatik tanınması* için üç şart aranmaktadır. Bunlar:

(10) WOHLFARTH, (Wohlfarth/Everling/Glaesener/Sprung), Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1960, Art. 220, bem. 1 (bkz. Bu konuda PIPKORN, ZHR, 137, 35 dn. 46). Antlaşmadan önce tüzük veya direktif yolunun denenmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

- 1. Üye devletlerden birinin hukukuna göre kurulmak,
- 2. Bu üye devletin hukukuna göre hak ve borçlara ehil olmak,
- 3. Üye devletlerden birinin ülkesinde tüzüksel merkezi bulunmaktır.

Antlaşmanın 2. maddesinde *tanımanın kapsamına yer verilmektedir*. Tanıma Antlaşmasının kapsamı AET Antlaşması m. 58 f. 2'ye uymaktadır. Yani bütün medenî hukuk ve ticaret hukuku ortaklıkları, kooperatifler ve özel ve kamu hukuku tüzel kişileri otomatik tanımadan yararlanırlar. En son anı'an tüzel kişiler için temel şart esas veya yan gayelerinin kâr temini olmasıdır veya kâr gayesine yönelik faaliyet gerçekten (fiilen) devamlı olmalı ve bu gaye kuruluş hukukuna aykırı olmamalıdır.

Antlaşmanın kapsamı ile ilgili olarak 8. maddede tip problemine de çözüm getirilmiştir. Eğer tanınan tüzel kişi kuruluş hukukuna göre tüzel kişiliğe sahip değilse (meselâ Alman hukukunun kollektif, kommandit ortaklığı gibi), tanıyan ülke bu sebeple hak ve fiil ehliyetini reddedemez veya kısmen tanımaya kalkışamaz. Çünkü zaten örnekte verilen ortaklıkların tüzel kişiliği yoktur fakat kuruluş hukukuna göre de hak ve borçlara ehildirler ve davada taraf olabilirler.

Tanımanın antlaşmadaki hükümlerine gelince bu kuruluş hukukuna göre sahip olunan *hak ve fiil ehliyetidir*, (m. 6). Tanınan tüzel kişiler buldukları ülkedeki aynı tip tüzel kişilerden daha fazla hak talep edemezler. Fakat hak ve fiil ehliyetleri ve dava ehliyetlerinden de hiçbir zaman mahrum edilemezler (m. 2).

2. Çeşitli İstisnalar

AET Tanıma Antlaşmasında 3, 4, 9 ve 10. maddeler, 1. maddedeki genel kuraldan çeşitli nitelikteki sapmaları düzenlemekte yani *kurala istisnalar* getirmektedir.

Her üye ülke *gerçek merkezi* AET üyesi ülkelerin dışında olan ve faaliyeti de herhangi bir üye devletle *devamlı ve gerçek* bir ilişki niteliği göstermeyen tüzel kişileri tanımayabilir (m. 3). De-

mek ki gerçek merkezi üye devlet ülkesinde bulunmamakla beraber bir üye devletle gerçek ve devamlı bir bağı olan tüzel kişileri tanımamak mümkün olamayacaktır. Gerçek merkez yararına getirilen istisna devamlı ve gerçek ilişki halinde bir şey ifade etmeyecektir. AET Tanıma Antlaşması bu hali ile AET Antlaşması m. 58 de yardımcı olarak yer alan gerçek merkez kriterini bütünü zayıflatmıştır.

4. maddede benzer nitelikte fakat farklı bir durumu düzenleyen bir başka istisna kuralı yer almaktadır. Gerçek merkez ile tüzüksel merkezin farklı üye ülkeler olmaları halinde, gerçek merkez kendisinde olan üye ülke tüzel kişiyi tanır fakat kendi emredici kurallarının uygulanmasını isteyebilir. Antlaşmanın 5. maddesi ise «gerçek merkez» kavramını açıklığa kavuşturmuştur. Antlaşma anlamında gerçek merkez ise ortaklığın «idare merkezidir».

Tanıma Antlaşmasının 9 ve 10. maddelerinde ise değişik nitelikte bir kısıtlama ve onun da istisnası düzenlenmiştir. Antlaşmanın 9. maddesi *kamu düzeni* istisnasından bahsetmektedir. Eğer ortaklık *varlığı, maksadı veya gerçek faaliyeti* ile üye ülkenin kamu düzenini zedelerse tanınmaz (m. 9). Burada anı'an kamu düzeni «devletler hususî hukuku anlamında» temel ilke veya kurallara aykırılık şeklinde ortaya çıkmaktadır. İki halde kamu düzeni istisnasına başvurulması önlenmiştir. Birincisi «tek adam ortaklıkları», ikincisi «AET Antlaşmasına aykırı düşecek kurallara dayanılması»dır. Bu iki halde kamu düzeni sebebi ile tanımama mümkün değildir (m. 9/10 f. 2).

IV. Antlaşmadaki Tanıma Kuralı ve İstisnalarının Meydana Getirdiği Durum

1. İdare Merkezi ile ilgili kısıtlamalar

Antlaşmada tanıma kuralı *kuruluş hukukunu* esas almaktadır. Üye ülkelerden birinin hukukuna göre kurulmak ve üye ülkelerden birinde tüzüksel merkezi olmak otomatik olarak diğer bir üye ülkede tanınmaya yetmektedir. Fakat kural gerçek idare merkezi kriterinin bazı şartlarda uygulanması ile kendi niteliğinden

çok şey kaybetmiştir. Eğer tüzel kişinin *gerçek idare merkezi* AET dışında ise ve o tüzel kişi AET üyesi ülkelerden biri ile *gerçek ve devamlı* bir ilişkide değil ise tanınmaz. Burada karşımıza «gerçek merkez» ve «devamlı ve gerçek ilişki» kavramları çıkmaktadır. Gerçek merkezin ne olduğu antlaşmanın 5. maddesinde *idare merkezi* olarak gösterilmektedir. Fakat bu yeterli değildir. Devamlı ve gerçek ilişkinin ne olduğu açık olarak saptanmalıdır. Diğer yandan eğer gerçek merkez üye ülkeler dışında ise ve fakat tüzel kişi üye ülkelerden biri ile faaliyetini gerçek ve devamlı ilişki şeklinde devam ettiriyorsa o tüzel kişi AET'de tanınacak ve elverişli kurallardan yararlanacaktır. Şu halde idare merkezinin üye ülkelerden hiç birinde bulunmaması birinci derecede önemli bir rol oynamıyacaktır. Çünkü faaliyette gerçek ve devamlı ilişki idare merkezinin o ülke olmasını değil ekonomik faaliyetleri ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile kanımızca AET Antlaşması m. 58'de yer alan alternatiflerden biri olan kuruluş hukuku ve idare merkezi şeklinde belirebilecek olan tanıma olanağının bu ihtimalde gerçekleşmesine gerek yoktur. Artık tanıma Antlaşması ile: AET 58. maddede sözkonusu olan kuruluş hukuku esas olmak üzere ya tüzüksel merkez ya idare merkezi yahut da ikamet merkezi üye ülkelerde bulunmak alternatiflerinden zaten milletlerarası uygulamada çok önemli yeri olmıyan ve sadece farklı kavramları birleştirmek amacı ile konmuş bulunan ikamet merkezi deyimini yanında idare merkezi deyimini de önemini kaybetmektedir. Artık kuruluş hukuku, tüzükteki merkez ve bunlara ilâve olarak ekonomik ilişki kriteri yer almaktadır. Ekonomik ilişkinin devamlı ve gerçek olarak nitelenebilmesi için kavramın yorumlanması gereklidir. Yorum yetkisi AET Adalet Divanına verildiğinden antlaşma yürürlüğe girince problem çıkarsa Adalet Divanının kavramı yorumlaması gerekecektir.

Antlaşmanın 4. maddesinde yer alan istisna ise gerçek merkez kendisinde bulunan AET ülkesine verilen bir tavizdir. Çünkü ilk önce AET Antlaşması m. 58'de gerçek bir alternatif özelliği gösteren idare merkezi Tanıma Antlaşması ile zayıflatılırken özellikle Alman hukukunun ihmal edilemez «gerçek merkez»i ancak bu şekilde etkinliğini devam ettirebilmiştir. Bu sebeple 4. maddede gerçek merkez ve tüzüksel merkez farklı üye ülkelerde ise — görüldüğü gibi her ihtimalde gerçek merkez 3. bir ülkede değildir — gerçek merkez kendisinde olan ülkeye bazı haklar ta-

nınmıştır. Meselâ kuruluş hukuku Hollanda, tüzüksel merkez de Fransa olsa gerçek merkez Almanya ise Almanyada tüzel kişi tanınacaktır fakat Alman hukukunun emredici kuralları tüzel kişiye uygulanacaktır.

Yukarıda görüldüğü gibi aslında AET'de idare merkezi görüşü taraftarları mümkün olan en katı şekli ile idare merkezini savunmaktadırlar. Antlaşmanın 3. maddesinde var gibi görülen zaaf AET üyesi, ülke menfaati söz konusu olunca ortadan kalkmaktadır. Böylece «gerçek idare merkezi» kuralı hâkim olan AET üyesi ülkede 3. kişilerin menfaatleri ve idare merkezi bulunan ülkenin kamusal menfaatleri korunmuş olmaktadır (11).

AET ülkelerinin çoğunluğunun hukuklarında var olan idare merkezi kuralı — 1959'dan itibaren Hollanda hukukundaki değişiklik ve 1973'den itibaren de İngiltere'nin AET'ye girmesi hariç tutulursa — AET antlaşması m. 58 ve özellikle 1968 Tanıma Antlaşması ile ikinci plana düşmüştür. Bunun sebebi bazı yazarların belirttikleri gibi Avrupa'da kuruluş hukukuna gösterilmeye başlayan bir eğilimden (12) çok Grossfeld'in doğru olarak teşhis ettiği gibi üye ülkelerin hukuklarının koordine edilmesi sebebi ile sağlanan uyumun kuruluş hukukunun kusurlarını ortadan kaldırıp sadece yararlı özelliklerini ortaya çıkaracağı görüşünden (13) ileri gelebilir. Hatta daha çok bir *yarar dengelenilmesi amacına* yönelik de olabilir. Avrupa ülkeleri ekonomik birleşmeyi sağlamak için kurdukları 'Topluluk'la ekonomik bir güç kazanmayı istemektedirler. Kazandıkları bu güç de Avrupa ülkelerinde en büyük rakip olarak görülen Amerikan ortaklıkları karşısında önem kazanmaktadır. Bilindiği gibi Amerikan, hatta Anglo-Saxon hukuklarında ortaklıkların tanınmasında *kuruluş hukuku* esası

(11) İdare merkezi kuralı ve söz konusu menfaatler için bkz. GROSSFELD, RabelsZ. 1967, 22, 24 vd.; TEKİNALP G., Arslanlı Armağanı, (basılmakta).

(12) WOLFF E, Personal Statut für Gesellschaften, Vereine Und Stiffungen, Festschrift für Martin Wolff, 1952, 375-400, 382; aynı kanı Frankenstein Schwandt, Nussbaum, F. A. Mann, Fiekentscher, Kötz, Schönle tarafından da açıklanmıştır (bkz. bu konuda GROSSFELD, RabelsZ. 1967, 14).

(13) GROSSFELD, RabelsZ., 1967, 48.

vardır (14). Buna karşılık kara Avrupasında *idare merkezi* teorisi ağır basar. AET'de ise bir yandan hukukun birleştirilmesi çabaları devam ederken diğer yandan da ekonomik gücü sağlayan ve devam ettiren karşılıklı kolaylıkların gerçekten üye ülkeler menfaatine verilmesi sağlanmalıdır. Oysa ki, eğer idare merkezi kuralı esas olarak kabul edilip ikinci derecede tüzüksel merkez ile kuruluş hukukuna yer verilseydi Amerikan hukukuna göre kurulup idare merkezi veya tüzüksel merkezi AET ülkelerinde olan Amerikan Ortaklıkları, AET ülkelerinde elverişli kurallardan yararlanacaklardı. Bu konuda çıkabilecek benzer problemler ancak kuruluş hukukunun esas kural olarak kabul edilip idare merkezi lehine konulacak istisnalarla ortadan kaldırılabilirdi. AET Tanıma Antlaşmasında esas kuralın kuruluş hukuku oluşunun gerçek sebebini tesbitte Grossfeld'in izah tarzını ihmal etmemekle beraber yukarıdaki açıklamaların Avrupalı hukukçular tarafından ileri sürülmesi bile antlaşmada tanıma kriterini tesbitte önemli rol oynadığı kanısındayız.

2. Kamu Düzeni Kısıtlaması

Antlaşmanın 9 ve 10. maddelerinde düzenlenmiş bulunan *kamu düzeni* istisnası ise yukarıda açıklanan istisnalardan farklı bir niteliğe sahiptir. İlk önce kamu düzeninin hangi anlamda olduğu sorusu 9. maddede cevaplandırılmıştır. Kamu düzeni devletler hususî hukukunda uygulanan şekilde tespit edilen bağlama kuralının uygulanmasına engel olmakta ve kamu düzeni zedelenen yargıcın ülkesinde *lex fori*'nin ilgili kuralları uygulanmaktadır. Uygulama şartları ise: ortaklığın veya tüzel kişinin o ülkede *varlığı, maksadı veya faaliyeti* ile o ülkedeki temel ilke ve kuralara aykırı düşmesini gerektirmektedir. Tanıma Antlaşması bir kanunlar ihtilâfı problemi olan «tanıma»yı konu aldığı için bu çerçevede ele alınması antlaşmanın konusu gereğidir.

Drobnig, Tanıma Antlaşmasında kamu düzeni istisnası konmuş olmasını şiddetle tenkit etmekte ve bunun AET Antlaşma-

(14) Bu konuda geniş bilgi için bkz. GROSSFELD, Die Entwicklung der Anerkennungstheorien im Internationalen Gesellschaftsrecht, Festschrift für Harry Westermann, 1974, Karlsruhe, 199 vd.

(15) DROBNÍG, ZHR (129), 118.

sındaki yerleşme özgürlüğüne aykırı olduğunu ileri sürmektedir (15). Çünkü AET Antlaşmasının 56. maddesi ikamet özgürlüğünü *kamu düzeni, güveni ve sağlığı* açısından zaten kısıtlamaktadır. Mevcut maddi hukuk kısıtlamaları üye ülkelerin hukuklarında uyum sağlanana kadar devam edecektir. Drobnig'e göre artık bu madde dışında bir kamu düzeni kuralı koymak AET Antlaşmasına da aykırı düşer. Yalnız Drobnig şu noktayı gözden kaçırmaktadır ki yerleşme özgürlüğü ile ilgili kuralların ve kısıtlamaların koordine edilmesi yabancılar hukuku sorunu olduğu halde *tanıma konusundaki antlaşma bir kanunlar ihtilâfı problemini ele almakta ve bu çerçevede bir kamu düzeni maddesi koymaktadır*. Belki her anlaşmada kamu düzeni istisnasının ortaya çıkması gerçekte sağlanmak istenen hukukun birleştirilmesi çabalarına aykırı düşmektedir. Tanıma Antlaşmasına konan kamu düzeni kuralı ancak bu noktadan bütün kamu düzeni kuralları gibi tenkit edilebilir. Fakat devletlerin çeşitli düşüncelerle anılan kuraldan vazgeçemedikleri gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır.

3. Ehliyet Kısıtlaması

Ehliyet kısıtlaması diyebileceğimiz bir kısıtlama da Tanıma Antlaşmasının 7. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan kısıtlama kuruluş hukuku aleyhine yani esas kural aleyhine olmakla beraber merkez hukuku lehine de değildir. Tanıyan devlet sahip olduğu bazı hak ve ehliyetlerden tanıdığı tüzel kişiyi mahrum edebilir. Çünkü tanıyan devlet ülkesinde bu hak ve ehliyetler milli tüzel kişiler için de bazı şartların yerine getirilmesine bağlıdır (m. 7). Meselâ bazı işleri yapan tüzel kişilerin belirli tip tüzel kişi olması gereklidir. Bankaların anonim (Bank. K. m. 1), sigorta ortaklıklarının anonim veya kooperatif ortaklık (ŞŞMHK. m. 2) olmaları gereği gibi. Bazı çeşit faaliyetler de bazı ülkelerde tüzel kişilere yasaklanmış olabilir. Meselâ, yönetim veya denetim kurulu üyeliği gibi.

Drobnig, van der Grinten'in (16) gerekçesine dayanarak bu

(16) Erkennung van Vennototschappen en Rechtspersonen in de Europese Economische Gemeenschap, Social Economische Wetgeving 1966, 201-210 (Drobnig, ZHR (129) 116 dn. 81'de anılmaktadır).

kuralı da tenkit etmektedir. Gerçekten de kuralın «tanıma» müessesesi ile ilişkisi zayıftır. Çalışma ve yerleşme özgürlüğü ile ilgilidir ve tenkit bu açıdan yerindedir. Çünkü «tanıma» daha önce de belirtildiği gibi bir kanunlar ihtilâfı müessesesidir. Böyle bir madde tanıma antlaşmasında yer almasa bile çalışma ve yerleşme özgürlüğü çerçevesindeki kısıtlamalar arasınca uygulanabilir. Fakat 7. maddenin 2. fıkrası hakkındaki tenkite katılmak güçtür. Maddenin 2. fıkrasında *yabancı tüzel kişinin kendi ehliyetsizliğine dayanamayacağı belirtilmektedir*. Bu sonuç doğaldır. Çünkü anılan tüzel kişi kuruluş hukukuna göre, tanıyan ülkede sahip olduğundan geniş bir ehliyete sahip ise bu ehliyete dayanarak yaptığı işlemler de kendisi açısından geçerlidir. Bu halde yabancı bir tüzel kişi, tanıyan ülkede kendi şahsi statüsüne göre ehil sayılarak yaptığı işlemlerden dolayı tanıyan ülkede kendisi ehliyetsizliğini ileri sürememelidir. Kötüniyetle hareket eden kişinin ehliyetine uygulanan bir kuralın genel hukuk kuralı olarak hem maddi hukuk ve hem de devletler hususî hukuku adaletine uygun olduğu inkâr edilemez. Yalnız tüzel kişinin kendi ehliyetsizliğine dayanırken kötüniyetli hareketi tesbit edilmelidir. *Drobnig* gibi m. 7 f. 2 ile AET'deki yerleşme özgürlüğünün ruhuna aykırı hareket edildiğini iddia güçtür (18). Hatta *Drobnig* bu kuralların yabancı tüzel kişiye eşitlikle hareketi de zedelediğini ileri sürmektedir (19). Oysa ki anılan iyiniyet kuralı milletlerarası hukukta genel bir uygulama alanı bulmaktadır.

Tersine durumda yani kuruluş hukukunda ehliyetin sınırları tanıyan ülkedekinden dar ise, tanıyan ülkedeki durumun ne olacağı konusunda ise bir kanunlar ihtilâfı kuralı yoktur. *Drobnig*, 6. maddeye göre bu hallerde kuruluş hukukundaki kuralın uygulanacağını ve tanıyan ülkedeki 3. kişilerin ise muhtemelen hiç korunmayacağını ileri sürmektedir (20). Oysa ki *Gessler* haklı olarak 6. maddede ehliyetin asgari kapsamının düzenlendiğini fakat bunun yanında devletler hususî hukukunda milli hukuklarda kısıtlanmış ehliyet halinde *muamele güvenliği* gerekçesi ile «etki alanı» kuralının uy-

(17) Aynı fikirde GESSLER, DB (1967) 326.

(18) DROBNIG, ZHR (129), 116.

(19) Bkz. aksi fikir GESSLER, DB 1967, 326.

(20) DROBNIG, ZHR (129), 116.

gulanmakta olduğunu belirtmektedir (21). Gerçekten de tüzel kişinin kuruluş hukukuna göre bazı alanlarda ehliyeti, tanıyan ülkedekinden dar olabilir. Bu durum tanıyan ülkedeki 3. kişiler için büyük güçlükler doğurur. Fakat işlemlerin yapıldığı yerde kişinin muamele güvenliği sebebi ile ehil sayılabildiği hallerde tüzel kişinin de ehil sayılması işlemin «etki alanı» kuralı ile sağlanır. Antlaşmada bu kuralın açık olarak yer almamış olması uygulanmayacağı anlamına gelmez. Genel kanunlar ihtilâfı kuralları antlaşmayla çatışmazlarsa uygulama alanı bulurlar. Antlaşmada diğer alanlarda da varlığını devam ettiren kanunlar ihtilâfı kuralları gibi bu kural da tabii olarak yer almamıştır.

(21) GESSLER, DB (1967), 326.