

YABANCI ŞİRKETLERİN TANINMASI

Dr. Yücel SAYMAN

GİRİŞ

Şirketlerin ortaya çıkmasını ve gelişmesini insan toplumunun ileriye dönük tarihi içinde, üretim ilişkilerinin daha alt aşamadan daha üst aşamaya evrimlerinde aramak gerek. Bu nedenle, ticari şirketlerin toplumdaki yeri ve rolü maddi varlıkların üretim, değişim, dağıtım ve tüketim sürecinde oluşan insan'lar arası ilişkiler içinde saptanmalı.

Şirketleşme, toplumun objektif ekonomik yasalarının evriminden, üretim güçleri ile üretim ilişkilerinin belirli bir düzeye ulaşmasından zorunlu olarak doğdu : öyle ise ticari şirket herşeyden önce **ekonomik bir gerçek**. Bu ekonomik gerçek toplumda, kendisine özgü hukuk kurallarının oluşturulması ile somutlaştı: öyle ise **hukuki elbise giymiş bir ekonomik gerçek** söz konusu ticari şirket kavramında.

Şirketin ekonomik gerçekliği yönünden toplumdaki yeri ve rolünü, o toplumun alt yapısı belirler. Alt yapıda kendine bağlı ve uygun olarak hukuki elbiseyi biçimlendirir. İster yabancı şirketlere bir ülkede tanınacak ya da tanınmayacak haklar, ister şirkete milletler arası ilişkilerde uygulanacak yasa bakımından olsun, devletler hususi hukuku bu tanımın dışında kalmaz.

Kanımca, ticari şirketlere uygulanacak devletler hususi hukuku kurallarının saptanmasında şu yol izlenmeli: bakılmalı, bugüne değin oluşan hukuk kuralları üretim güçleri ile üretim ilişkilerinin hangi gelişme düzeyinin ürünü olarak belirmişler?; bu kurallar, te-

melde bir ekonomik gerçek o'an ticari şirketin toplumda ne gibi yeri ve rolünü yansıtıyorlar? Sonra, o günden bugüne üretim güçleri ile üretim ilişkilerindeki evrim ve buna bağlı olarak gelişen ticari şirketin toplumdaki yeri ve rolü yeniden belirlenmeli. Nihayet, egemen üretim tarzının iç ve dış gelişmeleri; Türkiye için de özellikle az gelişmiş ülkelerle gelişmiş kapitalist ülkeler arasındaki gelişmeler gözetilerek, ticari şirketlere çeşitli açılardan uygulanacak devletler hususi hukuku kuralları oluşturulmalı.

Bu yolu izleyerek, bir ülkede, o ülkenin hukuk kural'arına uygun, geçerli olarak kurulmuş ve işleyen bir şirketin faaliyetlerini yabancı bir ülkeye taşıması, ya da yabancı ülkede yalnız bazı haklardan yararlanmak istemesi halinde ortaya çıkan «şirketlerin tanınması» sorununa teorik bir çözüm getirmeye çalışacağız. Bunu yaparken konuyu, tarihi gelişimi içinde ayrıntılı olarak değinmeksizin, üretimde insanlar arasındaki ilişkilerin ticari ilişkilerle belirtildiği kapitalist üretim tarzı içinde ve kalın çizgileriyle inceleyeceğiz.

I — TANIMANIN KLASİK TEMELİ

1 — Tekelcilik öncesi kapitalist dönemde

Önce serbest rekabetin egemen olduğu tekellecilik öncesi kapitalist döneme göz atalım.

Bu dönemde hukukçular, ticari şirkete uygulanacak kuralları bulmak için onun hukuki unsurlarını saptar, bu unsurlara uyan hukuk kuralı hangisi ise onu benimserlerdi. Sorarlardı, şirket nedir? Manifatura ve serbest rekabetin ilk dönemlerinde, işletmelerin karmaşık bir yapıları olmadığından ve şirketin ekonomik faaliyetleri «kâr amacıyla mallarını birleştiren bir kaç kişinin faaliyetlerini» aşmadığından, şirket hukukçular için bir «akit»ti. Şirket bir akit olmalıydı, zira «kurucuların müşterek iradelerinden» doğardı (I).

1) Roma hukukundan gelen bu görüş «şirket bir ya da daha fazla kişinin birlikte kâr etme amacı ile mallarını birleştirdiği bir akittir» şeklinde Avrupa hukuklarında yer aldı (Fransız Medeni Kanunu md. 1832). Şirket bir akit olarak görülünce, ona milletlerarası ilişkilerde uygulanacak yasada, devletler hususi hukukunda akitler için önerilen yasa olacaktı: kurucuların ortak milli yasaları, kurucuların çoğunluğunun milli yasası, irade muhtariyeti, kuruluş yeri yasası.

Üretim güçleri ve üretim ilişkilerinin gelişmesiyle işletmeler kurucularının faaliyet alanını aştı. O zaman hukukçular işletmelerin karmaşıklaşan yapılarını akitle açıklayamaz oldular: akit tarafların ortak iradesiyle doğar; oysa, örneğin şirkete taşınmaz mal satın alınmak gerektiğinde paydaşların ortak iradelerini elde etmek imkânsız; ittifak yerine çoğunluğun iradesine bakılsa, o da akit yasası değil. Sonra akitler belirli bir süre için geçerlidir' er; oysa şirket çok uzun süre, hatta şirket statüsünde öngörülenden daha uzun süre yaşayabilir. Nihayet, akdin etkisi genellikle taraflar arasında olduğu halde şirketin faaliyetleri kurucuların faaliyetlerini aşar.

Böylece, 19 yüzyılın ilk yarısında, üretim güçlerindeki gelişme şirketin kuruculardan ayırılmasıyla sağlanacak özelliği ortaya koydu: şirketin kurucuların kişiliğinden ayrı, kendine özgü bir kişiliği, «tüzel kişiliği» vardır²³.

Bu açıklama içinde, «şirketlerin tanınması sorununu» nereye koymalı? Kanımca, tekelleşme öncesi kapitalist dönemde konuyu değerlendirmeye yarayacak gözlem şudur :

Bu dönemde, ticari şirketlerin sömürücü nitelikleri, Avrupa kapitalist ülkeleriyle sömürgeler arası ilişkilerde keskinleşir görünür. Ancak bu tek yönlü bir sömürmedir. Bir başka deyişle, sömürülen ülke şirketlerinin Avrupa'daki kapitalist ülkeleri sömürmesi söz konusu değildir. Öyle ise, onlar için milli ekonomiyi sömürülen ülkelerin şirketlerinden koruma olanağıda yoktur. Sonuç olarak, bu tip ilişkilerden şirketleri tanımama, ya da bazı şartlarla tanıma zorunu doğmaz.

Ticari şirketlerin, Avrupa kapitalist ülkeleriyle sömürgeler arasındaki ilişkilerde keskinleşir, fakat tek yönlü beliren sömürücü nitelikleri, bu ülkelerin kendi aralarındaki ilişkilerde somut olarak gö-

2) Şirketin tüzel kişiliği kabullenilince uygulanacak yasada tüzel kişiliğe uygun kıstasda arand: izin yeri yasası, şirketin millî yasası, işletme merkezi ile idare merkezi arasında bir seçim gerektiren şirketin ikametgâhı yasası.

3) Ancak şu noktayı da belirtmek gerek: bir toplumdaki hukuki ve felsefi düşünceler belirli bir düzeydeki üretim güçlerine göre egemen üretim ilişkilerinin ürünü olarak belirirlerse, alt yapıdaki değişiklik üst yapıda derhal, keskinleşir değiştirmez. Bazan insan düşüncesinde eski düzeyin kalıntıları uzun süre kalır ve bununla yeni değişiklikler açıklanmak istenir. Ticari şirketler konusunda da bu böyle olmuştur. Tekelci kapitalist döneme geçildiğinde de bazı hukukçularca şirket akit olarak nitelendirilmekte devam edilmiştir. Bugün dahi bu görüşe rastlanmakta.

zükmez. Zaten tekelcilik öncesi kapitalist dönemde, üretim güç'eriyle üretim ilişkilerinin mevcut düzeyi açısından, ticari şirketlerin faaliyetlerini kurdukları ülke sınırları dışına taşıması da zorunlu değil. Ancak zaman zaman şirketler geçici ya da devamlı olarak yabancı ülkede faaliyette bulunur, ya da yabancı ülkede bazı haklardan —dava hakkı, akit yapma hakkı gibi— yararlanmak zorunda kalırlardı. İşte bu durumlarda, bazan milli ekonomiyi yabancı şirketlerin faaliyetlerinden korumak gerekirdi. Bu koruma genellikle tek tek, ve bir yabancı şirket milli ekonomiye zararlı faaliyette bulunduğu anda yapılır, tabiiyet kavramından hareketle, bir takım haklardan yabancı şirketin yararlanmasına izin verilmezdi. Sonra, yabancı şirketin bizzat varlığını tanımama ile korumanın daha etkin olacağı düşünülürdü. Yabancı ülkede kurulmuş şirkete hukuki geçerlik tanımamak, bir varlık kazanabilmesi için yeniden ülkedeki bu konudaki kurallara uymasını, böylece, sıkıca mahalli kontrol altına alınmasını sağlamak düşüncesi belirdi. Bunun teorik dayanağını, işte o dönemde alt yapının şirket kavramında yansıttığı «tüzel kişilik» unsuru sağlar.

Bazı yazarlar. tüzel kişilikte hukukun yarattığı bir soyut kavram, gerçek dışılık görürler; tüzel kişilik entellektüel faaliyetin ürününden başka bir şey değildir: «kamu yararı için ortaya çıkarılmış yapmacık bir varlık». Bu görüş milletlerarası alana kaydırıldığında, bir şirketin kurulduğu ülke dışında bihakkın tanınmaması sonucuna varılır⁵: şirketi yabancı bir yasa yaratmıştır; kendini yaratan o yasanın egemen olduğu ülkenin sınırlarını aşınca varlığı kaybolur, zira bizzat o yasanın yaratıcı gücü de ülke sınırını aşamaz⁶. Yabancı şirketler faaliyetlerini ülke dışında ancak bir yasa veya hükümetin izni, ya da bir anlaşma varsa sürdürebilirler.

Tüzelkişi - gerçek dışılık görüşünün karşıtı, tüzelkişi - gerçeklik görüşüdür. Tüzel kişilik şirketin kurucularının kişiliklerinin dışında ve onların kişilikleriyle aynı değerde bir gerçektir; gerçek kişilerle özdeşleştirilmeli ve onlara kişilikleri dolayısıyla tanınan ayrıcalıkların tümünden yararlandırılmalıdırlar⁷; tüzel kişiler milletlerarası alanda da gerçek kişilerden ayırdedilmemelidirler. Tüzel kişinin

4) WEISS, A.; Manuel de Droit International Privé, 8. bası, Paris 1910, s. 321.

5) LAURENT; Le Droit Civil International, 8. cilt, Paris 1880-1882, s. 232

6) WEISS, A; Manuel, s. 322

7) SALEM, E. R.; La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger. Clunet 1919, s. 23.

varlığı ülke sınırlarını aşar. Ayrıca, tüzel kişiliğin gerçekliği ekonomik düzenin gerçeklerinede uyar: ticari şirketin varlığını tanıtmamak, bir yerde ekonomik gerçekleri görmemeziğe gelmek olur^{9,10}.

Sonuç olarak, tekelleşme öncesi kapitalist süreç içinde «şirketlerin tanınmasını» şöyle değerlendirmek gerek.

1 — Tekelleşme öncesi kapitalist dönemde, üretim güçlerinin ve üretim ilişkilerinin gelişmesi, şirketin faaliyetlerini diğer Avrupa kapitalist ülkelere yaymasını kaçınılmaz kılacak düzeyde değil. Ancak şirketler giderek sınır aşar duruma geçiyorlar.

2 — Şirketlerin faaliyetlerini giderek sınır dışına taşırmalarında, Avrupa kapitalist ülkeleri bakımından, sömürücü nitelikleri somut olarak gözükmemekle beraber, zaman zaman yabancı şirketin milli ekonomiye zararlı olması olanağı beliriyor.

3 — Bu olanak, zararlı yabancı şirketin faaliyetinden korunmayı gerektiriyor. O şirketi tanımama korunma bakımından etkin bir silah olarak beliriyor. Tekelleşme öncesi kapitalist dönemde, yabancı şirketin varlığının tanınmaması, — temelde aykırı düşmekle beraber — ekonomik düzenin gerçeklerini zorlamıyor: milletlerarası ticari ilişkiler çok karmaşık olmamıştır; şirketlerin Avrupa çapında genişleyerek faaliyetlerini birden fazla ülkeye yaymaları henüz kaçınılmaz değildir; yabancı şirketlerin tanınmaması objektif ekonomi yasalarına — temelde aykırı olsa bile — karşıt düşmez.

4 — Yabancı şirketlerden milli ekonomiyi koruma aracı olarak beliren «yabancı şirketlerin bihakkın tanınmaması»nın dayanağını

8) BROCHER, CH.; Cours de Droit International Privé selon les principes consacrés par le droit positif français, Paris, 1882-1883 c. I s. 187.

LAÏNE; Les personnes morales en droit international privé, 5. bası, no 61 vd.

PILLET; Traité de droit international privé, 2 cilt, Paris, c. I, 1923, c. 2 1924, s. 162.

9) MAZEAUD, L.; De la nationalité des sociétés, Clunet 1928, s. 30.

10) Bu arada telifçi görüşler için, bkz.; VAN DEN HEUVEL De la situation des associations sans but lucratif; DE VAREILLES SOMMIÈRES; du contrat d'association, 1893; les personnes morales, 1902; SALEILLES; Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, Annales de Droit Commercial, 1897, s. 29 vd.

da bir yerde «şirket nedir?» diye sorulduğunda, hukuki unsurları gözetip «tüzel kişidir» demenin sonucu saptıyor.

Şimdi bakalım, aynı gelişim tekelci kapitalist süreç için de doğru mu?

2 — Tekelci kapitalist dönemde

Serbest rekabet, üretim ve sermayenin bir yerde toplanmasını, merkezileşmesini hazırladı. Bu da belirli bir aşamada, ekonomik düzende kesin rolü olan tekeli doğurdu. Sanayi tekellerinin doğumu, kaçınılmaz bir şekilde banka sermayesinin yoğunlaşp merkezileşmesine ve banka teke'lerinin kurulmasına götürdü. Bankaların sanayi ile birleşip kaynaşması ile ortaya çıkan mali sermayeye dayanan mali oligarşi ile de sermaye ihracı kapitalizmin kaçınılmaz ekonomik yasası oldu. Bu tablo içinde, «bir kapitalist işletmeyi çalıştırmaya yarayan, çoğunlukla karmaşık hukuki mekanizmaların tümü»¹¹ diye tanımlanan şirketin yeri ve rolü nedir?

Şirketlerin, maddi varlıkların üretimi, dağıtımını, değişimi ve tüketimindeki rolleri kesindir; bu alanda, politik iktidara da dayanarak egemenliklerini sürdürürler. Bir bakıma, tekelci devlet kapitalizminin anlamı budur¹². Üretimin ve sermayenin merkezileşmesi kaçınılmaz bir şekilde teke'lerin ekonomik ve ticari faaliyetlerini sınır dışına taşırır. Milletlerarası açıdan, gelişmiş kapitalist ülkelerle az gelişmiş ülkeler arasındaki ilişkilerde ticari şirket emperyalist bir unsurdur. Bu da, gelişmek için sanayi'leşmek, emperyalizmin boyunduruğundan kurtulmak zorunda olan az gelişmiş, sömürülen ülkenin yabancı şirketlerin zararlı faaliyetlerinden korunmasını gerektirir. Ancak bu korunma, yabancı şirketlerin tanınmaması yolu ile mi olmaktadır? Buna birazdan değineceğiz.

Kapitalist ülke'lerin kendi aralarındaki ilişkilere gelince; şirketlerin ticari ve ekonomik faaliyetlerini kurdukları ülke dışında sürdürmeleri, tekelci kapitalist dönemde kaçınılmaz olarak belirdi-

11) CHAMPAUD; Différents types de sociétés et les réformes récentes dans les pays de l'Europe. Conférence retranscrite à l'usage des étudiants du C.U.E. de Nancy, 1967 - 1968.

12) BOCARRA, PAUL; Introduction à la question du capitalisme monopoliste d'Etat, Conférence internationale Choisy-le-roy, 26/29 Mayıs 1966, Revue «économie et politique», No. 143-144, Haziran-Temmuz 1966, s. 11 - 12.

ği gibi, çağımızda üretim güçleri ile üretim ilişkilerinin gelişme düzeyide, ölçüleri Avrupa kıtasını kapsayan şirketlerin kurulması için kapitalist ülkeleri ve onların hukuklarını zorluyor. Müşterek Pazar bunun en önemli kanıtı. Avrupa iktisatçılarının gözündeki büyük Amerikan şirketlerinin modeli var. Amerikan şirketlerinin zenginliği bütün kıta üzerinde pazar bulabilmelerinden, böylece kolaylıkla büyüklerin küçükleri yutup merkezleşebilmelerinden geliyor. Oysa, Avrupadaki kapitalist ülkelerin şirketlerinin, Avrupa çapında merkezleşip yayılabilmelerini engelleyen sosyal, mali, hukuki ve gümrük engelleri var. Şirketlerin bu engellerden kurtulup büyük çapta pazar bulabilmeleri, kıta çapında merkezleşmeleri gerekiyor. İşte, «Avrupa tipi şirket» üzerine eğilmede buradan geliyor. Amaç, Avrupa'nın tümünü kapsayan büyük bir pazar kurmak ve bu pazardan, ekonomik topluluğa üye ülkelere herhangi birinde kurulan şirketin yararlanmasını sağlamak¹³.

Şirketlerin birden fazla ülke üzerinde yayılmaları kaçınılmaz olduğu kadar, emperyalist unsur nitelikleri, emperyalist ülkeler arasındaki ilişkilerde de belirlemektedir. Örneğin, Avrupa ülkeleri Amerikan emperyalizminden yakınmakta, ara'larından bazılarını Amerikan emperyalizminin Avrupa'daki basamağı olarak nitelendirmektedirler¹⁴. Böylece, kapitalist ülkelerin kendi aralarındaki ilişkilerde de yabancı şirketlerden korunma olanağı doğmaktadır.

Şimdi bu korunma yabancı şirketin tanınmaması, ya da bazı kayıtlarla tanınması yolu ile mi yapılmaktadır? sorusuna değinelim.

Hemen belirtelim ki, yabancı ülkede kurulmuş ve işleyen şirketin varlığının tanınmaması, şirketlerin Avrupa çapında pazar bulmak üzere yayılması ve merkezleşmesini zorunlu kılan tekelleri kapitalizmin objektif ekonomik yasa'larına aykırı düşer. Milletlerarası ekonomik ve ticari ilişkilerin günümüzdeki karmaşıklığıda bunu imkânsız kılar. Milli ekonomiyi yabancı şirketlerden koruma bugün özellikle şirketlerin tabiiyetinden hareketle gerçekleştirilmektedir: şirketin millî yasalara uyması, onun öngördüğü mükellefiyetleri yerine getirmesi zorunlu görüldüğünde, çeşitli kıstaslardan geçilerek şirkete «millî» nitelik verilmekte, aksine, ülkede millî şirketlere ta-

13) SANDERS, PIETER; *Projet d'un statut des sociétés commerciales européennes. Rapport soumis à la Commission des CEE; série concurrence, 1967, s. 6*

14) SERVAN - SCHREIBER, J. J.; *le de'fi Americain, Paris 1967.*

nınan ahklardan yararlanmaması gerektiğinde, yine çeşitli kıstaslardan geçilip, şirkete «yabancı» niteliği verilmektedir¹⁵.

Yabancı şirketin tanınması, bugün ancak, yabancı bir ülkede kurulan şirket geçici olarak diğer bir ülkede faaliyette bulunmak istediğinde, ya da bazı haklardan — dava hakkı, akit yapma hakkı vb. — yararlanmak zorunda kaldığında ortaya çıkmakta ve şirketin geçerli olarak kurulup kurulmadığının kontrolünden ileriye gitmemektedir. Zaten şirketlerin tanınmasının dayanağını belirleyen «tüzel kişilik» de bu konuda bir yana itilmeye başlanmıştır. Bu da, şirketler devletler hususi hukukunda incelendiğinde, artık «Şirket nedir»? diye sorulup, hukuki unsurlarının araştırılmasının bırakıldığını, «şirket neye yarar?» diye sorulup, ekonomik unsurlarının araştırılmasına, ve buradan, bi'erek yada bilmeyerek, sonuca gidildiğini gösterir. Şirket «hukuki elbise giymiş ekonomik bir gerçek» olarak görülünce, onu somut olarak bir tüzel kişi diye göz önünde tutmak; tüzel kişilik de hukukun yarattığı bir gerçek dışılıktır diyip, milletlerarası alanda bihakkın tanımamak yolu bırakılmıştır. Bir başka deyişle, tüzel kişiliğin gerçek ya da gerçek dışı olarak nitelendirilmesi artık şirketlerin milletlerarası tanınmasını etkilememektedir¹⁶.

Tekelci kapitalist süreç içinde şirketlerin tanınması şöyle değerlendirilmeli :

1 — Tekelci kapitalist dönemde, üretim araçlarının ve üretim güçlerinin gelişme düzeyi, şirketin faaliyetlerini ülke dışına taşırmasını ve birkaç ülkeye yayılmasını kaçınılmaz hale getirdi.

2 — Kapitalist ülkeler arasındaki ilişkilerde de ticari şirketlerin emperyalist unsur nitelikleri somutlaştı, ve yine bu ilişkilerde, yabancı şirketin faaliyetlerinden korunma zorunu daha da keskinleştirdi.

3 — Ancak korunmanın yabancı şirketi tanımama yolu ile yapılması, şirketlerin birden fazla ülke üzerine yayılmalarını gerek-

15) Bu görüşün ayrıntılı olarak değerlendirilmesi için, bkz.; SAYMAN, Y.; Un essai de théorie sur les sociétés commerciales en droit international privé, başılmamış doktora tezi, Strasbourg, 1969 s. 198 vd.

16) LOUSSOUARN, Y.; Juris Classeur, Droit international, fasc. 564/B. BİSCHOFF, J. M.; Juris Classeur, Droit international, fasc. 526, c. 4.

NİBOYET; Cours de Droit International Privé Français, 2. bası, 1949, No. 336, s. 319.

tiren tekelci kapitalizmin objektif ekonomi yasalarına aykırı düşerdi. Bu yönden, tekellik öncesi kapitalizmdeki durumun aksine, yabancı şirketi tanımama bir korunma aracı olamazdı. Yabancı şirketlerin varlığı, ancak şirket geçerli olarak kurulmamışsa reddedilebilirdi. Böylece, şirketi tanımak, bir yerde onun geçerli olarak kurulup kurulmadığını, yargıcın kendi devletler hususi hukuku kurallarına göre saptaması oldu.

4 — Tüzel kişilik kavramı şirketin tanınmasında teorik temel olmaktan çıktı.

II — TANIMANIN GERÇEK TEMELİ:

Tanımının gerçek temelini, şirket kavramının analizinde aramak gerek. Ancak bu araştırma, tekellik öncesi kapitalizmde olduğu gibi şirketin hukuki unsurlarında değil, ekonomik unsurlarında yapılmalı.

Kanımca, «şirket hukuki elbise giymiş ekonomik bir gerçektir» gözlemi tanımının temelini saptamaya yardımcı olacaktır.

Şirket herşeyden önce, üretim güçleriyle üretim ilişkilerinin belirli bir düzeye ulaşmasından zorunlu olarak doğmuş objektif ve ekonomik bir gerçektir. Bu yönüyle insan iradesinin dışında oluşur; ekonomik ve ticari ilişkiler şirketler olmaksızın kavranamayacağı gibi, insan gücü şirketlerin faaliyetlerini milletlerarası alana yaymalarını da önleyemez. Bu açıdan ele alınınca, şirketlerin milletlerarası alanda bihakkın, kayıtsız tanınması zorunludur.

Ancak, ekonomik bir gerçek olan şirketin insan toplumunda yansımaları, faaliyette bulunabilmesi, hukuki elbise giymesi ile mümkündür. Bir başka deyişle, şirket hukuk alanına bir devlet ülkesindeki hukuk kurallarına uymakla girer. Bu açıdan ele alınınca, şirketlerin milletlerarası alanda tanınmaları, hukuken geçerli olarak kurulmalarına bağlanır.

İç hukuk bakımından, şirket ülkedeki yasalara uymuş, kurulması için gerekli formaliteleri yerine getirmişse geçerli olarak doğmuştur. Milletlerarası alanda ise şirketin geçerliliği bir başka yönden gözleniyor: şirket hernekadar kurulduğu ülkedeki kural ve formaliteleri yerine getirmekle geçerli olarak doğuyorsa da, aslında bu

noktada son sözü davaya bakan yargı organının devletler hususi hukuku sistemi söyleyecektir. Kanımca, işte tanımama sorunu burada ortaya çıkıyor: şirketin tanınması istenen ülke yargıcı, şirketin kurulduğu ülkeye kabul olunan geçerliğin var olup olmadığını «kendi devletler hususî hukuku sistemine göre» inceleyecek. Eğer şirket, yargıcın devletler hususi hukuku sistemine göre geçerli olarak kurulmuşsa tanınacak, aksi halde, geçici dahi olsa faaliyette bulunmasına, veya bazı haklardan —dava hakkı, akit yapma hakkı — yararlanmasına izin verilmeyecektir.

III — TANIMA İÇİN ARANACAK KOŞULLAR

Ticari şirketin hukuki elbise giymiş bir ekonomik gerçek olarak tanımlanması, şirketin hukuken kurulduğu ülke dışında tanınmasında aranacak koşulları belirler.

Şirketin öncelikle ekonomik bir gerçek olması, onun milletler arası alanda bihakkın tanınmasını zorunlu kılar. Şirketi tanımamak gerçeğe sırt çevirmektir bu anlamda. Şirket bir ülkede geçerli olarak kurulunca, artık başka ülkelerde tanınmasa da vardır. Çok büyük çapta ve dünya pazarında önemli rolü olan bir şirket düşünelim. Bir devlet onu tanımıyor. Bu, şirketin varlığını değiştirmez; şirket yine kendini tanımayan ülkenin ekonomisini, bazan politikasını etkileyebilir. Yani, bir anlamda varlığını, hukuken olmasa bile fiilen kabul ettirir. Bu açıdan şirketin bihakkın tanınması gerektiği kanısındayız.

Ekonomik etkenler şirketin bihakkın tanınmasının prensip olarak benimsenmesini zorunlu kılıyorsa da, şirketin ancak bir ülkedeki kuruluşla ilgili formaliteleri yerine getirdiğinde ve oranın hukuk kurallarına uyduğunda somut olarak var olduğunu gözden kaçırmamalı. Bir başka deyişle, şirket ekonomik ve ticari faaliyetlerde bulunabilmek için geçerli olarak kurulmalı. Demek varlığı geçerli olarak kurulmasına bağlı.

Böylece, kanımca, ticari şirketlerin tanınması sorunu, şirketin geçerli kurulup kurulmadığının gözetilmesine indirgeniyor: şirket bir ekonomik gerçek olarak var; ama varlığı geçerli olarak kurulmuşsa somutlaşır. Öyle ise şirketin tanınması da kuruluşunun geçerliğine sıkıca bağlı.

Demek ki, yabancı şirket bir ülkede tanınmasını istediğinde, yargıç tanımaya karar verebilmek için şirketin geçerli olarak kurulup kurulmadığını araştırarak¹⁷. Bu araştırma şöyle olacaktır:

1 — Eğer şirket kurulduğu anda yargıcın ülkesi ile siyasi, ekonomik ya da hukuki bir bağla ilişki kurmuşsa¹⁸, yargıç şirketin geçerli olup olmadığını kendi «düzenleme biçiminde»¹⁹ arayacaktır. «Kendi düzenleme biçiminin» benimsediği «çözüm tipinin» öngördüğü yasa uyarınca şirketin kuruluşu geçerliyse, yargıç onun varlığını tanıyacaktır. Eğer şirket bu yasa uyarınca geçerli olarak kurulmamışsa, yargıç şirketin batıl olduğunu ileri sürecek, tanımayacaktır.

Durumu örneklerle belirteyim: yargıcın düzenleme biçimi şirketin kuruluşunu düzenleyecek çözüm tipi olarak yasalar çatışması ku-

17) RİGAUX, F.; Résumé des Cours de Droit International Privé, Université Catholique de Louvain, 1967, s. 92: yazara göre şirketin varlığı, yani tüzel kişiliğinin olup olmadığı bir yasalar çatışması konusu olarak ele alınmalı ve şirketin hukuki statüsüne ilişkin çatışmalara uygulanan yasa uygulanmalı.

18) Siyasi, hukuki, ekonomik bağdan ne anlaşılmalı gerektiği, ve bunların ticari şirketler açısından neler olduğu için, bkz. SAYMAN, Y. age. s. 44 vd.

19) Devletler hususi hukuku her devleti, yasalar çatışmasını kendi benimsediği biçimde çözümlenmekte özgür bırakır. Bu anlamda her devletin yasalar çatışmasını işlediği gibi çözümlenecek «düzenleme biçimi — mode de réglementation» vardır. «Düzenleme biçimi» devletler hususi hukukunda yasalar çatışmasını çözümlenmek için kullanılan metodların tümünü içerir. Gerçekten, yasalar çatışması değişik yollardan çözümlenebilir. Bir metotta, yasalar belirli hukuk kategorileri altında toplanıp uygulama alanları çizilir. «Türk vergi yasaları Türkiye'de oturan herkese uygulanır» dendiğinde kullanılan bu metoddur. Burada, başlangıçta bir yasa ele alınıp hangi insansal ilişkiye uygulandığı soruluyor. Doktrinde bu yasalar «doğrudan doğruya uygulanan yasalar» diye adlandırılır.

İkinci bir metotta, başlangıçta bir insansal ilişki ele alınır ve ona hangi yasanın uygulanacağı sorulur. «Evlenebilir eşlerin milli yasaları uygulanır» dendiğinde olduğu gibi. Bu metotta yasalar çatışması kuralları oluşturulmaktadır.

Üçüncü bir metotta, milletler arası nitelikte yasalar çatışması için oluşturulmuş ve doğrudan uygulanan maddi kurallar söz konusudur. İç hukuktaki çatışmalar değil, milletlerarası nitelikteki çatışmalara uygulanacak bu yasalara doktrinde «maddi devletler hususi hukuku kuralları» denmektedir.

Doğrudan doğruya uygulanan yasalar; yasalar çatışması kuralları; ve maddi devletler hususi hukuku kuralları, yasalar çatışmasında kullanılan «çözüm tipleri» dir. Her biri «düzenleme biçimi» nin somut olay için kullanacağı araçtır. Yani «düzenleme biçimi» bu üç «çözüm tipini» içerir.

Bu konuda bkz.; SAYMAN, Y.; Le dédoublement fonctionnel et la solution des conflits de lois en matière de sociétés commerciales, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1969, baskıda.

ralını benimsiyor ve «idare merkezi kıstası» ile, şirketin idare merkezinin bulunduğu ülke yasasına yetki tanıyor. Şirketin, yargıcın devletler hususi hukuku sistemi açısından geçerli olarak kurulmuş bulunması, idare merkezinin bulunduğu ülkedeki hukuk kurallarına ve kuruluş formalitelerine uymuş olmasına bağlı olacaktır²⁰. Şirket idare merkezinin bulunduğu ülkenin değil, örneğin kurulmuş olduğu ülkenin kurallarına uyarak varlığını kazanmışsa, bu, yargıcın devletler hususi hukuku açısından yeterli olmayacak, yargıç şirketi tanımayabilecektir.

2 — Eğer şirket kurulduğu anda yargıcın ülkesi ile siyasi, ekonomik, ya da hukuki bir bağla ilişki kurmamışsa, yargıç şirketin geçerli olup olmadığını bu kez «şirketin ilk olarak hukuki varlığını kazandığı kuruluş yerinin düzenleme biçiminde»²¹ arayacaktır.

Yine örneklerle belirtilirse: kuruluş yerinin düzenleme biçiminin çözüm tipi olarak yasalar çatışması kuralını benimsediğini, bu kuralın ise yine «idare merkezi» olduğunu kabul edelim. Kuruluş yeri devletler hususi hukuku sistemine göre, şirket idare merkezinin bulunduğu ülkenin yasalarına uygun olarak kurulmak gerekir. Yargıç ancak o zaman şirketi tanıyacaktır (Hatta yargıcın kendi düzenleme biçimi «işletme merkezi» kıstasını benimsememiş olsa bile. Zira, yargıç kendi düzenleme biçiminden değil, kuruluş yerinin düzenleme biçiminden hareket etmektedir). Kuruluş yeri düzenleme biçiminde «işletme merkezi» kıstası benimsenmiş olsa, fakat şirket idare merkezinin bulunduğu ülkenin yasalarına uygun kurulsaydı, yargıç bu şirketi tanımayacaktır. Hattâ yargıcın düzenleme biçiminden idare merkezi kıstasını benimsese bile. Zira, şirket kurulduğu yerin devletler hususî hukuku sistemine göre geçerli olarak kurulmamıştır ve yargıç kendi düzenleme biçiminden değil, kuruluş yerinin düzenleme biçiminden hareket etmektedir.

Şirketin tanınması için geçerli olarak kurulup kurulmadığının araştırılmasında bazı gözlemler yargıcı bağlar.

Tanımanın «kurucu niteliği» yoktur²². Şirketin varlığı herhan-

20) Bu örneklerin ayrıntılı olarak incelenmesi için, bkz. SAYMAN, Y.; age. s. 86 vd.

21) Çözümün neden «kuruluş yerinin düzenleme biçiminde» aranması gerektiği, bu yerin objektif olarak kendini kabul ettirdiği görüş için, bkz., ibid.

22) Belirtelim ki, tüzel kişiliğin hukukun yarattığı bir gerçek dışılık olduğunu, bu nedenle şirketin bihakkın tanınamayacağını ileri süren yazarlar dahi, bir yasa, anlaşma ya da hükümet tasarrufu ile gerçekleşen tanımanın kurucu niteliği olmadığını savunurlar. WEISS, A.; *Traité théorique et pratique de droit international privé*, cilt 4 2. bası 1914, s. 679; RUHLAND, C.; *Le problème des personnes morales en droit international privé*, *Recueil des Cours*, 1933 s. 449

gi bir ülkede kurulduğu andan itibaren başlar. Kurulustaki geçerliğin gözlemi ile şirketin var olduğu «açıklanır». Böylece, ekonomik bir gerçek olarak var olan şirketin hukuken somutlaştığı ortaya konur.

Tanıma şirketlerin tabiiyeti sorunuyla ilgili değildir. Aranan, bir ülkede kurulan şirketin diğer ülkede hangi koşullarla bihakkın var olacağıdır. Şirket var mıdır, yok mudur? o araştırılıyor. Tabiiyet sorunu, ancak şirket bir ülkede tanınmak değil, fakat yerleşmek istediğinde, ya da yabancı şirketlere tanınan haklardan yararlanmak istediğinde belirir. Şirketin tabiiyeti kaide olarak tanımayı etkilemez^{23'24}.

Tanıma şirketin eh'iyetini ,ya da yararlanabileceği hakları da etkilemez. Bu, yasalar çatışmasının konusudur; şirket tanınsa bile eh'iyeti olup olmadığını yasalar çatışması genel kuralları belirler. Ancak, tanınan şirket, tanıyan ülkede o tip şirketlerin haiz olduğu eh'iyetten fazlasına hak kazanmaz²⁵.

Nihayet, kamu düzeni şirketin bihakkın tanınmasını önleyebilir²⁶.

Şirketlerin, derneklerin, kurumların tüzel kişiliklerinin tanınmasına dair 1951 tarihli, henüz yürürlüğe girmemiş, milletler arası La Haye anlaşmasında, önerdiğimiz sistemin bir uygulama şekli bulunabilir²⁷.

23) Aksi kanı; GOLDMAN; La condition juridique des étrangers: problèmes concernant les personnes morales. Conférence retranscrite à l'usage des étudiants du C.U.E. de Nancy, 1967 - 1968, s. 17

24) Teorik olarak kaide bu olmakla beraber, uygulamada aksi yönde gelişmeler olmuştur. Örneğin, 30 Mayıs 1857 tarihli Fransız yasası Belçika şirketleri ile diğer ülke şirketleri arasında ayırım yaparak tanıma konusunda şirketin tabiiyetini göz önünde tutmuştur. Bu yasa uyarınca çıkartılan kararnamelerde belirli bir ülkenin tüm şirketlerini tanıma yoluna gidilmiştir.

Ancak hemen belirtelimki, bu yasa, o günün politik havası içinde istisnadır.

25) LOUSSOUARN, Y.; Juris classeur Droit international, fosc. 564/B.

26) LAURENT; age. c. 4 s. 232

PILLET; Principes de Droit International Privé, Paris 1903 s. 518.

VALERY, J.; Manuel de Droit International Privé, Paris 1914 s. 1261.

MICHOUD, L.; La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 3 bası, Paris, 1932, s. 366.

27) De la MORANDIERE, L.; La VII e session de la Conférence de la Haye de Droit International Privé, Clunet 1952, s. 1070.

LOUSSOUARN, Y.; La conférence de la Haye du Droit International Privé et le Droit International de commerce, Revue Trimestrielle de Droit Comparé, 1952, s. 21.

Anlaşmanın bir ve ikinci maddelerinden «kurulduğu ülkenin yasalarına uyarak geçerli olarak kurulan şirketin, taraf ülkelerin her birinde, idare merkezleri kuruldukları ülkede bulunması bile, tanınacakları; ancak «gerçek idare merkezi» kriterini benimseyen taraf ülkelerin isterlerse, idare merkezi kendi ülkesinde, ya da aynı kıstası benimsemiş bir diğer ülkede bulunan şirketleri tanımayabilecekleri» çıkmaktadır.

Bu maddeler şöyle açıklanabilir²⁸:

Kuruluş yeri yasasına uygun olarak gerçekleşen şirketin bihakkın tanınması, tanınmanın istendiği ülke yargıcının şirketin kuruluşundaki geçerliği, şirket kurulduğu anda kendi ülkesi ile hukuki, siyasi, ekonomik bir bağla ilişki kurmamış olmak şartıyla, kuruluş yeri ülkesinin «düzenleme biçiminde» arayacağını kanıtlar.

Aksine, şirket kurulduğu anda kendi ülkesi ile hukuki, siyasi, ekonomik bir bağla ilişki kurmuşsa, yargıç kuruluşun geçerli olup olmadığını kendi düzenleme biçimine göre belliyecektir. Eğer kendi düzenleme biçimi bu konuda çözüm tipi olarak yasalar çatışması kuralını benimsemişse, ve öngörülen kıstasda «idare merkezi» ise, yargıç şirketin idare merkezinin bulunduğu ülke yasasına göre kurulmuş olmasını isteyecektir. Şirket bu yasaya göre geçerli olarak kurulmuşsa, ya da geçerli olarak kurulmakla beraber idare merkezinin yabancı ülkede bulunması kendi yasalarına karşı hile teşkil ediyorsa, yani aslında gerçek idare merkezinin kendi ülkesinde bulunması gerekiyorsa, yargıç şirketi tanımayacaktır. Şirketin gerçek idare merkezi aynı kıstası benimseyen bir devlet ülkesindeyse, yargıç kendi düzenleme biçimine uyarak, kuruluş yeri yasasına göre geçerli

28) Madde 1 — Bir şirketin, derneğin ya da kurumun, ülkesinde statüter idare merkezinin bulunduğu ve ilân ve tescil muamelelerini yerine getirdiği akid devlet yasalarına uygun olarak kazandığı tüzel kişiliği, diğer akid devletlerin ülkesinde bihakkın tanınacaktır,.. vd.

İlân ve tescil muameleleri yerine getirilmeden kazanılan tüzel kişilik, eğer şirket, dernek ya da kurum bunu düzenleyen yasaya uygun olarak kurulmuşsa yine aynı koşullarla bihakkın tanınacaktır.

Madde 2 — Bununla beraber, birinci madde hükümleri uyarınca kazanılan tüzel kişilik, «gerçek idare merkezi» kıstasını benimseyen akid devlet ülkesinde, o devlet gerçek idare merkezini kendi ülkesindeymiş gibi gözetirse, tanımayabilecektir.

Tüzel kişilik, gerçek idare merkezi kıstasını benimseyen akid devlet ülkesinde, gerçek idare merkezinin aynı kıstası benimseyen bir diğer akid devlet ülkesinde bulunması halinde, tanımayabilecektir.

olarak kurulan şirketi tanımayacaktır (kendi düzenleme biçiminde kuruluş yeri değil, gerçek idare merkezi kıstası benimsendiğinden).

Müşterek Pazar'ı kuran Roma Antlaşmasının 220/3 maddesi uyarınca hazırlanan «şirketlerin ve tüzel kişilerin tanınmasına dair anlaşma» da değişik bir sistem benimsenmiştir.

Anlaşmaya göre şirketler, şu iki koşul birlikte oluşmuşsa, tanınacaklardır: 1 — Akid devletlerden birinin yasasına uygun olarak kurulmuşlarsa, 2 — Statüiter idare merkezleri topluluğu üye devletlerden birinin ülkesinde bulunuyorsa.

Bu iki koşul oluştuğunda, artık yargıç kuruluştaki geçerliği kendi düzenleme biçiminin yetkili kıldığı yasa uyarınca belirleyemeyecektir. Örneğin, yargıcın düzenleme biçiminde öngörülen kıstas «gerçek idare merkezi» olsa ve şirketin gerçek idare merkezi yasalarına uygun olarak kurulduğu ülkede bulunmasa, yargıç bu şirketi tanımamazlık edemeyecektir²⁹.

Bununla beraber, anlaşmanın 3. maddesi uyarınca, akid devlet ülkesinde kurulmuş ve statüiter idare merkezide orada bulunan şirket, gerçek idare merkezi topluluğa üye devletlerin ülkesinde değilse, ve faaliyetleri üye devletlerden birinin ekonomisiyle devamlı bir ilişki göstermiyorsa, tanınmayabilir. Yani şirket tanınmak için topluluğun ekonomisiyle bağlı bulunmalı³⁰.

29) Ancak belirtelim ki, anlaşma uygulama alanı yalnız ekonomik topluluğa dahil ülkeleri kapsadığından ve bu ülkelerin şirketlerin kuruluşlarına ait yasalarında büyük ayrılıklar bulunmadığından, fiilen bizim önerdiğimiz sistemin benimsenmesini zorlaştırmaz. Zaten Müşterek Pazar içinde şirketlere uygulanacak yasaların yakınlaştırılmasına çalışıldığından, kuruluşun şu ya da bu üye yasasına göre değerlendirilmesi uygulamada önemini kaybetmektedir. Buna örnek olarak, şirketin kuruluşundaki butlan hallerini ve butlanın etkilerini azaltmak amacıyla, şirket statüsünün ilânı, şirketin üçüncü şahıslara karşı giştiği taahhütlerin geçerliğini ve şirketin butlanı sorunlarını düzenleyen direktifi gösterebiliriz (14 Mart 1968 tarihli Topluluk Resmi Gazetesi).

30) GOLDMAN, BERTHOLD; Rapport concernant le projet de Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, Müşterek Pazar yayını.