

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Uluslararası Ticarî Tahkimde
Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili

Emre Esen
2502020145

Tez Danışmanı Prof. Dr. Cemal Şanlı

İstanbul 2008

ÖZ

Tahkim anlaşması tahkimin temelini teşkil eder. Geçerli bir tahkimin varlığı için öncelikle geçerli bir tahkim anlaşması bulunmalıdır. Buna karşılık iç içe geçmiş sözleşmelerden oluşan karmaşık ticarî ve ekonomik ilişkilerin, çok katlı hukukî yükümlülüklerin ve iç içe geçmiş şirket yapılarının yer aldığı modern uluslararası ticaret tatbikatında üçüncü kişilerin dâhil olduğu uyuşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır. İşte bu tür uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasına açık bir irade beyanıyla rıza göstermemiş bulunan üçüncü kişilere, bu kişilerin birtakım tutum veya davranışlarının, tahkim anlaşmasına rıza gösterdikleri şeklinde yorumlanması suretiyle teşmil edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu çalışma, tahkim anlaşmalarının, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusunun cevabını aramaktadır.

ABSTRACT

The foundation of arbitration is the arbitration agreement. If there is to be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate. However disputes involving third parties are inevitable in the context of modern international business transactions that typically involve complex webs of interwoven agreements, multilayered legal obligations and interposition of numerous entities. In these kind of disputes, sometimes it is observed that the arbitration agreement may be extended to third parties according to annotation of their attitudes and behaviours as a consent to arbitration agreement although they had never disclosed an express declaration of intent for that arbitration agreement. This study attempts to address the possibility of extension of arbitration agreements to third parties.

ÖNSÖZ

Çalışmanın amacı, tahkim anlaşmasının, tarafı olmayan kişiler bakımından da hüküm ifade etmesinin, bir başka ifadeyle tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmasının mümkün olup olmadığı sorusuna cevap bulmaktır.

Prensip olarak tahkim anlaşmasından doğan hak ve borçlar nisbî niteliktedir; sadece tahkim anlaşmasına taraf olanlar tahkime gitme hak ve yükümlülüğüne sahiptir. Tahkim anlaşmasına taraf olmayanların tahkim anlaşmasına dayanma yahut tahkim anlaşmasına tâbi kılınma imkânı, kural olarak bulunmamaktadır. Ne var ki, tahkimin bu ihtiyarî niteliğine rağmen, birçok mahkeme ve hakem kararı ile doktrin tarafından açıkça ortaya konulduğu üzere, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin tahkime gitmekle yükümlü kılındığı bazı haller kabul edilmektedir.

Tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasına açık bir irade beyanıyla rıza göstermemiş bulunan üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan esas, “*üçüncü kişi konumundaki şahsın bir tutum veya davranışının, tahkim anlaşmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanması*” şeklinde kısaca ifade etmek mümkündür.

Bahse konu haller çerçevesinde üçüncü kişiye teşmili zorunlu kıldığı öne sürülen uluslararası ticaretin ihtiyaçları ile tahkim anlaşmasının ancak kendisiyle bağlanma iradesini tereddüde mahâl bırakmayacak şekilde ortaya koyan kişileri bağlayabileceği sonucuna götüren tahkimin akdî/iradî/ihtiyarî niteliği karşı karşıya gelmektedir.

Uluslararası ticarî tahkim türlü disiplinler arasında köprü görevi görür; hukukun çeşitli dallarına ait hukukî kategorilerle ve bilginin diğer alanlarıyla karşılaşır ve onları kapsar. Uluslararası ticarî tahkime dair doktrin ve uygulamanın cazibesi, sadece hatırı sayılır maddî menfaatlerin konu olmasından değil, aynı

zamanda hukukun, maddî ve usulî tüm alanlarının kesişme noktasında yer alan entellektüel boyutundan da kaynaklanmaktadır. Milletlerarası ticarî tahkim, millî ve milletlerarası hukukun, özel hukuk ve kamu hukukunun, maddî hukuk ve usûl hukukunun ve daha geniş bir bakış açısıyla hukuk, iktisat ve siyaset ilimlerinin ortasında yer alır.¹ Bu çalışmada, uluslararası ticarî tahkimin anılan vasıfları bir araya gelmektedir. Zira çalışma kapsamında cevabını aradığımız soruyu ele alırken, medenî hukuka, borçlar hukukuna, usûl hukukuna, idare hukukuna, ortaklıklar hukukuna, deniz ticareti hukukuna, uluslararası ticaret hukukuna ve kanunlar ihtilâfi hukukuna ait mefhum ve meselelere temas etme zorunluluğu hâsıl olmuştur.

Çalışma esnasında karşılaştığımız en büyük zorluk, hakem kararlarının metinlerine ulaşmada söz konusu olmuştur. Tahkimin özel bir yargılama usûlü olmasından ve tahkimin tercih edilmesinin en başta gelen sebepleri arasında *mahremiyetin* yer almasından ötürü, çalışmada yer verdiğimiz hakem kararlarının önemli bir kısmı, bu davalarda bilfiil yer almış kişiler tarafından yazılan monografilerden alınmıştır.

Çalışmada yararlanılan kaynakların büyük çoğunluğu, değerli arkadaşım Av.Vasfi Cem Ertutkun sayesinde temas ettiğimiz internet veritabanları üzerinden elde edilmiştir. Bunun dışında, Alman Akademik Değişim Servisi'nin (DAAD) verdiği burs vasıtasıyla, Münih Eyalet Kütüphanesi'nden ve Münih Ludwig Maximilian Üniversitesi Kütüphanesinden de istifade edilmiştir.

Bu çalışmanın hazırlanmasında katkısı bulunanlara edilecek teşekkürün en büyüğünü, gösterdiği sabır ve verdiği destekten ötürü sevgili eşimin hak ettiği kanısındayım.

Bu meseleyi tez konusu olarak öneren, verdiği fikirlerle çalışmayı hep bir adım ileri taşıyan ve yetişmemizde çok büyük paya sahip olan tez danışmanım Hocam Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya; çalışmamıza bu konunun seçilmesini destekleyen

¹ Eduardo Silva-Romero, "ICC Arbitration and State Contracts", **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Vol.13, No.1, Spring 2002 s.34.

ve değerli görüşlerini esirgemeyen Hocam Prof. Dr. Ergin Nomer'e; Tez İzleme Komitesi yeliğini formalitenin ötesinde görüp çalışmamızla ciddi olarak ilgilenen Doç. Dr. Aydın Gülan'a; desteklerini her zaman açıkça hissettiğim Hocalarım Prof. Dr. Günseli ztekin Gelgel'e ve Doç. Dr. B. Bahadır Erdem'e; üzerimde büyük emekleri bulunan ve kürsüye dâhil olduğum günden beri desteklerini esirgemeyen saygıdeğer Hocalarım Prof. Dr. Glren Tekinalp ve Prof. Dr. Aysel elikel'e sonsuz Őükranlarımı sunuyorum. Ayrıca, kendi tez çalışması için bulunduğu İngiltere'den, değerli vaktini ayırarak bana ulaştırdığı kaynaklarla çalışmama katkı sağlayan ve desteğini her daim yanımda hissettiğim sevgili dostum Dr. Faruk Kerem Giray'a; çalışmanın son zamanlarında üzerimizdeki yükü azaltmak suretiyle sağladığı destek için sevgili arkadaşım Araç. Gör. Mine Tan'a; tercmelerdeki yardımlarından dolayı Annem Fatma Esen'e ve sevgili Pelin Kalenderli'ye ve ayrıca kaynaklara ulaşmamdaki yardımlarından ötürü değerli arkadaşlarım Dr. Hasan Sınar, Av. Özgür olpan ve Av. Bennar Balkaya'ya çok teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ / ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1
I. TAHKİM ANLAŞMASININ TARAFLARI.....	6
A. GENEL OLARAK	6
B. TAHKİM ANLAŞMALARININ NİSBİLİĞİ.....	9
1. Genel Olarak.....	9
2. Tahkim Anlaşmasının Nisbîliği Prensibinin İstisnaları: Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmil Edildiği Haller	12
a. Genel Olarak.....	12
b. Tahkim Anlaşmasının Nisbîliği Prensibinin Yasal İstisnaları	12
c. Tahkim Anlaşmasının Nisbîliği Prensibinin Diğer İstisnaları	14
C. TAHKİM ANLAŞMALARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE TAHKİM ANLAŞMALARININ YORUMLANMASINA İLİŞKİN PRENSİPLERİN ROLÜ	16
D. TAHKİM ANLAŞMALARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE TAHKİM ANLAŞMALARININ ZİMNÎ YAHUT FARAZÎ İRADE BEYANIYLA AKDEDİLME İMKÂNININ ROLÜ	21
E. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE MESELE HAKKINDA KARAR VERME YETKİSİNİN ROLÜ	38
1. Genel Olarak.....	38
2. Anglo Sakson Hukuku.....	41
3. Kıta Avrupası Hukuku.....	44
4. Değerlendirme	46
F. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE TAHKİM ANLAŞMASIYLA ESAS SÖZLEŞME ARASINDAKİ İLİŞKİNİN ROLÜ	47
1. Genel Olarak.....	47
2. Anglo Sakson Hukuku.....	52
3. Kıta Avrupası Hukuku.....	54
4. Değerlendirme	60
G. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE YAZILI ŞEKİL ZORUNLULUĞUNUN ROLÜ.....	61

II. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE UYGULANACAK HUKUK.....	67
A. GENEL OLARAK.....	67
B. MADDÎ HUKUK MÜESSESELERİ VASITASIYLA TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE UYGULANACAK HUKUK.....	67
1. Genel Olarak.....	67
2. Lex Mercatoria	70
3. Geleneksel Kanunlar İhtilâfî Tekniği	73
a. Genel Olarak.....	73
b. Üçüncü Kişiyeye Teşmil Meselesinin Hakem Heyetinin Önünde İleri Sürülmesi Hâlinde Uygulanacak Hukuk.....	74
c. Üçüncü Kişiyeye Teşmil Meselesinin Mahkemelerde İleri Sürülmesi Hâlinde Uygulanacak Hukuk.....	77
i. Üçüncü Kişiyeye Teşmil Meselesinin Mahkemelerde Bir Tespit Talebi Şeklinde İleri Sürülmesi Hâlinde Uygulanacak Hukuk	77
ii. Üçüncü Kişiyeye Teşmil Meselesinin Hakem Kararının İptali Yahut Tenfizi Aşamalarında İleri Sürülmesi Hâlinde Uygulanacak Hukuk	81
4. Değerlendirme	90
C. USÛL HUKUKU MÜESSESELERİ VASITASIYLA TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE UYGULANACAK HUKUK.....	94

III. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİL EDİLDİĞİ HALLER.....

A. MADDÎ HUKUK MÜESSESELERİ VASITASIYLA TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ	97
1. Temsil Teorisi.....	97
a. Genel Olarak.....	97
b. Anglo Sakson Hukuku	99
c. Kıta Avrupası Hukuku	102
d. Değerlendirme.....	107
2. Ortaklar ve Ortaklıklar Arasındaki İlişki.....	109
a. Genel Olarak.....	109
b. Adî Ortaklık	109
c. Grup Şirketler Doktrini	112
i. Genel Olarak	112
ii. Grup Şirketler Doktrinini Benimseyen Yaklaşım.....	118
iii. Grup Şirketler Doktrinini Reddeden Yaklaşım	132
iv. Değerlendirme.....	145
d. Ortaklık İçi Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişi Konumundaki Üyelere Teşmili	153

3. Halefîyet.....	157
a. Genel Olarak.....	157
b. Küllî Halefîyet.....	159
i. Genel Olarak.....	159
ii. Anglo Sakson Hukuku.....	159
iii. Kıta Avrupası Hukuku.....	163
iv. Değerlendirme.....	169
c. Cüzî Halefîyet.....	170
i. Genel Olarak.....	170
ii. Tahkim Şartı İçeren Konişmentonun Devri.....	171
(1) Genel Olarak.....	171
(2) Tahkim Anlaşmasının Atıf Yoluyla İthal Vasıtasıyla Akdedilmesi.....	172
(3) Konişmentonun Devri.....	191
(a) Genel Olarak.....	191
(b) Anglo Sakson Hukuku.....	192
(c) Kıta Avrupası Hukuku.....	196
(d) Değerlendirme.....	200
iii. Alacağın Temliki.....	202
(1) Genel Olarak.....	202
(2) Anglo Sakson Hukuku.....	204
(3) Kıta Avrupası Hukuku.....	210
(4) Değerlendirme.....	224
iv. Sigortacının Halefîyeti.....	228
(1) Genel Olarak.....	228
(2) Anglo Sakson Hukuku.....	228
(3) Kıta Avrupası Hukuku.....	230
(4) Değerlendirme.....	234
4. Garanti Sorumluluğu.....	236
a. Genel Olarak.....	236
b. Anglo Sakson Hukuku.....	239
c. Kıta Avrupası Hukuku.....	243
d. Değerlendirme.....	246
5. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme.....	247
a. Genel Olarak.....	247
b. Anglo Sakson Hukuku.....	248
c. Kıta Avrupası Hukuku.....	256
d. Değerlendirme.....	261
6. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	263
a. Genel Olarak.....	263

b. Çelişkili Davranış Yasağı.....	266
i. Genel Olarak	266
ii. Anglo Sakson Hukuku	266
iii. Kıta Avrupası Hukuku	274
iv. Değerlendirme.....	279
c. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	282
i. Genel Olarak	282
ii. Anglo Sakson Hukuku	287
iii. Kıta Avrupası Hukuku	295
iv. Değerlendirme.....	300
7. Devlet Birimleri yahut Teşebbüsleri Tarafından Akdedilen Tahkim Anlaşmalarının Devlete Teşmili.....	302
a. Genel Olarak.....	302
b. Devlet Birimleri Tarafından Akdedilen Tahkim Anlaşmaları	304
c. Devlet Teşebbüsleri Tarafından Akdedilen Tahkim Anlaşmaları.....	310
d. Değerlendirme.....	320
8. Farklı Taraflarca Akdedilen Farklı Sözleşmeler Arasındaki Bağlantı	324
a. Genel Olarak.....	324
b. Taraflar Farklı Olmakla Beraber Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Şartlarının Aynı veya Birbirine Uygun Olması	326
c. Tarafların Farklı Olmasının Yanında Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Şartlarının Aynı veya Birbirine Uygun Olmaması.....	329
d. Farklı Taraflarca Akdedilen Farklı Sözleşmelerden Birinin Tahkim Şartı İçermemesi veya Aksine Mahkeme Lehine Yetki Şartı İçermesi.....	331
e. Tahkim Yargılamasının Davalılardan Biri Tarafından Diğer Bir Davalıya Karşı İleri Sürülen Talepler.....	343
f. Değerlendirme	344
B. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE KULLANILAN USÛL HUKUKU MÜESSESELERİ.....	346
1. Genel Olarak.....	346
2. Üçüncü Kişilerin Davaya Dâhil Edilmesi Suretiyle Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili.....	347
3. Farklı Taraflarca Akdedilen Tahkim Anlaşmalarına İstinaden Yürütülen Farklı Tahkim Yargılamalarının Birleştirilmesi Suretiyle Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili	360
4. Üçüncü Kişiler Bakımından Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi	374
5. Grup Davaların Tahkimde Görülmesi	380
SONUÇ.....	390
BİBLİYOGRAFYA	409

KISALTMALAR LİSTESİ

A	: Atlantic Reporter
AAA	: American Arbitration Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AC / App Cas	: Law Reports, Appeal Cases
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AG	: Aktiengesellschaft
AIA	: American Institute of Architects
AIR	: All India Reporter
All ER	: All England Law Reports
AMC	: American Maritime Cases
App	: Appeal
Arb / ARB	: Arbitration / Arbitrage
ASA	: Association Suisse de l'Arbitrage
Ass'n	: Association
AŞ	: Anonim Şirketi
ATF / BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
AWD	: Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Betriebs Berater
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE / ATF	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
BLR	: Business Law Reports
BM	: Birleşmiş Milletler
BR	: Bankruptcy Reports
Bull	: Bulletin
c/	: contre
C	: Cilt

CA	: Cour d'Appel / Court of Appeals
Cal Rptr	: California Reporter
CAS	: Court of Arbitration for Sports
CEO	: Chief Executive Officer
CEPANI	: Centre belge d'Arbitrage et de Médiation
Ch	: Law Reports, Chancery Division
CIF	: Cost Insurance Freight
CILL	: Construction Industry Law Letter
Cir	: Circuit
Civ / CIV	: Civil
cl	: clause
CNMI	: Commonwealth of the Northern Mariana Islands
Co	: Company
Com LR	: The Commonwealth Law Reports
Comm	: Commercial
Corp	: Corporation
cp	: charterparty
Ct	: Court
D / Dist	: District
DLR	: Dominion Law Reports
dn	: dipnot
DNJ	: District of New Jersey
DÖH	: Devletler Özel Hukuku
E	: Esas
Ed / ed	: Editör
ED	: Eastern District
EWHC	: England and Wales High Court
f	: fikra
F Supp	: Federal Supplementary
F 2d	: Federal Supplementary Second Series
F 3d	: Federal Supplementary Third Series
FAA	: Federal Arbitration Act

FCR	: Federal Court Reports
FOSFA	: Federation of Oil Seeds and Fats Association
F/V	: Fishing Vessel
GAFTA	: The Grain and Feed Trade Association
GENCON	: Uniform General Charter
GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GSM	: Global System for Mobile
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
http	: hypertext transfer protocol
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
ICC	: International Chamber of Commerce
ICCA	: International Council for Commercial Arbitration
ICSID	: International Center for Settlement of Investment Disputes
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
ILM	: International Legal Materials
Inc	: Incorporated
Int'l	: International
JCT	: Joint Contracts Tribunal
JZ	: Juristen Zeitung
K	: Karar
kg	: kilogram
KB	: Law Reports, King's Bench
KG	: Kommanditgesellschaft
La	: Louisiana Reports
LCIA	: London Court of International Arbitration
Lloyd's Rep /LLR	: Lloyd's Law Reports
LR	: Law Reports
Ltd	: Limited
m	: madde

MD	: Maryland
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medenî Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
MS	: Motor Ship
m/t	: metrik ton
M/T	: Motor Tanker
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
M/V	: Motor Vessel
N / No	: Numara
ND	: North Dakota
NE	: North Eastern Reporter
NJA	: Nytt Juridiskt Arkiv
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NY	: New York Reports
P	: The Pacific Reporter
P&I	: Protection and Indemnity
Plc	: Public Limited Company
RDJ	: Revue de Droit Judiciare
QBD	: Queen's Bench Division
Rev Arb	: Revue de l'Arbitrage
RG	: Resmî Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	: Recht der internationalen Wirtschaft
RJQ	: Quebec Law Reports
s	: sayfa
S	: Sayı
S Ct / Sup. Ct	: Supreme Court Reporter
SA	: Société Anonyme
San	: Sanayi
SASR	: South Australian State Reports
SchH	: Schleswig Holstein

SchiedsVZ	: Zeitschrift für Schiedsverfahren
SD	: South Dakota
SDNY	: Southern District of New York
SIAC	: Singapore International Arbitration Centre
So	: Southern Reporter
SpA / SPA	: Società per Azioni
SS	: Steam Ship
Şti	: Şirketi
T	: Tarih
TAŞ	: Türk Anonim Şirketi
TCI	: Turks and Caicos Islands
Tic	: Ticaret
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UK	: United Kingdom
UKPC	: United Kingdom Privicy Council
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNEC	: United Nations Economic Commission
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
US	: United States
USA	: United States of America
v	: versus
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
Vol	: Volume
WD	: Western District
WL	: Westlaw
www	: world wide web
Y	: Yargıtay
YBCA	: Yearbook Commercial Arbitration
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Tahkim bir anlaşmaya istinat eder. Bu yüzden sadece tahkim anlaşmasına taraf olan kişiler bir tahkim yargılamasına katılmaya zorlanabilir ve hakem heyeti tarafından verilmiş bir kararla bağlı kılınabilir. Hakemler yetkilerini tarafların anlaşmasından alır ve bu itibarla tahkim yargılamaları kural olarak tahkim anlaşmasının tarafları arasında cereyan eder. Buna karşılık bazı hallerde tahkim talebinin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişiye karşı veya böyle bir kişi tarafından ileri sürüldüğüne rastlanmaktadır. Bu durumda tahkim anlaşmasının, üçüncü kişilere teşmil edilip edilemeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır¹. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesi, uluslararası ticarî tahkim hukukunun en zor ve uluslararası ticarete küreselleşme olgusundan ötürü en önemli konularından biri olarak gösterilmektedir.²

Uluslararası nitelikli projelerde birçok katılımcının bulunması olağandır. Her bir katılımcı, projenin, finansman, siyasî otorite, *know-how*, donanım temini, insan kaynakları gibi yönlerini üstlenmek üzere projeye dâhil olur. Bundan dolayı, bir projenin realize edilmesi, farklı ülkelerden birçok farklı katılımcı tarafından akdedilen çeşitli sözleşmeleri içerir. Her bir sözleşme farklı taraflar arasında akdedilmekte ve farklı amaçlar gütmektedir ve her birinin ayrı birer ekonomik ve hukukî felsefesi mevcuttur.³ Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi [(LCIA) London Court of International Arbitration] kayıtlarına göre, LCIA nezaretinde yürütülen tahkim yargılamalarının yarısından fazlasında ikiden fazla taraf; Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Divânı nezaretinde 1984–1988 yıllarında yürütülen tahkim yargılamalarının %21’lik oranında ise üç veya daha fazla taraf yer

¹ Sigvard Jarvin, “The Group of Companies Doctrine”, **ASA Special Series No.8**, 1994, s.181.

² Marc Blessing, “The Arbitration Agreement - Its Multifold Critical Aspects”, **ASA Special Series No.8**, 1994, s.18.

³ Michel Dubisson, “Arbitration in Subcontracts for International Projects”, **Journal of International Arbitration**, Vol:1, No:3, 1984, s.201; Christophe Dugué, “Dispute Resolution in International Project Finance Transactions”, **Fordham International Law Journal**, Vol.24, 2001, s.1064, 1069.

almıştır.⁴ Bilhassa denizcilik, sigorta ve inşaat sektörleri, birden çok tarafın yer aldığı karmaşık ticarî faaliyetlerle en çok karşılaşılan sektörlerdir⁵.

Bu tür durumların tipik örneği; üretici, toptancı, perakendeci ve müşteri arasında akdedilen sözleşmeler ve bu sözleşmelere konu üründe bir kusur çıkmasıdır. Bunun yanında bir tarafta donatan ile esas kiracının ve diğer tarafta esas kiracı ile alt kiracının yer aldığı denizcilikle ilgili sözleşmeler de bu konuda önemli bir örnek teşkil eder. Büyük ölçekli enerji santrallerinin inşasında da işveren, danışmanlar, planlamacılar, esas yüklenici, alt yükleniciler ve tedarikçilerin yer aldığı ilişkiler yumağında bir uyuşmazlık çıktığında bu durumla karşılaşılması kaçınılmazdır.⁶

Uluslararası ölçekli inşaat projelerinde çoğu kez farklı ülkelerden şirketlerin taraf oldukları birbirinden hukuken bağımsız bulunan birçok sözleşmenin meydana getirdiği bir sözleşme ağı söz konusu olur. Meselâ işveren ile mimar, mühendis ve yüklenici arasında hukuken birbirinden ayrı sözleşmeler akdedilir. Bunun yanında yüklenici, işverenle yaptığı sözleşmeden bağımsız olarak, alt yüklenicilerle sözleşmeler akdeder. Tüm bu sözleşmelerin hukuken birbirinden bağımsız olmasının sonucu olarak, bu sözleşmelerin herhangi birinden kaynaklanan bir uyuşmazlık, farklı davaların açılmasına neden olacak dalgalanma etkisi yaratır. Esas yüklenici ile alt yüklenici arasındaki bir uyuşmazlığın esas sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden tahkime tâbi kılınması ilk bakışta imkânsız görünmektedir. İşveren ve alt yüklenici arasında da bir sözleşme ilişkisinden bahsedilemez. Her ne kadar esas sözleşme ve buna bağlı olarak akdedilen alt sözleşmeler ekonomik olarak bir bütün

⁴ Martin Platte, “When Should an Arbitrator Join Cases?” **Arbitration International**, Vol:18, No:1, 2002, s.67.

⁵ Michael F Hoellering., “International Arbitration Agreements: A Look Behind the Scenes,” **Dispute Resolution Journal**, Vol:53, November 1998, s.41.

⁶ Fritz Nicklish, “Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitbeilegung bei Grossprojekten,” **Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag**, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1994, s.222; Fritz Nicklish, “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects”, **Journal of International Arbitration**, Vol:11, No:4, December 1994, s.58; Werner Melis, “Praktische und prozedurale Probleme mit Mehrparteienschiedsgerichten bei komplexen Langzeitverträgen”, **Der komplexe Langzeitvertrag**, Ed: Fritz Nicklish, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, s.571.

teşkil etse de hukukî açıdan farklı sözleşme ilişkileri mevcut görünmektedir.⁷ Bahse konu sözleşmelerde birer tahkim şartının bulunması ve bu tahkim şartlarına istinaden farklı tahkim yargılamalarının yürütülmesi hâlinde, birbiriyle uyuşmayan hakem kararları ortaya çıkabilir. Meselâ işveren, inşaattaki kusurlardan ötürü tazminat talep etmek istediğinde, tahkim anlaşmasının nisbîliği prensibinden ötürü kusurun kaynağı olan alt yükleniciye değil, aralarında sözleşme ve tahkim şartı bulunan esas yükleniciye yönelmek durumunda kalır. Esas yüklenici de ilgili alt yüklenicinin sorumluluğuna gidecektir ki burada esas yüklenicinin bulunduğu konuma '*ortadaki adam*' (*man-in-the-middle*) denmektedir.⁸

Deniz taşımacılığı faaliyeti de çoğu kez ikiden fazla taraf arasında akdedilen birden çok sözleşmenin varlığını gerektirir. Meselâ donatan (A) ile akdettiği zaman charteri sözleşmesine istinaden faaliyette bulunan kiracı (B) ile (C) arasında bir sefer charteri sözleşmesi akdedilmesi olasılığında (B), (A) ile (C) arasında '*ortadaki adam*' konumundadır. Bu ilişkinin yapısından ötürü (B) ile (C) arasındaki sözleşme çoğu zaman (A) ile (B) arasındaki sözleşme hükümleriyle özdeş hükümler ihtiva eder. (C) tarafından gemiye verilen zararın tazminini talep etmek isteyen (A), (C) ile arasında bir sözleşme bulunmadığından ötürü bu talebini (B)'ye karşı ileri sürmek durumunda kalacak ve ortadaki adam (B) de (C)'ye rücu edecektir.

Geleneksel uluslararası ticarî tahkimin, birden çok sözleşme ve/veya ikiden çok taraf içeren karmaşık uyuşmazlıklar konusunda her zaman tatmin edici çözümler getirdiğini söylemek mümkün görünmemesine rağmen⁹, bütün bu karmaşık sözleşme yapılarının oluşturduğu uluslararası ticarî faaliyetlerden doğabilecek uyuşmazlıkların en uygun ve en etkin çözüm yolu olma özelliğini muhafaza ettiği ifade edilmektedir. Zira akdettikleri sözleşme için bir tahkim anlaşması yapmayan taraflar, bu

⁷ Giorgio Bernini, "Arbitration in Multi-Party Business Disputes", **YBCA**, Vol:5, 1980, s.294; Dubisson s.197; Bernd Von Hoffmann, "Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit und Internationale Handelskammer", **Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag**, Aschendorff Verlag, Münster, 1987, s.112.

⁸ Matthew D. Schwartz, "Multiparty Disputes and Consolidated Arbitrations: An Oxymoron or the Solution to a Continuing Dilemma?", **W. Res. Journal International Law**, Vol:22, 1990, s.344.

⁹ Philippe Leboulanger, "Multi-Contract Arbitration", **Journal of International Arbitration**, Vol:13, No:4, 1996, s.43.

sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların, istemedikleri bir ülke mahkemesinde ve bu ülke hukukunun aşına olmadıkları kanunlar ihtilâfî kurallarının gösterdiği maddî hukuk kuralları vasıtasıyla çözümlenmesine katlanmak durumunda kalabilir.¹⁰

Çok taraf ve/veya sözleşme içeren uluslararası ticarî ve ekonomik uyuşmazlıklar bakımından da en elverişli uyuşmazlık çözme yöntemi olarak tahkim gösterilmektedir¹¹. Bu tür ilişkiler bakımından ideal olan, çok taraflı uyuşmazlığın kaynağını teşkil eden sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının, ilgili herkesin tahkim yargılamasına katılabilmesini öngörecektir surette dizayn edilmesidir. Zaten böyle bir olasılık, bu çalışmada çözümü aranan sorunun doğmamış olması anlamına gelir. Ne var ki temas ettiğimiz mahkeme ve hakem kararları, bu olasılığın her zaman gerçekleşmediğini ve çok taraflı sözleşmelerin bünyesine uygun tahkim şartlarının tanzim edilmemesinden ötürü tatbikatta üçüncü kişiye teşmili meselesiyle sıkça karşılaşıldığını ortaya koymaktadır.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusunun tam kalbinde, tahkimin iradî/ihtiyarî olduğu yönündeki temel prensibin yatmakta olduğu kabul edilmekte ve bu itibarla mesele, tahkim anlaşmasının geçerliliği kapsamında ele alınmaktadır.¹² Ortada bir tahkim anlaşmasının bulunmaması yahut mevcut tahkim anlaşmasının geçersiz olması, hakem kararının iptali yahut tenfizinin reddi için en temel gerekçelerden biridir. Bu nedenle çalışmanın birinci bölümünde tahkim anlaşmasının geçerli bir biçimde kurulması ve taraflarının tayini ele alınacaktır. Bu bağlamda, tahkim anlaşmasının nisbî karakteri, tahkim anlaşmalarının yorumlanmasına ilişkin prensipler, tahkim anlaşmalarının zımnî yahut farazî irade beyanıyla akdedilme imkânı, tahkim anlaşmasının taraflarının tayini yetkisinin kimde olduğu ve son olarak da tahkim anlaşmasının taraflarının tayininde bağımsızlık prensibinin ve yazılı şekil zorunluluğunun rolü irdelenecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere

¹⁰ Dugué s.1065, 1071.

¹¹ Dugué s.1075.

¹² Christoph Müller, **International Arbitration – A Guide to the Complete Swiss Case Law (Unreported and Reported)**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich–Basel–Genf, 2004, §2.10.1.

teşmilinde uygulanacak hukuk meselesi ele alınacaktır. Çalışmanın üçüncü bölümünde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan maddî hukuk teorileri ve usûl hukuku teorileri ele alınacak ve bu teoriler çerçevesinde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini mümkün gören veya görmeyen doktriner görüşlere, hakem ve mahkeme kararlarına yer verildikten sonra, veriler değerlendirmeye tâbi tutulacaktır. Sonuç bölümünde ise, çalışmanın bütünü itibariyle varılan sonuçlar, yapılan değerlendirmeler ve ulaşılan çözüm önerileri ifade edilecektir.

Bu çalışmada tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap vermeye çalışılacağı için, davacı veya davalı tarafta birden çok kişinin yer almasından kaynaklanan ve “*çok taraflı tahkim (multiparty arbitration / mehrparteischiedsgerichtsbarkeit)*” başlığı altında incelenen; hakemlerin atanması, yargılama masraflarının bölüştürülmesi gibi meseleler çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca, yenileme (*novatio*) işleminde, alacağın temlikinden farklı olarak, borçlunun rızası gerektiğinden,¹³ bir sözleşmenin yerini, ilgili bütün tarafların iradesiyle kurulan yeni bir sözleşme almaktadır. Yani burada, mevcut bir tahkim anlaşmasının üçüncü bir kişiye teşmili değil, mevcut tahkim anlaşmasının, taraflarının iradesiyle ortadan kaldırılması ve yeni taraflarca yeni bir tahkim anlaşmasının kurulması söz konusudur.¹⁴ Bu itibarla sözleşmenin yenilenmesi (*novatio*) yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları da çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

¹³ V. V. Veeder, “Towards a Possible Solution: Limitation, Interest and Assignment in London and Paris”, **ICCA Congress Series No:7**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1996, s.283.

¹⁴ Andrew Tweeddale, Karen Tweeddale, **Arbitration of Commercial Disputes**, Oxford University Press, 2005, s.122.

I. TAHKİM ANLAŞMASININ TARAFLARI

A. GENEL OLARAK

Tahkim, ihtiyarî tahkim ve mecburî tahkim şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Mecburî tahkimde taraflar uyuşmazlığı hakeme havale etmek zorundadır. Hangi hallerde mecburî tahkime gidileceği kanunlarda düzenlenmiştir. Mecburî tahkim dışında kalan hallerde tahkim ihtiyarîdir. Bir başka ifadeyle, mecburî tahkim dışında kalan uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesi için taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın varlığı zorunludur.¹⁶ Geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaksızın geçerli bir tahkim söz konusu olmaz.¹⁷ Zira tahkimin hareket noktası, sözleşme serbestisi prensibidir.¹⁸

Gerek Kıta Avrupası Hukukunda gerekse Anglo Sakson Hukukunda benimsenen müşterek tarif uyarınca; tarafların, mevcut veya ileride doğabilecek hukukî uyuşmazlıklarının çözümünü hakem denilen ve kendi seçtikleri kişi veya kişilerin kararına bırakan sözleşmeye *tahkim anlaşması* denmektedir.¹⁹ Tahkim anlaşması, ihtiyarî tahkimin en temel gereği²⁰ ve unsuru, yani mihenk taşıdır²¹; zira bir yandan tarafların tahkime gitme iradesinin dışarı vurulma vasıtasıyla, diğer

¹⁶ Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s.13; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Ankara, 2007, s.31.

¹⁷ Alan Redfern, “The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator”, **Journal of International Arbitration**, Vol:3, No:1, 1986, s.30; Vera Van Houtte, **The Law of International Trade**, Sweet&Maxwell, London, 1995, 384.

¹⁸ Tadeusz Szurski, Bernarde M. Cremades, “Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal”, **ICCA Congress Series No:2**, Ed: Pieter Sanders, Kluwer Law International 1984, s.54.

¹⁹ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, **International Commercial Arbitration**, Ed: Emmanuel Gaillard & John Savage, The Hague: Kluwer Law International, 1999, s.9–10; Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 15.Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul, 2007, s.465; Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, İstanbul, 2007, s.630; Frank Vischer, Lucius Huber, David Oser, **Internationales Vertragsrecht**, Stämpfi Verlag AG Bern, 2000, s.616–617; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3.Bası, İstanbul 2005, s.243; Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1986, s.17.

²⁰ Schwartz M. s.342; Gerold Hermann, “The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts”, **ICCA Congress Series No:6**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1993, s.41; Nuray Ekşi, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında ‘Incorporation’ Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul, 2004, s.45.

²¹ John G. O’Connor, “Maritime Arbitration without Consent: Vouching, Consolidation and Self-Execution – Will the New York Convention Practice Migrate to Canada?” **Journal of International Arbitration**, Vol:10, No:2, June 1993, s.161.

yandan hakemlerin yargılama yetkilerinin kaynağıdır²². Bu sözleşme tahkimin temelini teşkil eder ve taraflar arasında bu tür bir sözleşme olmaksızın uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi mümkün değildir²³. Prensipte olarak, bu yetkinin kaynağını alabileceği başka bir zemin bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakem heyeti, taraflarca kendisine verilen yetkinin sınırları dışına çıkmamalıdır.²⁴ Hakemler hâkim değildir. Bu itibarla bir hakemin sahip olduğu yargılama yetkisi sadece ve sadece yetkili kılındığı uyuşmazlık bakımından söz konusudur.²⁵

Tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelmek için, tahkim anlaşmasında veya tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmede *taraf* olarak zikredilmek şarttır. Bu itibarla sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının tarafları tarif edilirken azamî itina gösterilmesi gerekmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 7.11.1989 tarihli kararına konu olayda, tenfizi talep edilen Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi kararının dayandığı tahkim anlaşması ve esas sözleşme “*Osman Akça Tarım Ürünleri İhracaat San. ve Tic. Ltd. Şti.*” ile akdedilmesine rağmen, tahkim yargılaması ve tenfiz davası “*Osman Akça Tarım Ürünleri İhracaat San. ve Tic. A.Ş.*”ye karşı başlatıldığından, verilen hakem kararının tenfizi talebi bu sebeple reddedilmiştir.²⁶ Benzer bir meselenin gündeme geldiği, *Sokofl Star Shipping Co Ltd v. GPVO Technopromexport* davasına²⁷ konu olayda, *Sokofl Star Shipping Co Ltd*, bir gemiyi 12 aylığına *Technopromexport*’tan kiramıştır. Kira sözleşmesinden uyuşmazlık doğması üzerine *Sokofl Star Shipping Co Ltd* tarafından tahkime müracaat edilmiş ve *Sokofl Star Shipping Co Ltd* lehine verilen hakem kararının tenfizi bir başka tüzel kişilik olan *Sokofl Star Shipping Co Inc* tarafından talep edilmiştir. Tenfiz

²² Alan Redfern, Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2004, s.5–6; Tweeddale, Tweeddale, s.34; Clare Ambrose, “Where Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause?” **Journal of Business Law**, 2001, s.415; Okezie Chukwumerije, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, 1994, s.29; Nomer, Ekşi, Öztekin s.163; Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.45.

²³ Fouchard, Gaillard, Goldman s.29; Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.223–224, 299.

²⁴ Redfern s.25.

²⁵ Giorgio Bernini, “Organisation of the Arbitral Proceedings – Overview of the Issues”, **ICC Institute of International Business Law and Practice, Multi-party Arbitration: Views from International Arbitration Specialists**, 1991, ICC Publication No:480/1,s.163.

²⁶ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.302–303.

²⁷ **YBCA**, Vol:23, 1998, s.742 vd.

mahkemesi, *Sokofl Star Shipping Co Inc*'in, *Sokofl Star Shipping Co Ltd*'den ayrı bir tüzel kişilik olduğunu ve *Sokofl Star Shipping Co Ltd* lehine verilen hakem kararının tenfizini talep etmeye yetkili olmadığını belirterek tenfiz talebini reddetmiştir.

Tahkim yargılamasının ve bu yargılama sonucu verilen hakem kararının dayanağını teşkil edecek nitelikte bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti için öncelikle tarafların, aralarındaki uyuşmazlıkları tahkime sevk etme iradelerinin varlığı şarttır.²⁸ Prensip olarak tahkim anlaşmaları, aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yargılamasına tâbi kılma yönündeki iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklayan kişileri bağlar²⁹. Rıza tahkimin temelidir ve genel olarak bir mahkeme yahut hakem heyeti, rızasını beyan etmemiş –ki çoğu zaman sözleşmenin imzalanmasıyla gerçekleşir– bir kişi veya kurumu tahkim şartının tarafı olarak ele almayacaktır. Buna karşılık, ilgili belgeyi imzalamaksızın sözleşme tarafı hâline gelmek de mümkündür ve tam aksine kişinin sözleşmeyi imzalamış olması her hâlükârda sözleşmenin tarafı olmaya rıza gösterdiği anlamına da gelmez.³⁰

ABD mahkemelerinin *Kaplan v. First Options of Chicago Inc* içtihadında³¹ belirtildiği üzere: “*Tahkime gitme yükümlülüğü bulunan kişilerin belirlenmesinin, tahkim anlaşmasını imzalayan kişilerin belirlenmesine ilişkin araştırmaya hasredilmesi zorunlu değildir. Daha ziyade, uyuşmazlıklarını tahkime götürme konusunda taraflar arasında açık ve net bir irade uyuşması aranır.*”³²

²⁸ Michael H. Bagot, Dana A. Henderson, “Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration”, **The Maritime Lawyer**, Vol:26, Summer 2002, s.430.

²⁹ Müller §2.10.1; Gino Lörcher, Heike Lörcher, Torsten Lörcher, **Das Schiedsverfahren – national/international– nach deutschem Recht**, 2. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2001, s.12–13; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.81.

³⁰ Bernard Hanotiau, “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues”, **Journal of International Arbitration**, Vol:18, No:3, 2001, s. s.270; Carolyn B. Lamm, Eckhard R. Hellbeck, “United States: Arbitration Clause Extends to Non–Signatories by Estoppel”, **International Arbitration Law Review**, Vol:3, No:3, 2000, N.32.

³¹ 19 F.3d s.1503 (3d Cir. 1994).

³² James M. Hosking, “The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel in International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent”, **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol:4, 2004, s.519.

Her ne kadar tahkim anlaşmaları, sadece tahkim anlaşmasına taraf olan kişilerin tahkime gitmelerini gerekli kılsa da, bu kişilerin kim olduğu her zaman açık olmayabilir. Bir tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişiler, bu tahkim anlaşmasının sağladığı avantajlardan davacı olarak yararlanmak isteyebilir. Diğer taraftan tahkim anlaşmasının taraflarından birinin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişileri tahkim yargılamasına dâhil etmek istemesi de mümkündür.³³ Tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinin altında yatan saik, genellikle daha likidite bir davalı bulmak suretiyle tahsilâta kolaylık sağlama ihtiyacıdır.³⁴

B. TAHKİM ANLAŞMALARININ NİSBİLİĞİ

1. Genel Olarak

Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında belirli bir edim yükümünün ifasını sağlayan hukukî bağı ifade etmektedir. Bu hukukî bağı bir yanında borçlu, diğer yanında ise alacaklı yer alır ve diğer kimseler ilişkiye yabancı konumdadır. Borç ilişkisi yalnızca bu ilişkinin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurur. Borç ilişkisinin '*nisbîlik*' olarak adlandırılan bu özelliğinden ötürü, borç ilişkisinden doğan yükümlülükler de kural olarak sadece borçluya karşı ve alacaklı tarafından ileri sürülebilir ve borçlu dışındaki kimseler borç ilişkisinden dolayı kural olarak ne alacak ne de borç sahibi olabilir. Alacak hakkı da yine sadece borçlu tarafından ihlâl edilebilir.³⁵ Bununla beraber sözleşmenin nisbîliği prensibi, sözleşmenin üçüncü kişiler için hiçbir etki doğurmayacağı anlamına gelmez. Meselâ Türk hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşme ve üçüncü kişinin edimini taahhüt, nisbîlik prensibinin istisnası olarak kabul edilmektedir.³⁶ İngiliz hukukunda Üçüncü Kişilerin Hakları Kanunu³⁷ (1999), üçüncü şahsın sözleşmedeki hakların icrasını talep edebileceğinin sözleşmede açıkça düzenlenmiş olması veya sözleşmede açıkça ifade edilmemiş olsa

³³ John Townsend, "Nonsignatories and Arbitration: Agency, Alter Ego and Other Identity Issues", *ADR Currents*, Vol:3, No:3, September 1998, s.19.

³⁴ W. Lawrence Craig, William Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd Edition, 2000, s.75-76.

³⁵ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2000, s.3, 23.

³⁶ Ekşi, *Tahkim Anlaşmaları*, s.103.

³⁷ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/ukpga_19990031_en_1

dahi üçüncü şahıs lehine bir yarar sağlanmış olması hallerinde üçüncü kişilerin sözleşmeye dayanmasına müsaade etmektedir.³⁸

Tahkim anlaşmaları sadece tarafları bakımından geçerli ve bağlayıcıdır.³⁹ Zira tahkim akdîdir; yani kaynağını sözleşmeden alır. Bu itibarla iradî, yani ihtiyarîdir. Dolayısıyla, sözleşmelerin kural olarak sadece tarafları bakımından hüküm doğurmasına ilişkin *nisbîlik* prensibi tahkim şartı bakımından da geçerlidir. Tahkim şartına taraf olmayanların tahkim yargılamasına taraf olarak katılması⁴⁰ yahut tahkim şartına istinat etmesi⁴¹ kural olarak mümkün değildir. Ayrıca, üçüncü kişilerin, tahkim anlaşmasıyla, iradeleri hilafına bağlı kılınmalarının, âdil bir yargılamaya tâbi olmaları yönündeki temel haklarından yoksun bırakılmaları anlamına geleceği kabul edilmektedir.⁴²

Tahkim bir anlaşmaya istinat ettiği içindir ki ilgili herkesin kendi çıkarlarını korumak amacıyla dâhil olabileceği devlet yargısının aksine tahkim yargılamasında sadece tahkim anlaşmasının tarafları yer alabilir.⁴³ Tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararı da, kural olarak, ancak tahkim anlaşmasının taraflarını bağlar.⁴⁴ Hakem kararının sadece tahkim anlaşmasının tarafları bakımından bağlayıcı olmasının somut sonuçları şöyle sıralanmaktadır: bir hakem kararında yapılan tespitler, üçüncü kişilerin taraf olarak yer aldığı sonraki bir tahkim yargılamasında

³⁸ Anthony Diamond, “The Third Man: The 1999 Act Sets Back Seperability”, **Arbitration International**, Vol:7, No:2, 2001, s.212.

³⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.307.

⁴⁰ Peter Schlosser, **Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit**, 2. Auflage, 1989, s.322; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.254; Jarvin, **Group of Companies**, s.181; Thomas J. Stipanowich, “Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions”, **Iowa Law Review**, Vol:72, 1986–1987, s.476–477; Martin Domke, **Domke on Commercial Arbitration**, Database Updated August 2004, §13.1; Jeff Dearman, “Resolving Arbitration’s Nonsignatory Issue: A Critical Analysis of the Application of Equitable Estoppel in Alabama Courts”, **Cumb. Law Review**, Vol:29, 1999, s.646.

⁴¹ Domke §13.1; Dearman s.646.

⁴² Ambrose s.417.

⁴³ Jarvin, **Group of Companies**, s.181. Bu neticeyi tahkimin dezavantajlarından biri olarak görenler de mevcuttur; Van Houtte, **International Trade**, s.413.

⁴⁴ Hoellering, **Arbitration Agreements**, s.66; Jarvin, **Group of Companies**, s.181; Michael Hwang, Andrew Chan, “Enforcement and Setting Aside of International Arbitral Awards – The Perspective of Common Law Countries”, **ICCA Congress Series No:10**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 2001, s.163; Ambrose s.415–416.

delil olarak kullanılamaz; üçüncü kişi, hakemlerce kendi lehine bir karar verilmiş olsa dahi bunu icra ettiremez; hakem kararı üçüncü kişilere yükümlülük yükleyemez; hakem kararı, tahkim yargılamasının taraflarından birine, üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeden dönmesini emredemez; üçüncü kişiler hakem kararının iptalini talep edemez;⁴⁵ hakemler, üçüncü kişileri bağlayıcı ihtiyatî tedbir kararları veremez⁴⁶; mahkemelerde açılmış bir davaya karşı tahkim itirazı ancak tahkim anlaşmasının tarafları tarafından ileri sürülebilir.⁴⁷

Tahkimin tercih edilmesindeki en önemli faktörlerden olan *tahkim yargılamasının gizliliği* prensibinin temelinde, tahkim yargılamasının tarafların anlaşması üzerine bina edilen özel bir yargılama usûlü olması yer almaktadır. Tahkim yargılaması, sadece tahkime gitme iradelerini açıkça ortaya koyan taraflara açıktır. Öyle ki, yabancılar tahkim yargılamasının yürütülmesinde ve duruşmaların yapılmasında dahi hariç tutulmaktadır.⁴⁸

Tahkim anlaşmasından doğan hak ve borçların prensip olarak nisbî nitelik taşınmasına; yani sadece tahkim anlaşmasına taraf olanlar tahkime gitme hak ve yükümlülüğüne sahip bulunmasına rağmen uluslararası ticarî tahkim bağlamında, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin tahkime gitmekle yükümlü kılındığı bazı haller kabul edilmektedir.

⁴⁵ Robert Merkin, **Arbitration Law**, London-Singapore, 2004, s.654–655.

⁴⁶ Raymond J. Werbicki, “Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?”, **Dispute Resolution Journal**, November 2002 / January 2003, s.66.

⁴⁷ Howrad M. McCormack, “Recent U.S. Legal Decisions on Arbitration Law”, **Journal of International Arbitration**, Vol:11, No:4, December 1994, s.77.

⁴⁸ Ambrose s.416.

2. Tahkim Anlaşmasının Nisbîliği Prensibinin İstisnaları: Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmil Edildiği Haller

a. Genel Olarak

Sözleşmelerin, prensip olarak sadece tarafları bakımından hüküm doğurmasına ilişkin *nisbîlik* prensibinin tahkim şartı bakımından da geçerli olmasının sonucu olarak tahkim anlaşmaları sadece tarafları bakımından bağlayıcıdır.⁴⁹ Ne var ki bu prensibin bazı istisnalarının bulunduğu öne sürülmektedir. Bu istisnalar doğrultusunda, tahkim şartına taraf olmayan kişilerin, tahkim yargılamasına taraf olarak katılması yahut tahkim şartına istinat etmesi mümkün görülmektedir. Bahse konu istisnalar aynı zamanda çalışmamızda ele alacağımız konu başlıklarını da teşkil etmektedir.

b. Tahkim Anlaşmasının Nisbîliği Prensibinin Yasal İstisnaları

Tahkim anlaşmasının nisbî karakterinin istisnalarından biri, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin de tahkim yargılamasına katılabileceğini ve hakem kararının bu kişiler hakkında da hüküm ifade edeceğini öngören yasal düzenlemelerdir. Meselenin esasına geçmeden önce ifade etmeliyiz ki, bir tahkim anlaşmasının, bu anlaşmaya taraf olmayan yani bu anlaşma bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan bir şahsa teşmilinin bir ülkenin yasalarına binaen vuku bulmuş olması, bu kararın tenfizinin, aynı düzenlemeye sahip bulunmayan bir başka ülkede talep edilmesi durumunda tenfiz hâkimini bağlamayacaktır.

Bahse konu yasal düzenlemelerin başında, farklı taraflar arasında cereyan eden tahkim yargılamalarının, tarafların rızası hilâfına birleştirilebileceğini öngören hükümler gelir. Ayrıca üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdâhil olmasını öngören düzenlemeler de bu bağlamda zikredilmelidir. Her iki mesele, tahkim

⁴⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.307; James M. Hosking, “Non–Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent”, **Arbitration International**, Vol:20, No:3, s.289.

anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan usûl hukuku müesseseleri başlığı altında ele alınacaktır.

Tahkim yargılamasına taraf olma iddiasında bulunan üçüncü kişilere bir imkân sunmak bakımından önem arz eden İngiliz Tahkim Kanunu⁵⁰ (1996) §82/2 uyarınca “...*bu bölüm kapsamında tahkim anlaşmasının taraflarına yapılan atıflar, tahkim anlaşması kapsamında veya vasıtasıyla talepte bulunan kişileri de kapsar.*” Bu sayede üçüncü kişiler, ‘*kapsamında veya vasıtasıyla*’ hükmünün kapsamına girebildikleri ölçüde, Kanunun tamamı bakımından *taraf* kabul edilecektir.⁵¹ Aynı hüküm Singapur hukukunda da yer almaktadır.⁵²

‘*Kapsamında veya vasıtasıyla*’ formülünün uygulanmasının en tipik örneklendiği dava olarak gösterilen *Roussel-Uclaf* davasında⁵³, tahkim şartı ihtiva eden bir lisans sözleşmesinin tarafı olan bir ABD ilaç şirketinin yan şirketi olan üçüncü kişi Birleşik Krallık şirketinin ileri sürdüğü tahkim itirazı, Tahkim Kanunu (1975) §1 hükmü çerçevesinde kabul edilmiştir. Mahkeme, her iki davalı şirketin davadaki vakıalarla çok yakından bağlantılı oldukları sonucuna varmış ve yan şirketin, tahkim şartının kapsamında olduğuna ve bu yüzden, âkit taraf olan ana şirket ‘*kapsamında veya vasıtasıyla*’ tahkim itirazında bulunduğu karar vermiştir.⁵⁴

Roussel kararındaki benzer bir sonuca varılan *Etri Fans v. N.M.B. Ltd.* davasında⁵⁵ Temyiz Mahkemesi, sadece ana şirketin taraf olduğu bir tahkim anlaşmasının söz konusu olduğu olayda yan şirketin, sadece yan şirket olması

⁵⁰ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/Ukpga_19960023_en_1

⁵¹ Tanya Melnyk, “The Extent to Which Non Contracting Parties Can Be Encouraged or Compelled to Take Part in Arbitration Proceedings – The English (Arbitration Act 1996) Perspective”, **International Arbitration Law Review**, Vol:6, No:2, 2003, s.60; Hosking, **Third Party**, s.547.

⁵² Joy Tan, “Singapore”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.187.

⁵³ *Roussel-Uclaf v. G. D. Searle & Co Ltd*, **Lloyd's Rep.** 1978/1, s.225; **YBCA**, Vol:4, 1979, s.317.

⁵⁴ Albert Jan Van Den Berg, **The New York Arbitration Convention**, Kluwer, 1981, s.163; Merkin s.32–33; Hosking, **Third Party**, s.547.

⁵⁵ **All ER**, 1987/2, s.763; **YBCA**, Vol:14, 1989, s.731 vd.

itibariyle, ana şirketinin 'kapsamında veya vasıtasıyla' talepte bulunduğu karar vermiştir.⁵⁶

Roussel kararının eleştirildiği *Grupo Torras SA v. Al Sabah* davasında⁵⁷ üçüncü kişi, kendi yan şirketi ve davacının ana şirketi arasındaki sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına dayanmaya çalışmıştı. Bu talebin haksız fiil niteliğinde bulunmasının ve davalının yan şirketi ile davacının ana şirketi arasında herhangi bir ilişki bulunmamasının, talebin 'kapsamında veya vasıtasıyla' ileri sürüldüğünün kabulünü olanaksız kıldığına karar verilmiştir.⁵⁸

c. Tahkim Anlaşmasının Nisbîliği Prensibinin Diğer İstisnaları

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği hallerin başında *temsil* gelir. Temsil yetkisinin açıkça verilmiş ve açıkça kullanılmış olması hâlinde tahkim anlaşması zaten temsil olunan adına yapılmıştır ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili söz konusu değildir. Ne var ki temsilciye söz veya yazıyla ifşa edilmemiş bir yetki verilmiş olabileceği hatta temsil olunanın, temsilciye aslında temsil yetkisi vermemiş ve temsilcinin de aslında temsil olunan adına hareket etmemiş olmasına rağmen maddî koşullardan ötürü tahkim anlaşmasıyla bağlı kılındığı *görünüştaki temsil yetkisi* vasıtasıyla da tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilebileceği iddia edilmektedir.

Tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan gerekçelerden biri de, ortaklar ve ortaklıklar arasındaki ilişkidir. Bu ilişki farklı şekillerde tezahür edebilir. Meselâ bir *joint-venture*'ın veya konsorsiyumun üyeleri arasındaki ilişki yahut bir şirketler grubuna dâhil şirketler arasındaki ilişki veyahut bir şirketin, bir kooperatifin veya bir birliğin üyeleri yahut hissedarları arasındaki ilişki böyledir. Bu olasılıkta, ortaklardan veya ortaklıklardan biri tarafından akdedilen tahkim anlaşması, diğer ortaklara yahut diğer ortaklıklara teşmil edilmektedir.

⁵⁶ Merkin s.33 dn.8.

⁵⁷ **Lloyd's Rep.** 1995/1, s.374.

⁵⁸ Merkin s.33; Hosking, **Third Party**, s.547.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin söz konusu olduğu hallerin bir diğeri *halefiyettir*. Tahkim şartına tâbi kılınmış bir hakkın; alacağın temliki, konişmentonun devri, sigortacının halefiyeti, taraflardan birinin ölümü yahut iflâsı gibi sebeplerden ötürü el değiştirmesi hâlinde, devire konu hakka ilişkin bulunan tahkim şartının taraflarının kim olduğu veya bir başka ifadeyle, devralanın tahkim şartıyla bağlı olup olmadığı sorusu ortaya çıkar.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin söz konusu olduğu diğeri bir durum da *garanti sorumluluğudur*. Burada bir kişinin, esas sözleşmenin taraflarından birinin sorumluluğunu garanti etmesinden dolayı tahkim yargılamasına dâhil edilip edilemeyeceği meselesi söz konusudur. Meselâ kefilin, esas borçluyla birlikte müteselsil ve şahsî sorumluluk taahhüt etmiş olması hâlinde tahkim anlaşmasının kefile karşı icra edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelir.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği bir diğeri hal, *üçüncü kişi yararına sözleşmedir*. Üçüncü kişi yararına hükümler ihtiva eden bir sözleşmenin tahkim şartına tâbi kılınmış olması ve bu sözleşmeden bir uyuşmazlık doğması hâlinde, üçüncü kişi konumundaki lehdarın tahkim anlaşmasına tâbi olup olmayacağı sorusuyla karşılaşmaktadır.

Uluslararası ticaret hukuku bağlamında evrensel geçerliliğe sahip bulunduğu kabul edilen, hakem heyetlerince, herhangi bir ulusal hukuka atıfta bulunulmaksızın uygulanan ve uyulması zorunlu kabul edilen *iyiniyet prensibinin* gerektirdiği hallerde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili söz konusu olabilir. Tahkim anlaşmasının, iyiniyet prensibi çerçevesinde üçüncü kişilere teşmili, *çelişkili davranış yasağı yahut tüzel kişilik perdesinin kaldırılması* vasıtasıyla gerçekleşebilir. Bununla birlikte, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan bütün teorilerin temelinde dürüstlük kuralının yattığı da iddia edilmektedir.⁵⁹

⁵⁹ Philipp Habegger, "Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form", *ASA Bull*, Vol:22, No:2, 2004, s.402; Marc Blessing, "Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories", *ASA Special Series No.8*, 1994, s.162.

Devletlerin altbirimleri veya devlet teşebbüsleri ile özel şahıslar arasında akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların özel kişi tarafından tahkime götürülmesi hâlinde, hakem kararının tenfizinde kolaylık sağlamak amacıyla tahkim yargılamasının davalısı olarak devlet gösterilmektedir. Bunun yanında devletin hâkimiyetindeki teşebbüsle sözleşme akdeden yabancı şirket, yatırımı olumsuz etkileyebilecek yasal değişiklikler karşısında yahut bürokrasinin işleyişindeki aksaklıklar neticesinde yatırımının zarara uğraması durumunda, teşebbüs ile devletin bir ve aynı kişi olduğunu büyük olasılıkla iddia edecek ve tahkim anlaşmasının devlete teşmilini isteyecektir.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği bir diğer hal, farklı taraflar arasında akdedilen sözleşmeler veya bunlardan doğan yükümlülükler arasında bağlantı bulunması veya birden çok sözleşmenin aslında tek bir sözleşmenin parçalarını teşkil etmesi yahut birbirini tamamlayıcı nitelik taşımasıdır. Bu tür hallerin, bir sözleşmede yer alan tahkim şartının diğer bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsamı için yeterli bir gerekçe teşkil ettiği yönünde görüş ve içtihatlar mevcuttur.

Bunların dışında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde söz konusu olan usûl hukuku müesseseleri de mevcuttur. Bu müesseseler arasında; üçüncü kişilerin davaya müdahalesi, tahkim davalarının birleştirilmesi, üçüncü kişiler bakımından hakem kararlarının kesin hüküm etkisi, Amerikan hukukunda grup davalar (*class actions*) olarak anılan ve sayıları binlere ulaşan kişilerin açtığı davaların tahkim yoluyla görülmesi yer almaktadır.

C. TAHKİM ANLAŞMALARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE TAHKİM ANLAŞMALARININ YORUMLANMASINA İLİŞKİN PRENSİPLERİN ROLÜ

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan esas; tahkim anlaşmasına açık bir irade beyanıyla rıza göstermemiş bulunan üçüncü kişinin esas

sözleşmeye yönelik bir tutum veya davranışının, dürüstlük kuralı ışığında, tahkim anlaşmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanması olduğu için, öncelikle, tahkim anlaşmasına kimlerin taraf olduğunun yahut kimlerin taraf olmadığıнын tayininde uyulması gereken yorum metotlarına riayet edilmesi gerekmektedir.

Kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar kural olarak devlet mahkemeleri tarafından karara bağlanır. Ancak maddî hukukta tanınan irade serbestisi prensibinin usûl hukukuna yansımaları sonucunda⁶⁰, uyuşmazlığa düşen tarafların, yapacakları bir anlaşma ile bu uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini devlet mahkemelerinden alarak özel kişilere devredebilecekleri fikri hâkim olmuştur.⁶¹

Bir uyuşmazlığın çözümünün esas itibariyle devlet mahkemelerine mevdu olması ve bu bakımdan tahkimin istisnâ bir yargı yolu karakteri taşıması itibariyle, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla hallini istediklerinin tahkim anlaşmasından tereddütsüz ve kesin olarak anlaşılması gerekir. Aksi halde resmî yargı yolu kapanmış olmaz ve tahkim anlaşması geçersiz olur. Tahkimin, uluslararası ticarî faaliyetlerden doğabilecek uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu olarak görülmesi bu neticeyi değiştirmez. Bir başka ifadeyle tarafların uyuşmazlığın hallini mahkemeler yerine hakemlere bıraktıkları tereddüde mahâl vermeyecek bir şekilde anlaşılmadığı takdirde, ihtilâfın mahkemelerde çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde tahkim anlaşmasının sarîh olması gerektiği açık bir hükümle düzenlenmiştir (Alman ZPO⁶² §1027/I). Türk hukukunda buna benzer bir hüküm yoktur, fakat işin mahiyetinden tahkimin net bir biçimde kararlaştırılması mecburiyeti anlaşılmaktadır.⁶³

⁶⁰ Saim Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, C.I-II, 7. Bası, İstanbul, 2000, s.933-934.

⁶¹ Nomer, Ekşi, Öztekin s.13.

⁶² <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>

⁶³ Turgut Kalpsüz, “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, BATİDER, Ankara, 1996, s.345-34; Ergin Nomer, “Yargıtay Kararlarında Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu”, **Oğuz İMREGÜN'E Armağan**, İstanbul, 1998, s.722; Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.304-305.

Birçok hukuk düzeninde kabul gören prensip, tahkim anlaşmalarının dar yorumlanması prensibidir. Tahkim anlaşması, kendisine taraf olan kişileri, tâbi hâkiminden mahrum kılar. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.37 uyarınca hiç kimse, tâbi olduğu devlet mahkemelerinden başka bir makam veya merci önüne rızası hilafına çıkarılamaz.⁶⁴ Aynı esas, tahkim anlaşması akdedilmesinin, âkit tarafları, tâbi oldukları doğal hâkimden mahrum bırakacağıının kabul edildiği Alman hukuku bakımından da söz konusudur. Uyuşmazlıkların doğal hâkim tarafından karara bağlanması, Alman Anayasası m.101/1 hükmü uyarınca temel bir hak olarak tanımlanmıştır⁶⁵: “Herkes doğal hâkimine başvurma hakkına sahip olmalıdır.”⁶⁶

Buna karşılık tahkim anlaşmasının, prensip itibariyle, sözleşmeler bakımından uygulanma alanı bulan genel yorum prensiplerine tâbi olduğu ve tahkim anlaşmalarının yorumunda; tarafların sahip olduğu gerçek iradenin açığa vurulan iradeden daha üstün olması anlamına gelen iyiniyet prensibinin; tahkim anlaşması bakımından iki farklı yorumun söz konusu olduğu hallerde tahkim anlaşmasının lehine olan yorumun tercih edilmesi prensibinin ve tahkim anlaşmasının dar yorumlanmasının reddi yönündeki prensibin nazara alınması gerektiği de iddia edilmektedir.⁶⁷ Meselâ İsviçre hukukunda tahkim anlaşmaları bakımından *favor validitatis* (geçerlilik yanlısı) yorum prensibi hâkim olduğu için, tahkim aleyhine bir varsayımdan hareket edilmemesi benimsenmekte ve tarafların tahkim anlaşması yapmaya yönelik iradelerinin kısıtlayıcı biçimde yorumlanması kabul edilmektedir.⁶⁸

Bu gelişmenin altında yatan gerekçe olarak, hukukî uyuşmazlıkların asıl çözüm yerinin mahkemeler olduğu yönündeki anlayışın günümüz itibariyle

⁶⁴ Nomer, Ekşi, Öztekin s.130.

⁶⁵ Reinhold Geimer, “Schiedsgerichtbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht)”, **Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz**, Ed: Peter Schlosser, Gieseking Verlag, Bielefeld 1994, s.115, 117, 161.

⁶⁶ Otto Sandrock, “‘Intra’ and ‘Extra-Entity’ Agreements to Arbitrate and their Extension to Non-Signatories under German Law”, **Journal of International Arbitration**, Vol:19, No:5, 2002, s.430.

⁶⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman s.256–261.

⁶⁸ Werner Wenger, “Article 178–Arbitration Agreement”, **International Arbitration in Switzerland – An Introduction to and a Commentary on Articles 176–194 of the Swiss Private International Law Statute**, Ed: Stephen V. Berti, Kluwer Law International, 2000, s.347–348.

uluslararası ticarî uyuşmazlıklar bakımından tersine dönmesi ve tahkimin genel yol, resmî yargının ise istisna hâline gelmesi gösterilmektedir.⁶⁹

Kıta Avrupasında çok sayıda mahkeme kararında, hakem kararında ve doktrinde, tarafları tabîî hâkimlerinin yargılamasından mahrum bırakan tahkim şartları için kısıtlayıcı bir yorum tarzı benimsenmektedir. Fakat bu yaklaşımın, uluslararası ticaret sahasına giren meseleler bakımından kabule şayan olmadığı ileri sürülmektedir. Tahkimin, birçok batı ülkesinde yerel parlamentolar tarafından liberalleştirilmesi, yasamanın dahi tahkimi artık ikinci sınıf bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değil; belli türden uyuşmazlıklar için daha uygun ve millî mahkemelere fazla yük yüklenmesinden doğan olumsuzlukların giderilmesi bakımından daha çok ihtiyaç duyulan bir ilâve uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak gördüğünün delili olarak gösterilmektedir. Diğer taraftan son yıllarda uluslararası ticarî uyuşmazlıkları tahkime havale etme yönünde artan bir eğilim mevcuttur ki bu eğilimin sonucu olarak tahkim, uluslararası tacirler topluluğu tarafından, çoğunun terk ettiği millî mahkemeler yerine *tabîî hâkim* olarak algılanmaya başlamıştır. Bundan dolayı tahkim şartlarının kısıtlayıcı biçimde yorumlanmasına ilişkin bu modası geçmiş prensibin terk edilmesi gerektiği dile getirilmektedir. Uluslararası ticarî tahkimde tahkim anlaşmasının mümkün merteye ayakta tutulması anlayışı hâkimdir. Meselâ uluslararası ticarî tahkime ilişkin UNCITRAL Model Kanunu'nun temel amaçlarından biri olarak, millî mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar vermesinin önüne geçmek gösterilmektedir.⁷⁰ ABD'de mahkemeler, "*tahkim şartının kapsamına ilişkin belirsizlikler tahkimin lehine çözümlür*" prensibini yıllardır uygulamaktadır⁷¹. Avrupa'da benzer yaklaşım, sadece İsviçre mahkemeleri tarafından benimsenmiş görünmektedir^{72 73}.

⁶⁹ Fouchard, Gaillard, Goldman s.1; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.1; Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.1.

⁷⁰ Hilmar Raeschke-Kessler, "Some Developments on Arbitrability and Related Issues", **ICCA Congress Series No:10**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 2001, s.44.

⁷¹ *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US s.614, 625 (1985).

⁷² İsviçre Federal Mahkemesi, 15.03.1990 tarihli *Sonatrach v. KCA Drilling Ltd* (ATF 116 I 56) kararında, tahkim şartının mevcudiyeti tespit edildiğinde, bu şartı kısıtlayıcı tarzda yorumlamak için herhangi bir gerekçe bulunmadığına hükmetmiştir.

⁷³ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.257.

Ne var ki kanaatimizce; tahkimin, uluslararası ticarî uyuşmazlıkların meşru çözüm yolu olarak gitgide artan bir biçimde kabul görmesi ve bu kabulün endüstrileşmiş ülkelerin neredeyse tamamında yerleşmiş olması; uyuşmazlıkların esas çözüm yerinin mahkemeler olduğu ve tahkimin istisnaî bir yargı yolu karakteri taşıması itibariyle, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın hallini mahkemeler yerine hakemlere bıraktıklarının tereddüde mahâl vermeyecek bir şekilde anlaşılması gerektiği yönündeki prensibi ortadan kaldıracak güce sahip değildir. Tahkimin, uluslararası ticarî faaliyetlerden doğabilecek uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu olarak görülmesi de kendisine taraf olan kişileri, anayasal bir prensip olan tabî hâkim güvencesinden mahrum kılan tahkim anlaşmalarının dar yorumlanması yönündeki prensibi ortadan kaldırmaz. Zira, istatistiksel açıdan bakıldığında uluslararası ticaret sahasında hâkim olan yargılama yöntemi olduğuna inandığımız tahkimin, resmî yargıya nazaran istisnaî karaktere sahip olduğu görüşünde ısrar etmemizin sebebi, kişiler arasında uyuşmazlık doğduğunda mahkemelere müracaat edilebilmesi için herhangi bir anlaşmaya gerek bulunmazken, tahkime gidebilmek için behemahâl bir tahkim anlaşması akdetmiş bulunmak zorunda olunmasıdır.

Bu itibarla, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili söz konusu olduğunda, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının yer aldığı esas sözleşmeye yönelik bazı tutum ve davranışlarının, tahkim anlaşmasına rıza gösterdiğini ortaya koyan tutum ve davranışlar olup olmadığı irdelenirken; bir başka ifadeyle, üçüncü kişi konumundaki şahsın tahkim anlaşmasına yönelik iradesi hakkında değerlendirme yapılırken, tahkimin ve tahkim anlaşmalarının sahip olduğu istisnaî karakter, mutlak suretle göz önünde bulundurulmalıdır.

D. TAHKİM ANLAŞMALARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE TAHKİM ANLAŞMALARININ ZİMNÎ YAHUT FARAZÎ İRADE BEYANIYLA AKDEDİLME İMKÂNININ ROLÜ

Tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasına açık bir irade beyanıyla rıza göstermemiş bulunan üçüncü kişinin esas sözleşmeye yönelik bir tutum veya davranışının, tahkim anlaşmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanması suretiyle üçüncü kişilere teşmilinde, bahse konu üçüncü kişinin sergilediği tutum ve davranış, ortada açık bir irade beyanı bulunmadığından dolayı, ya zımnî yahut da farazî irade beyanı olarak kabul edilmek durumundadır. Bu itibarla, tahkim anlaşmalarının zımnî yahut farazî irade beyanıyla akdedilmesinin mümkün olup olmadığı ve bu imkânın, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinde oynadığı rol ele alınmalıdır.

Tahkim anlaşmasına yönelik iradenin açıkça beyan edilmesi gerektiği fikri daha hâkimdir. Meselâ İsviçre hukukunda birtakım tutum ve davranışların, tahkim anlaşmasına yönelik rıza olarak kabul edilmesinin, İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu⁷⁴ m.178/1 hükmünde yer alan, tahkim anlaşmasına yönelik şekil kuralına uygunluk arz etmediği için kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür⁷⁵. Buna karşılık tahkim anlaşmasına yönelik irade beyanının zımnî olabileceğini kabul edenler de mevcuttur.⁷⁶

⁷⁴ *Amtliche Sammlung*, 1988, s.1776 vd.

⁷⁵ Thomas Burckhardt, “Wirkungen von Schiedsklauseln in Konnossementen und Charterverträgen nach schweizerischem Recht”, *Festschrift für Walter Müller*, 1993, s.222.

⁷⁶ M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, Kluwer, 1990. s.179; Hanotiau, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s.257; İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, İstanbul, 2004, s.49-50. Hindistan’da *Chand Chits & Finance (P) Ltd v. Super Advertisers* davasında kredi sözleşmesi, davacı ile 1 nolu davalı olan borçlu arasında, tahkim şartı ihtiva eden garanti sözleşmesi ise davacı ile (2) ve (3) nolu davalılar olan garantörler arasında akdedilmişti. Delhi Yüksek Mahkemesi, davacının, vadesi gelmiş meblağların tahsili için açtığı davayı reddederek, (1) ve (3) nolu davalıların talebi üzerine tarafları tahkime havale etmiştir. Mahkeme, davaya konu vakıalar nazara alındığında 1 nolu davalının, imzalamamış bulunmasına rağmen *zımnem* garanti sözleşmesinin ve tahkim şartının tarafı hâline geldiğine karar vermiştir (Dushyant Dave, “Non-Party Participation – The Extent to Which Non-Contracting Parties Can be Encouraged or Compelled to Join the Proceedings”, *International Arbitration Law Review*, Vol:6, No:3, 2003, s.79).

Meselenin esasına geçmeden önce belirtmeliyiz ki, tahkim anlaşmasının zımnî yahut farazî irade beyanıyla akdedilip akdedilemeyeceği hususunda örnek olarak yer vereceğimiz kararların bazıları, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin değildir. Bununla birlikte, söz konusu kararlarda, tahkim anlaşmasının zımnî yahut farazî beyanla kurulması için yeterli görülen tutum ve davranış, üçüncü kişi tarafından sergilendiği takdirde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili söz konusu olabileceği için, bu kararlara yer verilmektedir.

İrade beyanının anlamı, kullanılan beyan vasıtalarından doğrudan doğruya anlaşılıyor ve beyanın yapıldığı hal ve şartları anlamlandırmaya gerek duyulmuyorsa, açık (sarih) bir irade beyanı söz konusudur.⁷⁷ Hukukî sonuç hakkındaki arzu, ancak arzuyu açıklamak için yapılan hareketten ve bu hareketin yapıldığı hal ve şartlar göz önünde bulundurulmak suretiyle anlaşılabiliriyorsa, irade beyanı zımnî (örtülü) bir irade beyanıdır. Zımnî beyanda, beyanda bulunma arzusu vardır, fakat hukukî sonuç hakkındaki arzu, beyanın, yapıldığı hal ve şartlara göre değerlendirilebilmesi ile anlaşılabiliriyedir.⁷⁸ Zımnî irade ile farazî irade birbirine karıştırılmamalıdır. Farazî iradenin tayininde ya objektif olarak, menfaatlerin ve objektif unsurların değerlendirilmesi ya da subjektif olarak, sözleşmeye taraf olanların iradelerinin tahmini suretiyle *iradenin varsayılması* söz konusudur.⁷⁹

Rıza tahkimin temelidir ve rızasını beyan etmemiş –ki çoğu zaman sözleşmenin imzalanmasıyla gerçekleşir– bir kişinin tahkim şartının tarafı olarak kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Fakat ilgili belgeyi imzalamaksızın sözleşme tarafı hâline gelmek de mümkündür ve tam aksine kişinin sözleşmeyi imzalamış olması her hâlükârda sözleşmenin tarafı olmaya rıza gösterdiği anlamına da gelmez. 6769 sayılı ICC davasında bir Afrika şirketi olan (A) ile bir Doğu Avrupa Şirketi olan (B) arasında bir sözleşme akdedilmişti. Tahkim şartı ihtiva eden sözleşme uyarınca malzemeler, (C) tarafından imâl edilen bir parça ile donatılacaktı. (C), sözleşmenin (1) numaralı ekinin, temin edilecek parçanın vasıflarını tarif eden

⁷⁷ Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, 1985, s.155.

⁷⁸ Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 9. Bası, İstanbul, 2002, s.128–129.

⁷⁹ Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 9. Bası, İstanbul, 2006, s.292.

kısımlarını parafladı. (A), (C) tarafından imâl edilen parçada kusur bulunduğu iddiasıyla ve (B) ile akdedilen sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden (C)'ye karşı tahkim yargılaması başlattı. Hakem heyeti, karşılıklı taahhütler bulunmadığı için, üçüncü kişi olan (C)'nin, (A) ve (B) arasında akdedilen sözleşmeyi imzalamasının onu bu sözleşmenin tarafı hâline getirmeyeceğine karar verdi. (C) tarafından (A)'ya yöneltilmiş herhangi bir kişisel taahhüt mevcut değildi. (C), imâl edilecek parçanın teknik vasıflarına ilişkin sayfaları paraflamak suretiyle sadece projenin teknik unsurlarının yeterince farkında olduğunu (A) ve (B)'ye karşı teyit etmek istemişti. Hakem heyeti, (C)'nin, sözleşmenin kuruluşu veya ifasında belirli bir rol oynamamış olduğuna da dikkat çekerek, (C)'nin tahkim şartıyla bağlı olmadığına hükmetti⁸⁰.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesiyle çok nadir karşılaşıldığı ifade edilen⁸¹ Alman hukukunda tahkim şartı ihtiva eden bir belgenin diğer tarafa veya üçüncü bir şahısça taraflara gönderilmiş olması hâlinde, makûl bir sürede itiraz edilmemesi durumunda bu metnin içeriğinin ticarî geleneklere göre sözleşmenin bir parçası kabul edileceğini ve geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulmuş olacağını öngören ZPO §1031/2 ve ayrıca tahkim anlaşmasının şekline ilişkin eksikliklerin tahkim yargılamasında uyuşmazlığın esasına girilmekle giderilmiş olacağını öngören ZPO §1031/6⁸² hükümleri, tahkim anlaşmasının zımnen akdedilmesine emsal teşkil etmektedir.⁸³

ICC tahkiminde, ikiden çok taraf yahut birden çok sözleşme ihtiva eden hakem kararlarında görüldüğü üzere, 1988 tarihli eski Kurallar kapsamında m.7 ve m.8/3 uyarınca tahkim şartına yönelik bir *prima facie* (ilk bakışta) inceleme otomatikman vuku bulmaktaydı. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında bir tahkim şartının mevcut bulunduğu yönünde ICC Tahkim Divânı tarafından bir *prima facie*

⁸⁰ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.270–271.

⁸¹ Daniel Busse, “Die Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen”, **SchiedsVZ**, 2005, Heft:3, s.119.

⁸² Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.55–56.

⁸³ Walter H. Lindacher, “Schiedsklauseln und allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr”, **Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1989, s.169.

karar verilmekteydi. Yeni kurallarda, *prima facie* incelemenin kapsamı daraltılmıştır. Madde 6/2'nin devreye girmesi sadece “*davalının cevap vermemesi*” yahut taraflardan birinin “*tahkim anlaşmasının mevcudiyetine, geçerliliğine veya kapsamına ilişkin olarak itirazda bulunması*” hallerinde söz konusudur. Bu yüzden ortada bir tahkim anlaşması bulunmamasına rağmen davalının davaya cevabında tahkimin başlamasına itiraz etmemesi hâlinde zımnen bir tahkim anlaşması kurulduğu kabul edilmektedir.⁸⁴

UNCITRAL Model Kanunu m.7/2 hükmünde yer alan ve aralarında Türkiye'nin de bulunduğu birçok ülkede yasalaşan (Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu⁸⁵ m.4) anlayış uyarınca, davacının dava dilekçesinde varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına, karşı davalı tarafından cevap dilekçesinde itirazda bulunulmaması hâlinde de şeklen geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olur. Doktrinde, davalının buradaki tutumunun, tahkim anlaşmasına yönelik zımnî irade beyanı olarak kabul edildiği belirtilmektedir.⁸⁶ Bu yaklaşımın, New York Konvansiyonu⁸⁷,na tâbi davalar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu olasılığın New York Konvansiyonunda öngörülmemesi nedeniyle Konvansiyona tâbi davalarda uygulanması söz konusu değildir⁸⁸. Diğer görüş ise, bu yorum tarzının, New York Konvansiyonu m.II/2 hükmünün kapsamını daraltacağını ve tahkim anlaşmasının mutlaka tahkim yargılamasından önce yapılmış olmasını zorunlu kılacağını belirterek, gerek New York Konvansiyonunun amacıyla gerekse millî düzenlemelerle bağdaşmadığını ileri sürmekte ve New York Konvansiyonu m.II/2 hükmünün temel amacının tarafların tahkime gitme iradelerinin tereddüde yer bırakmayacak biçimde açıklanması olduğunu ve bu itibarla dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması

⁸⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.337; Yılmaz s.49–50.

⁸⁵ RG: 5.7.2001–24453.

⁸⁶ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.60–61.

⁸⁷ RG: 25.9.1991–22002.

⁸⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.94.

hâlinde yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması gerektiğini benimsemektedir.⁸⁹

Macaristan Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi tarafından Budapeşte’de verilen hakem kararının tenfizi davasında; taraflarca standart sözleşmeye yapılan atfı içeren belgelerin imzalanması vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşmasının, standart şartlara sahip tarafın bunları diğer tarafa göndermemesine rağmen geçerli bir biçimde kurulup kurulamayacağı tartışma konusu olmuştu.⁹⁰ Alman hukukunda, tahkim şartı içeren standart satım sözleşmesine atıfta bulunulması vasıtasıyla New York Konvansiyonu m.II/2 anlamında şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulacağı kabul edilmekteydi. Ne var ki satım sözleşmesine atıf yoluyla ithal edilen standart şartların, sözleşme metnine iliştirilmiş, eklenmiş veya arka tarafına yazılmış olması gerekiyordu. Bunlara ek olarak sözleşme metninde standart şartlara yönelik bir genel atıf bulunmalıydı. Davada, standart şartlara yapılan atıf, sözleşme metninin arka sayfasında yazılıydı. Ne var ki davacı, belgenin sadece ön yüzünü faksla davalıya göndermişti, gönderilen sayfada imzanın altında, küçük puntolarla, arka sayfada yer alan standart şartlarla birlikte geçerli olduğu yazılıydı ve bahse konu şartların sekizinci maddesi tahkim şartıydı. Davalı gönderilen belgeyi imzalamış ve yine faks yoluyla davacıya göndermişti. Davalı, mahkemede, standart şartlardan haberi olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verirken, davalının ve davacının, siparişin teyidini, esas metinler birbirlerinde kalacak şekilde imzalamış olmalarına dayanmıştır. Mahkemenin, şeklen geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu yönündeki karar lehine olan ikinci argümanı, davacının tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmesine davalının cevap dilekçesinde karşı çıkmamasıydı. Macar hukuku, davacı tarafından dava dilekçesinde bir anlaşmanın varlığının iddia edilmesine davalının cevap dilekçesinde itiraz etmemesi yoluyla geçerli bir anlaşma akdedilebileceğini öngörmekteydi ve Schleswig mahkemesinin kararı da, davalının cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığına itiraz

⁸⁹ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.160–161.

⁹⁰ Martin Frederik Gusy, “The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention – Remarks on the Order of OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99)”, **Journal of International Arbitration**, Vol:19, No:4, 2002, s.368–369.

etmeyeşine dayanmaktaydı. Hatta mahkeme bu hükmü hukukun genel bir prensibi olarak da nitelendirmiş⁹¹ ve netice itibariyle davalının, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu yönündeki itirazı reddedilmiştir.⁹²

*Gvozenovic v. United Airlines*⁹³ davasına konu uyuşmazlık, *Panam*'ın bir kısmının *United Airlines* tarafından alınmasından kaynaklanmıştır. Alım esnasında, *United Airlines* ile işçilerinin birliğı arasında, tahkimi öngören bir toplu sözleşme akdedilmiştir. *Panam*'ın uçuş görevlileri bu birliğin üyesi değildi ve sözleşme akdedildiğinde *United Airlines* tarafından istihdam edilmiş değillerdi. Ne var ki ABD Temyiz Mahkemesi, “*Her ne kadar sadece tahkime gitmeyi kabul edenler hakem kararıyla bağılı olsa da, ilgililerin davranışlarından tahkime gitme iradesi çıkarılabilir*” diyerek ve uçuş görevlilerinin, bir komite ve bir avukat seçmek suretiyle tahkim yargılamasında aktif biçimde ve ihtiyarî olarak yer almış olmalarını işaret ederek, alımdan sonra vuku bulan bir tahkim yargılamasının sonuçlarıyla bağılı olacakları sonucuna varmıştır.⁹⁴

Avedon Engineering v. Seatex davasında⁹⁵ giysi üreticisi *Twist*, temsilcisi aracılığıyla ve telefon görüşmeleri ile faks teatisi vasıtasıyla *Seatex*'ten kumaş sipariş etmiştir. *Seatex*, standart satış formunu fakslamak suretiyle siparişi teyit etmiştir. Standart satış formlarının ön yüzünde tahkimden küçük puntolarla bahsedilmekte ve arka yüzünde iki madde hâlinde tahkim şartı yer almaktaydı. *Twist*, standart satış formunu imzalamamıştı fakat kumaşları almış ve ödemeyi üç taksitte gerçekleştirmiştir. Kumaşın defolu çıkması üzerine *Twist*, Colorado mahkemesinde

⁹¹ Gusy s.374.

⁹² Gusy s.370–371.

⁹³ 502 US s.910 (1991); Townsend s.20.

⁹⁴ Carolyn B. Lamm, Jocelyn A. Aqua, “Defining the Party – Who is a Proper Party in an International Arbitration before the American International Arbitration Association and Other International Institutions”, **George Washington International Law Review**, Vol:34, No:3, 2002–2003, s.725; Anthony M. Dileo, “The Enforceability of Arbitration Agreements By and Against Non-signatories”, **Journal of American Arbitration**, 2003(2), s.50 vd.; Charles Lee Eisen, “Compelling Non-Signatories to Arbitrate”, **Dispute Resolution Journal**, May/July 2001, s.43; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.335; Bagot, Henderson s.455–456; Townsend s.20; Domke §13.7; Karin A. Schlösser, “Arbitration Clauses in Maritime Contracts and Their Binding Effect on Groups of Companies”, **Journal of International Arbitration**, Vol:11, No:4, December 1994, s.128.

⁹⁵ 126 F.3d s.1279 (10th Cir. 1997).

dava açmış; *Seatex* ise mahkemeden, *Twist*'in, tahkim şartının yer aldığı satış formunu imzalamamış olmasına rağmen, tahkim şartının satış formlarında yer almasına itiraz etmeksizin sözleşmeyi ifa etmesi karşısında tahkime gidilmesi gerektiğine karar vermesini istemiştir ve bu talep mahkemece kabul edilmiştir^{96,97}.

11405 sayılı ICC davasına konu olayda *İstanbul Havayolları AŞ* ile *Eurest International BV* arasında, *İstanbul Havayolları AŞ*'nin ikram hizmetleri işinin 20.000.000ABD Doları karşılığında *Eurest International BV*'ye satımı konusunda anlaşmaya varılmıştı. Bu satış işlemi, ikram hizmetleri işinin *İstanbul Havayolları AŞ* tarafından kurulacak yeni bir şirkete (*Eurest Inflight Services AŞ*) devri ve bu şirketin sermaye hisselerinin tümünün *Eurest International BV*'ye satımı yoluyla gerçekleştirilecekti. Daha sonra bir değişikliğe gidildi ve yeni kurulacak şirketin hisselerinin 2.000.000ABD Doları karşılığında *Eurest International BV*'ye satılmasının ardından *İstanbul Havayolları AŞ*'nin ikram işinin 18.000.000ABD Doları karşılığında, yeni kurulacak şirkete devri öngörüldü. ICC tahkim şartı ihtiva eden satım sözleşmesi, *İstanbul Havayolları AŞ*'yi temsilen CEO *Bay (T)* ve Genel Müdür *Bay (E)* tarafından imzalanmıştı. Bu arada *Eurest International BV*'nin ismi *Compass Group International BV* olarak değişmiştir. Ağustos 2000'de *İstanbul Havayolları AŞ* malî sorunlar nedeniyle faaliyetlerini durdurmuştur. Bunun üzerine davacılar *Compass Group International BV* ve *Eurest Inflight Services AŞ* tarafından, bu sözleşmenin akdedilmesi konusunda yanlış yönlendirildikleri iddiasıyla ve zararlarının tazmini talebiyle *İstanbul Havayolları AŞ*, *Bay (T)* ve *Bay (E)* aleyhine tahkime müracaat edilmiştir. *İstanbul Havayolları AŞ*, davacılarından *Eurest Inflight Services AŞ*'nin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı için bu davada davacı olarak yer alamayacağını ileri sürmüştür. Davaya bakan hakem, 29.11.2001 tarihli ara

⁹⁶ Daniel E. Murray, "A Poutpourri of Recent Federal Arbitration Cases Involving Domestic and International Arbitration", **Brigham Young University Journal of Public Law**, Vol:13, 1999, s.313-314.

⁹⁷ Aynı neticeye varılan *Ridgelake Energy v. Baker Hughes Oilfield Operations* davasına konu olayda *Ridgelake, Baker*'i dava ederek kusurlu ekipman satışından ötürü akdî teminat hükümlerine dayanan taleplerde bulunmuştur. *Baker, Ridgelake*'e önce bir ekipmanın satışına yönelik teklifler sunmuş ve daha sonra her biri standart şartlar ve birer tahkim şartı içeren çeşitli satım ve hizmet sözleşmeleri göndermişti. Mahkeme, sözleşmeleri imzalamamış olmasına rağmen ifada bulunmuş olması nedeniyle *Ridgelake*'in tahkim şartlarıyla bağlı olduğuna karar vermiştir (Dileo s.52).

kararında⁹⁸, *Eurest Inflight Services AŞ*'nin davaya konu sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen, sözleşmenin ifasında yer aldığı, sözleşmeden doğan bazı yükümlülükler bakımından *Compass Group International BV* ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu ve bu sözleşmeden doğan bazı hakların da sahibi olduğu için tahkim anlaşmasıyla *zımnen* bağlı olduğuna hükmetmiştir.

Bazı kararlarda, tahkim şartlarının geçerli olarak akdedildiğinin kabulü için, taraflar arasında uzun zamandır süregelen iş ilişkisine veya tarafların, tahkimin mutat olduğu yönündeki ticarî örf ve âdetlere aşinalıklarına dayanılmış ve mahkemeler, yazılı bir tahkim anlaşması bulunmamasına rağmen tahkim anlaşmasının geçerli olarak akdedildiğine hükmetmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi, belirli bir sektöre ait sözleşmeler söz konusu olduğunda ve tahkim anlaşmasını akdeden tarafların bu sektörde faaliyet göstermesi durumunda, ticarî örf ve âdetin, tahkim anlaşmasının *zımnen* akdedildiği sonucuna ulaştırabileceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, ZPO §1027 hükmünde yer alan şekil zorunluluğu, ZPO §1027/2 hükmünde düzenlenen 'tacirler arasındaki tahkim anlaşması' istisnası uyarınca bu karara engel teşkil etmez^{99,100}. İsviçre Federal Mahkemesi, *Compagnie de Navigation et Transports SA v. Mediterranean Shipping Company* kararında¹⁰¹ konişmentonun arkasında yer alan genel şartların içinde bulunan tahkim şartının geçerli olması için bahse konu genel şartların imzalanmasına veya imzalanmış herhangi bir belgede zikredilmesine gerek olmadığına karar verirken, bir tutum veya davranışın, iyiniyet kuralı ışığında ele alınmak suretiyle, şekil zorunluluğunun yerine geçmesinin mümkün olduğuna işaret etmiştir. Davaya konu olayda, uzun zamandır süregelen bir iş ilişkisine sahip bulunan taraflar, tahkim şartı içeren genel şartları kullanmışlar ve sonra yükleten konişmentoyu bizzat doldurarak taşıyana vermiştir. Mahkeme, taşıyanın, uzun yıllardır iş yaptığı yükletenin, bizzat doldurduğu ve aralarında tahkim

⁹⁸ Karar yayınlanmamıştır.

⁹⁹ **YBCA**, Vol:20, 1995, s.668.

¹⁰⁰ Vera Van Houtte, "Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience", **Arbitration International**, Vol:16, No:1, 2000, s.5-6.

¹⁰¹ **YBCA**, Vol:21, 1996, s.690.

şartının da bulunduğu genel şartların arkasında yer aldığı akdî belgeleri onayladığına iyiniyetle inanmasının hukuken korunması gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁰²

Liverpool Cotton Association nezaretinde verilen bir hakem kararının tenfizi davasında, tahkim yargılamasının davalısının, tahkime gitmeye yönelik açık bir irade beyanında bulunmadığı yönündeki itirazı, hakem heyetinin yargılama yetkisine itirazda bulunmaksızın tahkim yargılamasında yer alması zımnî irade beyanı kabul edilmek suretiyle Brezilya Yüksek Mahkemesince reddedilmiştir.¹⁰³

7453 sayılı ICC hakem kararına konu olayda, tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmenin taraflarından biri olan (A) tarafından, diğer âkit taraf (B) ve üçüncü kişi konumundaki (C) aleyhine mahkemede dava açıldığında, mahkemenin yetkisine itiraz etmek amacıyla (C) de tahkim şartına dayanmıştır. Daha sonra meselenin götürüldüğü hakem heyeti, (C)'nin mahkemede tahkim şartına dayanmış olmasından onun tahkime rıza gösterdiği sonucunu çıkararak (C) bakımından yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁴

Hong Kong Yüksek Mahkemesi tarafından 6.4.1995 tarihli kararla hükme bağlanan *Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp v. Sulanser Company Limited* davasına¹⁰⁵ konu olayda *Jiangxi*, *Sulanser*'e çimento satmayı taahhüt etmişti. Tahkim şartı da ihtiva eden satım sözleşmesi yazılı olarak hazırlanmıştı fakat taraflarca imzalanmamıştı. *Jiangxi* çimentoyu deniz yoluyla göndermiş, fakat taşıma esnasında vuku bulan gecikmeden ötürü sürastarya ödemek zorunda kalınca, *Sulanser* aleyhine mahkemede dava açmıştır. *Sulanser*, sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme tahkim itirazını kabul etmiş ve tahkim yoluna müracaat edilmiştir. Ne var ki *Sulanser*,

¹⁰² Kéba Mbaye, "Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy", **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.98-99; Van Houtte, **Consent to Arbitration**, s.4.

¹⁰³ Sergio Bermudes, Fabiano Robalinho Cavalcanti, "Brazil: An Arbitration-friendly Jurisdiction", **Arbitration Review of the Americas 2007**, s.27.

¹⁰⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts-Parties-Issues**, s.272.

¹⁰⁵ **YBCA**, Vol:21, 1996, s.546 vd.

tahkim yargılamasında şeklen geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürerek hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti, mahkemede açılan davada yazılı olarak ibraz ettiği dilekçeyle sözleşmede yer alan tahkim şartına istinat eden *Sulanser*'in, tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna karar vermiştir. *Jiangxi*, hakem kararının tenfizi için Hong Kong Temyiz Mahkemesine müracaat etmiş, fakat Temyiz Mahkemesi, geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmiştir. Bu kararın götürüldüğü Hong Kong Yüksek Mahkemesi ise, *Sulanser*'in, mahkemede tahkim şartına istinat ettikten sonra tahkim yargılamasında aynı tahkim şartının geçerli olmadığı ileri sürmesinin çelişkili davranış yasağı uyarınca mümkün olmayacağına hükmederek Temyiz Mahkemesinin kararını bozmuştur^{106 107}.

Tahkim anlaşmasına rıza gösterildiği sonucuna varılırken, daha ziyade sözleşmenin müzakeresi veya ifası esnasında ilgilinin oynadığı role değer verilmektedir. Meselâ 4504 ve 4972 sayılı ICC davalarında hakemler, birinci

¹⁰⁶ Tibor S. Várady, John J. Barcelo III, Arthur T. von Mehren, **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective**, 2nd Edition, 2003, s.159–161.

¹⁰⁷ Aynı sonuca varılan *Transrol Navegacao v. Redirekcommanditselskaber Merc Scandia XXIX* davasına (YBCA, Vol:18, 1993, s.499 vd) konu olayda, *Mercandia Queen II* gemisinin donatani olan *Merc Scandia*, gemiyi *River Plate Trading*'e kiralamıştı. Çarter sözleşmesinde tahkim şartı da yer almaktaydı. Ayrıca *Transrol Navegacao*, çarter sözleşmesinin ifasını *Merc Scandia*'ya garanti etmişti. Bir süre sonra *Mercandia Queen II* gemisi karaya oturdu ve hasar gördü. *River Plate* ve *Transrol* sorumluluğu kabul etmeyince *Merc Scandia* tahkim talebinde bulundu. *River Plate* ve *Transrol* önce tahkim yargılamasına katılmayı kabul ettiler; fakat daha sonra *Transrol*, yeterli teminatı temin edemediği için tahkim yargılamasına katılmaktan vazgeçti. *Merc Scandia*, *Transrol*'a ait bir gemiyi Fransa'da tutuklattırınca *Transrol*, mahkemeye müracaat ederek tutuklamanın haksız olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme; *River Plate*'in mülkiyeti ve hâkimiyeti *Transrol*'e ait olduğu için, çarterpartinin müzakereleri *Merc Scandia* ile *Transrol* arasında yürütüldüğü için ve denizcilik şirketlerinin yapıları, asıl âkit tarafın kimliğini sakladığı için tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve *Transrol*'un *Merc Scandia*'ya karşı sorumlu olduğuna hükmederek *Transrol*'un talebini reddetmiştir. Temyiz aşamasında *Transrol*, *Merc Scandia*'nın çarterpartide yer alan tahkim şartıyla bağlı olduğunu ileri sürmüş ve Aix-en-Provence Temyiz Mahkemesi, *Transrol*'un, *River Plate* ile *Merc Scandia* arasındaki tahkim şartına istinat edebileceğine karar vermiştir. Bunun üzerine, *Merc Scandia* New York'ta tahkim yargılaması başlatmıştır. Hakem heyeti *Transrol*'un, *River Plate* ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna hükmedince *Transrol*, tahkim anlaşmasına taraf olmadığı iddiasında bulunmuş ve hakem kararının iptalini talep etmiştir. New York Bölge Mahkemesi, tahkime gitme iradesinin *Transrol*'un Fransız mahkemelerinde sergilediği davranıştan çıkarılabileceğini; zira *Transrol*'un çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartından dolayı *Merc Scandia*'nın Fransız mahkemelerinde yargılama yürütemeyeceğini ileri sürdüğünü ve bu iddianın Fransız mahkemeleri tarafından kabul edilmek suretiyle uyuşmazlığın tahkime havale edildiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre *Transrol*, böyle davranmak suretiyle, kendisini tahkim şartının tarafı olarak kabul etmiş ve uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözüme iradesini açığa vurmuştu. Bu nedenle iptal talebi reddedilmiştir.

davayla aynı grubun şirketi olan ve fakat tahkim anlaşmasına taraf olmayan ikinci davalı ve birinci davalının genel müdürü olan ve tahkim şartına taraf olan Bay (A)'nın oynadığı rolün yeterince tatmin edici olmadığına ve dolayısıyla ikinci davalının tahkim anlaşmasını onayladığı sonucunun çıkarılmayacağına; ikinci davada ise Bay (A)'nın, sözleşmenin müzakereleri ve ifasında oynadığı rolün onu sözleşmenin tarafı hâline getirmeyeceğine karar vermiştir.¹⁰⁸

Azov Shipping v. Baltic Shipping davasında¹⁰⁹ davacı, tahkim yargılamasında tahkim şartının tarafı olmadığını ileri sürmüştü. Hakem, taraflar bakımından yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermişti. Hakemin kararına karşı mahkemede itirazda bulunulmuş ve temyiz aşamasında hakem kararı iptal edilmiştir¹¹⁰. Mahkeme, *Azov*'un, konteynirlara ilişkin ABD Doları hesabına ve dokuz denizcilik şirketi arasındaki yeni anlaşmaların bazı yönlerine istikrarlı bir biçimde karşı çıktığını kabul ederek; yeni sistem çerçevesinde konteynir faaliyetine devam etmesine ve anlaşmanın eklerinden birini imzalamış olmasına rağmen, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeyle bağlanma niyetinin bulunmadığına karar vermiştir.¹¹¹

Davranışın, zımnî irade beyanı olarak kabul edilmesi meselesi bilhassa grup şirketler bağlamında önem taşır. Şirketler grubuna dâhil bazı şirketler tarafından akdedilen tahkim şartının, tahkim şartını içeren sözleşmenin müzakereleri, ifası veya feshinde oynadıkları rol yüzünden gruba dâhil diğer şirketleri bağlaması gerektiğini öngören *grup şirketler doktrini*, sözleşmenin müzakere veya ifasına dâhil olunmasını ve tahkim şartının farkında olunmasını *zımnî irade beyanı* olarak kabul etmekte ve *rıza* yerine kullanmaktadır. Bu doktrine göre, tahkim şartı, yer aldığı sözleşme bakımından üçüncü kişi konumunda bulunmalarına rağmen, konum ve faaliyetleri tahkim anlaşmasının varlık ve kapsamının farkında oldukları varsayımını güçlendirdikleri sürece, sözleşmenin ifasına doğrudan karışan taraflara teşmil

¹⁰⁸ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.272.

¹⁰⁹ **Lloyd's Rep.** 1999/1, s.68.

¹¹⁰ **Lloyd's Rep.** 1999/2, s.159.

¹¹¹ Stewart R. Shackleton, "Global Warming: Milder Still in England: Part 2", **International Arbitration Law Review**, Vol:2, No:4, 1999, s.127–128.

edilmesini gerektiren, kendine has bir geçerliliğe sahiptir.¹¹² Bu konudaki görüş ve değerlendirmelerimize, grup şirketlerle ilgili bahiste yer vereceğiz.

Tahkim anlaşmasının zımnen akdedilmesi bağlamında ele alınması gereken konulardan biri de, hakem heyeti tarafından, tarafların da katılımıyla hazırlanan görev belgesinin (*Terms of Reference*) hukukî niteliği ve sonuçlarıdır.

14.12.1994 tarihinde *Commonwealth Development Corporation (CDC)* tarafından, *Montague* ve diğer üç davalı aleyhine ICC tahkimine müracaat edilmişti. *CDC*'nin iddiasına göre taraflar, tahkim şartının yer aldığı ana sözleşmenin tarafı olmasalar dahi bütün sözleşmeler, nitelik ve içerikleri itibariyle tek bir *joint-venture* sözleşmesi teşkil etmekteydi ve bu *joint-venture* sözleşmesi gereğince de bütün taraflar tahkim anlaşmasının tarafıydı. ICC Tahkim Divânı, 1988 tarihli Tahkim Kuralları m.8/3 uyarınca taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunduğu *prima facie* karar verdikten sonra, hakem tayin edilmiş ve görev belgesi (*Terms of Reference*) tanzim edilmiştir. Görev belgesi, uyuşmazlık hakkında yargılama yetkisi bulunup bulunmadığının hakemlerce tayin edileceğini öngörmekteydi. Bunun yanında karara bağlanacak hususların listesi de görev belgesinde yer almaktaydı ve bu hususlardan biri tahkim masraflarıydı. Hakem heyeti, yargılama yetkisi bulunmadığına ve tahkim masraflarının *CDC* tarafından karşılanmasına hükmetmiştir. *CDC*, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasına taraf olmadığına hükmettiği için, tahkim masraflarını kendisine yükleme yetkisi bulunmadığını iddia etmişse de, bölge mahkemesi kararın tenfizine karar vermiştir. Temyizde *Montague*, görev belgesinin New York Konvansiyonu m.II/1 hükmünün gereklerini yerine getirdiğini iddia etmiştir. *CDC*, görev belgesinin sadece tahkim yargılamasının bir parçası olduğunu ve tahkim anlaşmasının ancak esas sözleşmede yer alabileceğini ileri sürmüştür. Temyiz Mahkemesi, 1988 tarihli ICC Tahkim Kuralları m.13 hükmünün, görev belgesinin bir anlaşma olarak düzenlenme zorunluluğu getirmediğini ve bundan dolayı tarafların görev belgesini imzalarken bir anlaşma kurma niyetiyle değil sadece tahkim sürecinin bir gereğini yerine getirme iradesiyle

¹¹² Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.272–273.

hareket ettiklerine karar vermiştir. Buna karşılık, görev belgesinin, tahkim masraflarının hakem tarafından karara bağlanmasını açık ve kesin bir biçimde öngörmesi karşısında New York Konvansiyonu m.II/1 hükmünün gereklerini yerine getirdiğine hükmetmiştir¹¹³.¹¹⁴

Görev belgesinin tahkim anlaşması teşkil etmediği sonucuna varılan *Southern Pacific Properties Ltd (SPP)* ve *Arab Republic of Egypt* arasındaki tahkim yargılamasında verilen hakem kararının iptaline ilişkin olarak Paris Temyiz Mahkemesince verilen kararın¹¹⁵ götürüldüğü *Cour de Cassation*, Paris Temyiz Mahkemesinin, görev belgesinin bağlayıcı bir tahkim anlaşması teşkil etmediği yönündeki kararını onamıştır¹¹⁶. Davaya konu olayda hakem heyeti Mısır Arap Cumhuriyeti'nin tahkim anlaşmasına taraf olduğuna karar vermişti. Mısır Arap Cumhuriyeti, tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin tarafı olmadığı gerekçesiyle hakem kararının iptalini talep etmiştir. *Cour de Cassation*, Mısır tarafından imzalanan görev belgesinin tahkim anlaşması teşkil etmediğine karar verirken, görev belgesinin esas amacının, yargılamaya konu uyuşmazlıkları ve hakemin yetkisini belirlemek olduğunu, o zaman yürürlükte olan 1975 tarihli ICC Tahkim Kurallarının tahkim anlaşması ile görev belgesi arasında açıkça ayırım yaptığına işaret etmiştir.¹¹⁷

Aynı sonucuna varılan *Dalmia Dairy Industries Ltd v. National Bank of Pakistan* davasında¹¹⁸ görev belgesinin tahkim anlaşması teşkil ettiği iddia edilmişti. İngiliz mahkemeleri görev belgesinin imzalanmasının, tahkim sürecinin bir parçasından ibaret olduğu ve bankanın, hakem heyetinin yargılama yetkisine açıkça

¹¹³ Simon Greenberg, Matthew Secomb, "Terms of Reference and Negative Jurisdictional Decisions: A Lesson from Australia", *Arbitration International*, Vol:18, No:2, 2002, s.125–128.

¹¹⁴ Görev belgesinin, geçerli bir tahkim anlaşması addedildiği 6531 sayılı ICC davasında (*YBCA*, Vol:17, 1992, s.221) hakem heyeti, sadece iki tanesi taraflarca imzalanan bir dizi sözleşmeyle karşılaşmıştı. Hakem heyeti, görev belgesinin, taraflarca yargılama yetkisine ilişkin herhangi bir ihtirazî kayıt konulmadığı için, New York Konvansiyonu m.II/1 hükmünün ve Avrupa Konvansiyonu m.I/2/a hükmünün gereklerini yerine getirdiğine karar vermiş ve ayrıca, taraflarca tahkim yargılamasının devamı konusunda epey yol alındığına, gerekli masrafların yatırıldığına ve gerekli evrakın sunulduğuna da dikkat çekmiştir (Greenberg, Secomb s.129).

¹¹⁵ *ILM*, Vol:23, 1984, s.1084.

¹¹⁶ *ILM*, Vol:26, 1987, s.1004.

¹¹⁷ Greenberg, Secomb s.130.

¹¹⁸ *Lloyd's Rep.*, 1978/2, s.223.

itiraz etmiş bulunması karşısında görev belgesinin tahkim anlaşması teşkil ettiği iddiasının kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.¹¹⁹

Moskova mahkemeleri de, görev belgesinin, tarafların imzasını ihtiva etmesine rağmen, bir yandan tahkim anlaşmasının yerini tutabilecek bir unsur olmadığına, diğer yandan hakem heyetinin yargılama yetkisine rıza gösterildiğine dair bir delil teşkil etmediğine karar vermiştir.¹²⁰

Türk doktrininde, tahkim yargılamasında görev belgesinin imzalanması safhasında davalının, tahkim anlaşmasının geçersizliği yönünde bir itirazda bulunmadan bu belgeyi imzalamış olmasının, tenfiz safhasında tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik bir itirazda bulunmasını, çelişkili davranış yasağı kapsamında mütalâa edilmek suretiyle iyiniyet kuralına aykırı hâle getireceği savunulmaktadır.¹²¹ Görev belgesinin, tahkim anlaşmasının yerine geçen veya onun mevcudiyetini yahut geçerliliğini temin amacıyla hazırlanan bir belge olmamasına rağmen, tarafların, tahkim anlaşması ile ilgili konularda anlaşarak görev belgesini imzalamalarının taraflar arasında hukukî bir sonuç doğuracağı kabul edilmektedir. Neticede, görev belgesinin, taraflarca, tahkim anlaşmasına itirazda bulunulmaksızın imzalanmış olması hâlinde, tarafların uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesine rıza gösterdiklerinin kabul edileceği ifade edilmektedir.¹²²

Tahkim anlaşmasının zımnem akdedilmesi konusunda emsal teşkil eden, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E.9108/K.9685 sayılı ve 15.11.1995 tarihli yayınlanmamış kararına konu olayda, Bulgar şirketi tarafından hakem kararının tenfizinin talep edildiği davada ilk derece mahkemesi esas sözleşmenin ifa nedeniyle geçerli hâle gelmesi karşısında tahkim şartının geçersizliğini ileri sürmenin Türk

¹¹⁹ Greenberg, Secomb s.131.

¹²⁰ Greenberg, Secomb s.131.

¹²¹ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.315 dn.268a; Ziya Akıncı, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP’E Armağan**, C.II, İstanbul, 2003, s.980–981.

¹²² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.156; Akıncı, **Ünal TEKİNALP’E Armağan**, s.981, 984.

Medenî Kanunu¹²³ m.2 hükmüne aykırı olacağına karar vermişti. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise satıcı Bulgar şirketi ile Türk şirketi arasında, Türk şirketinin ortaklığı temsil ve ilzama yetkili olmayan ortağı tarafından imzalanan satım sözleşmesinin ifa sebebiyle geçerli sayılmasına karşın, sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartını sözleşmeden müstakil olarak ele almış ve tahkim şartına yönelik bir ifa hareketi bulunmadığından geçersiz saymıştır.¹²⁴

Doktrinde de yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında davalının tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi karşısında, esas sözleşmeyi tamamen veya kısmen ifa etmiş olmasına istinaden ileri sürülen iyiniyet itirazının kabulü mümkün görülmemektedir. Buna gerekçe olarak hem New York Konvansiyonu m.V/1/a hem de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun¹²⁵ m.62/a ve e bentlerinin, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını ileri sürme hakkını davalıya tanımış olması gösterilmektedir. Bu görüşe göre yasaların hak olarak tanıdığı bir itirazın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanması mümkün değildir. Buna karşılık davalının, geçersiz olmasına rağmen tahkim anlaşmasına yönelik ifa hareketlerinde bulunmuş olması karşısında tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanabileceği kabul edilmektedir.¹²⁶ Meselâ davalının tahkim yargılaması sırasındaki bazı tutum ve davranışlarının tahkim anlaşmasının ifasına dönük hareketler sayılması ve tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik itirazları hakkın kötüye kullanılması kapsamına sokup engellemesi ihtimal dâhilindedir. Yargıtay'ın iki kararında¹²⁷ davacının hakemini seçip davalıya bildirmesi üzerine onun da hakemini seçip davacıya bildirmesi tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılması için yeterli kabul edilmiş ve davalının, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazı reddedilmiştir. İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen ve Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin

¹²³ RG: 8.12.2001-24607.

¹²⁴ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.312-313 ve dn.266.

¹²⁵ RG: 12.12.2007-26728.

¹²⁶ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.314-315.

¹²⁷ Yargıtay Ticaret Dairesi, E.1287/K.1951, T.8.6.1966: **Ankara Barosu Dergisi**, 1966/4, s.772; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.3855/K.4351, T.2.10.1979: **YKD**, 1980/2, s.245-246.

E.2249/K.7219 sayılı ve 7.11.2002 tarihli yayınlanmamış kararıyla onanan, E.283/K.701 sayılı ve 12.6.2001 tarihli yayınlanmamış karara konu olayda, davalı tarafın, kendisine bildirilen tahkim işlemleri ve gönderilen akdî yazışmalar karşısında suskun kalmasına rağmen, tenfiz safhasında, tahkim şartının şirket yetkilisi tarafından yapılmadığı gerekçesine dayanan itirazı dürüstlük kuralına aykırı bulunmuş ve itiraz reddedilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E.2003/6774, K.2004/3751 sayılı ve 9.4.2004 tarihli kararına konu olayda tahkim anlaşmasının vekil marifetiyle akdedilebilmesi için vekile özel olarak tahkim anlaşması akdetme yetkisinin verilmesi gerektiğini öngören 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹²⁸ m.388/3 ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu¹²⁹ m.63 hükümlerine uyulmamasından ötürü tahkim şartının geçersiz olduğuna dair alt mahkeme kararı, davalının tahkim yargılaması esnasında kendisine defalarca tebligat yapılmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazında bulunmadığı ve bunun da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur.¹³⁰

Hemen belirtelim ki, tahkimin taşıdığı istisnaî karakterden ötürü, tahkim anlaşmasının, farazî irade beyanıyla, yani tarafların iradelerinin varsayılması suretiyle kurulması mümkün değildir. Buna karşılık, kanaatimizce, tahkimin temelini teşkil eden rızanın, tereddüde mahâl bırakmaması kaydıyla, zımnen verilmesi mümkündür. Ne var ki birtakım tutum ve davranışların, tahkim şartının kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanı olarak kabul edilebilmesi için, bahse konu tutum ve davranışın *tahkim anlaşmasına yönelik* olması gereklidir. Bu bağlamda *Gvozdenoviç* kararında bir komite ve bir avukat seçmek suretiyle tahkim yargılamasında aktif ve ihtiyarî bir biçimde yer alınmasının; *Transrol* ve *Sulanser* davalarında ve 7453 sayılı ICC davasında olduğu üzere, mahkemede açılan davaya karşı, tarafı olunmayan bir tahkim anlaşmasına istinaden tahkim itirazında bulunulmasının; Türk ve Brezilya Yüksek Mahkeme kararlarında görüldüğü üzere, tarafların tahkim anlaşmasına veya hakemlerin yargılama yetkisine yönelik bir

¹²⁸ RG: 8.5.1926–366.

¹²⁹ RG: 2, 3, 4.7.1927–622, 623, 624.

¹³⁰ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, dn.268a, s.316–318.

itirazda bulunmaksızın hakem tayini veya görev belgesi tanzimi gibi davranışlarının, geçerli bir tahkim anlaşmasının teşkili için gereken irade beyanı olarak kabulünü yerinde bulmaktayız. Aynı şekilde, davacının dava dilekçesinde varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına, davalı tarafından cevap dilekçesinde itirazda bulunulmaması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş kabul edileceğine ilişkin yaklaşımın da tahkimin mahiyetiyle bağdaşır nitelikte olduğu kanısındayız. Buna karşılık tahkim şartı ihtiva eden esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerine istinaden tahkim şartına rıza gösterildiğini kabul etmek mümkün değildir. Zira tahkim şartı, sonuçlarını usûl hukukunda doğuran bir sözleşme iken esas sözleşme bir maddî hukuk sözleşmesidir ve tahkim hukukunda genel kabul gördüğü üzere, tahkim anlaşması ile esas sözleşme hukuken birbirinden bağımsızdır.¹³¹ Birçok mahkeme ve hakem kararında, mahallî ve uluslararası tahkim mevzuatında, milletlerarası tahkim kurumlarının kurallarında yer verilen bağımsızlık prensibinin sonuçlarından biri de, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin esas sözleşmenin ifasından etkilenmemesi¹³², yani esas sözleşmenin geçersiz olmasına rağmen ifa edilmesi sonucu geçerli hâle gelmesinin tahkim şartını da geçerli hâle getirmemesidir.¹³³ Bu itibarla, *Seatex* ve *Ridgelake* davalarında ve 11405 sayılı ICC davasında, tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmenin ifa hareketleri nedeniyle geçerli olarak kurulmuş sayılması karşısında tahkim şartının da aynı ifa hareketlerine istinaden geçerli olarak kurulduğu sonucuna varılmasını yerinde bulmuyoruz. Bu bakımdan esas sözleşmeye yönelik ifa hareketlerinin, tahkim anlaşmasını geçerli kılmayacağı sonucuna varılan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararında, 4504 ve 4972 sayılı ICC kararlarında ve *Azov Shipping* kararında hâkim olan fikre iştirak ediyoruz. Bununla birlikte, yazılı şekil zorunluluğu, zımnen rıza gösterildiği iddia olunan tahkim anlaşmaları bakımından da

¹³¹ Karl Heinz Böckstiegel, “Abschluß von Schiedsverträgen durch konkludentes Handeln oder Stillschweigen”, *Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag*, Cologne, 1981, s.3.

¹³² Peter Chow, “Enforcement of International Arbitration Agreements—A Case Study”, *International Arbitration Law Review*, Vol:7, No:4, 2004, s.102; Daniel Girsberger, Christian Hausmaninger, “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate”, *Arbitration International*, Vol:8, No:2, 1992, s.136–137; Julian D.M. Lew, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, *ICCA Congress Series No:9*, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.117; Redfern s.22; Antonias Dimolitsa, “Separability and Kompetenz–Kompetenz”, *ICCA Congress Series No:9*, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.219; Fouchard, Gaillard, Goldman s.209.

¹³³ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.312.

yürürlüktedir ve bu zorunluluğa uygunluk arz etmeyen tahkim anlaşmalarının zımnen akdedildiği yönündeki iddianın kabulü mümkün değildir.

E. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE MESELE HAKKINDA KARAR VERME YETKİSİNİN ROLÜ

1. Genel Olarak

Tahkim şartının üçüncü kişiye teşmili meselesini karara bağlama yetkisinin kimde olduğu sorusu önem arz eder. Zira mahkemeler ve hakem heyetleri, meseleye farklı hukuklar ve farklı kurallar uygulayarak, farklı sonuçlara varabilir.¹³⁴ Bu nedenle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin hakem heyetleri önünde ileri sürülmesi hâlinde ortaya çıkabilecek neticenin ve mahkemeler önünde söz konusu edilmesi hâlinde ortaya çıkabilecek neticenin bilinmesinde fayda bulunmaktadır.

Tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kendi seçtikleri, hakem denilen tarafsız kişi veya kişilere havale ettikleri usûldür. Hakem uyuşmazlığı çözecek ve tarafları bağlayıcı nitelikte bir karar verecektir. Ne var ki hakem kararından tatmin olmayan taraf, karar aleyhine mahkemede dava açabilir. Öte yandan, aleyhine hakem kararı verilen taraf bu kararı yerine getirmekten imtina ederse, diğer taraf hakem kararının cebren yerine getirilmesi için mahkemeye müracaat etmek durumunda kalır. Bu davalar, tahkim yargılamasına mahkemelerin müdahalesi anlamına gelir. Hâkim, hakem kararını yasal koşullar bakımından incelemeye tâbi tutacaktır. Bu incelemenin yerinde olup olmadığı sorgulanabilir; resmî yargıdan kaçınmak için tahkime müracaat eden tarafların bu uyuşmazlık çözme mekanizmasının neticelerine katlanmak zorunda kalmaları âdil bir neticedir. Ne var ki, kabul edilebilir bir tahkim yargılamasına sahip olunmasındaki kamu menfaati, hakem kararlarının yargısal denetime tâbi tutulmasının gerekçesini teşkil eder.¹³⁵ Devletler ve uluslararası

¹³⁴ Girsberger, Hausmaninger s.161.

¹³⁵ Olivier Antione, “Judicial Review of Arbitral Awards”, **Dispute Resolution Journal**, August 1999, s.24.

andlaşma koyucular, usûl hukukuna hâkim olan olan temel adalet prensiplerini dikkate alarak, tahkim kurumunun yozlaşmasını önlemek amacıyla taraf iradelerine emredici kurallarla müdahale etmektedir¹³⁶.

Hakem heyetinin, önüne gelen mesele hakkında yargılama yetkisine sahip olup olmadığını bizzat tayin etme yetkisi *Kompetenz–Kompetenz (Competence–Competence / Compétence de la Compétence)* olarak tanımlanmaktadır. Milletlerarası tahkime ilişkin uluslararası konvansiyonlar ve kurumsal kurallar, hakemlere geniş *Kompetenz–Kompetenz* devretmektedir. Bu prensip uyarınca tahkim şartının geçerliliği hakkında karar verme yetkisi hakemlere aittir. Meselenin mahkemelerin yetkisinde olması; mevcut bir uyuşmazlığın kamuya açıklanması, ticarî sırların ifşa edilmesi veya taraflardan birinin ticarî itibarının zedelenmesi gibi istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Hakemlerin, kendi yetkileri konusunda yetkili olması ise, yabancı olduğu bir ülkenin mahkemelerine yahut hukukuna tâbi olmaktan kaçınmak amacıyla tahkime gitmek isteyen tarafın menfaatinidir¹³⁷.

Birçok ülkenin, uluslararası tahkim kanunlarının hazırlanmasında esas aldığı UNCITRAL Model Kanunu m.16 hükmü, hakem heyetlerinin kendi yargılama yetkileri hakkında karar verme yetkisi kabul edilmektedir.¹³⁸

ICC Tahkim Kuralları m.8/3 uyarınca, öncelikle Divân bir tahkim anlaşması bulunduğu *prima facie* karar vermeli ve daha sonra m.8/4 uyarınca hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin kararlar bizzat hakem heyetince alınmalıdır.¹³⁹ Davalının davaya cevap vermemesi veya tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmesi hâlinde ICC Tahkim Divânı öncelikle taraflar arasında uyuşmazlıkları tahkime havale etme yönünde bir anlaşma bulunup bulunmadığını *prima facie* karara bağlamak zorundadır. 1998 tarihli ICC Kuralları m.6/2 uyarınca: “Eğer davalı m.5’te öngörüldüğü üzere davaya cevap vermez veya taraflardan biri tahkim anlaşmasının

¹³⁶ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.223; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.21.

¹³⁷ Girsberger, Hausmaninger s.162–163.

¹³⁸ Chow s.102; Szurski, Cremades s.73–74.

¹³⁹ Chukwumerije s.33; Redfern s.28.

varlığına, geçerliliğine yahut kapsamına ilişkin itirazda bulunursa, Divân, Kurallara göre ortada bir tahkim anlaşmasının bulunduğu konusunda *prima facie* tatmin olursa iddiaların haklılığı konusunda önyargıya kapılmaksızın tahkimin yürütülmesine karar verebilir. Böyle bir durumda hakemlerin yargılama yetkisine ilişkin karar hakemlerce verilir. Divân tatmin olmazsa, tahkimin yürütülmeyeceği taraflara bildirilir. Bu durumda tarafların, bağlayıcı bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığını yetkili bir mahkemeye sorma hakkı saklıdır.”¹⁴⁰

ICSID Konvansiyonu m.41/1 hükmü de hakemlerin, yargılama yetkilerine ilişkin itirazları karara bağlama yetkisine sahip olduklarını öngörmektedir.¹⁴¹

American Arbitration Association (AAA) Tahkim Kuralları m.7 hükmü uyarınca hakemler, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ve kapsamına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisini haizdir.¹⁴²

Afrika ülkeleri arasında bir *Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA)* kurulmasına ilişkin olarak 17.10.1993'te imzalanan konvansiyon hükümleri uyarınca da bir tahkim anlaşmasının varlığı hâlinde mahkemeler, taraflardan birinin itirazı üzerine, yetkisinin bulunmadığına hükmetmelidir; diğer bir ifadeyle hakem heyeti kendi yargılama yetkisi hakkında karar verme yetkisini haizdir.¹⁴³

Bazı eyaletlerinde Anglo Sakson sisteminin, bazılarında ise Kıta Avrupası sisteminin hâkim olduğu Kanada'da bütün eyaletlerin uluslararası ticarî tahkim hukuku düzenlemelerinde *Kompetenz–Kompetenz* prensibine yer verdikleri ve

¹⁴⁰ Chow s.102.

¹⁴¹ Mahir Jalili, “Kompetenz–Kompetenz: Recent US and UK Developments”, **Journal of International Arbitration**, Vol:13, No:4, 1996, s.170; Redfern s.28.

¹⁴² Stuart M. Widman, “What’s Certain is the Lack of Certainty About Who Decides the Existence of the Arbitration Agreement”, **Dispute Resolution Journal**, May/July 2004, s.56.

¹⁴³ Robert M. Dossou, “The Effect of the Arbitration Clause: The African Perspective”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.271.

Kanada mahkemelerinin de bu bağlamda tahkim yanlısı bir politika izlediği ifade edilmektedir.¹⁴⁴

2. Anglo Sakson Hukuku

Her ne kadar Anglo Sakson Hukuku, hakemlerin *kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine* sahip olduklarını kabul etse de, bu yetki, Kıta Avrupasına nazaran daha sınırlıdır. Meselâ ABD mahkemeleri, müstakar içtihatlarında, temellük edenin, borçluya karşı tahkim anlaşmasını yürütme hakkına sahip olup olmadığı hakkında mahkemelerin karar vereceğini ortaya koymaktadır. ABD hukukunda bir üçüncü kişi için en olası başvuru yolu, mahkemedен, tahkime gidilmesi gerektiği yönünde bir karar almasıdır [Federal Tahkim Kanunu¹⁴⁵ – *Federal Arbitration Act* (FAA) §4]. Mahkeme, tahkim anlaşmasının yapıldığı konusunda tatmin olması üzerine taraflara, tahkim anlaşmasına uygun olarak tahkim yargılaması yürütmelerini emreden bir karar verir. Açıkça tarafı olmadıkları bir tahkim anlaşmasına istinaden tahkime gitmeye çalışan kişiler, yazılı bir tahkim anlaşmasının tarafı olduğunu ispatlamak zorundadır.¹⁴⁶

Meselâ *Johnson v. Polaris Sales* davasında¹⁴⁷ davacılar, dağıtım sözleşmesinin tarafı olmayan kişilerle aralarında tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmüştü. Mahkeme, bu iddianın, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ilişkin olduğu gerekçesiyle mahkeme tarafından hükme bağlanması gerektiğine karar vermiştir.¹⁴⁸

ARW Exploration Corp v. Aguirre davasına¹⁴⁹ konu olayda, beş tanesi özdeş tahkim şartı içeren altı *joint-venture* sözleşmesi söz konusuydu. Şirketin tek hissedarı ve başkanı olan kişi bu sözleşmelerin tümünü başkan sıfatıyla imzalamış,

¹⁴⁴ Barry Leon, John Terry, Lisa Talbot, “Report from Canada”, **Arbitration Review of the Americas** **2007**, s.29.

¹⁴⁵ http://globalarbitrationmediation.com/us_arbitration.shtml

¹⁴⁶ Hosking, **Third Party**, s.549; Jalili s.174.

¹⁴⁷ 257 F.2d s.300 (D. Me. 2003).

¹⁴⁸ Widman s.57.

¹⁴⁹ 45 F.3d s.1455 (10th Cir. 1995); **Dispute Resolution Journal**, July 1995, s.90.

birini ise aynı zamanda kendi adına imzalamıştır. *Aguirre*, *ARW* aleyhine tahkim talebinde bulunduğu, *ARW*, Oklahoma mahkemelerine müracaat ederek, tahkime gidilip gidilemeyeceği konusunda karar verilmesini talep etmiştir. *Aguirre*, *ARW*'yi ve başkanını tahkime gitmeye zorlamak için talepte bulunmuştur. Mahkeme, *ARW* ve başkanı aleyhindeki tüm taleplerin tahkim yoluyla görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Bunun üzerine başlayan tahkim yargılamasına *ARW* ve başkanı katılmamış ve yargılama sonunda yatırımcıların lehine karar verilmiştir. Temyiz aşamasında Temyiz Mahkemesi, hakem kararının *ARW* aleyhine olan kısmını onamış ve *ARW*'nin başkanı ve hissedarı olan gerçek kişinin, *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması* teorisi çerçevesinde tahkime gitmekle yükümlü olup olmadığına mahkemelerce karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle hakem kararının bu kişi hakkındaki kısmını bozmuştur.¹⁵⁰

Buna karşılık ABD mahkemelerinin aksi yönde kararları da mevcuttur. Meselâ *Kaplan v. First Options of Chicago* davasında¹⁵¹ mahkeme, hakemlerin, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, mesele hakkında karar verme yetkisine sahip buldukları yönündeki kararlarını onamıştır¹⁵².

Professional Sports Tickets & Tours v. Bridgeview Bank Group davasında¹⁵³ mahkeme, tahkim anlaşmasının taraflarından birince ileri sürülen, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ilişkin iddiayı hakeme havale etmiş; fakat tahkim anlaşmasını atıf yoluyla ithal ettiği ileri sürülen temlik sözleşmesinin taraflarından biri bakımından meseleyi hakeme havale etmemiştir. Bu davada, ticarî bir sözleşmenin temlik edeni olan davalı, tahkime gitme iradesinin bulunmadığını iddia etmiştir. İkinci davalı temellük eden de aynı iddiada bulunmuştur. Mahkeme ise, temlik edenin ileri sürdüğü iddianın hakemlerce karara bağlanması gerektiği sonucuna varmış; temellük eden tarafından ileri sürülen iddiayı ise bizzat cevaplandırmış ve temellük edenin, ticarî sözleşmede yer alan tahkim şartının temlik

¹⁵⁰ **Dispute Resolution Journal**, July 1995, s.90.

¹⁵¹ 115 US s.1920 (1995); Townsend s.22.

¹⁵² Kenneth R. Pierce, "Down the Rabbit Hole: Who Decides What's Arbitrable?", **Journal of International Arbitration**, Vol:21, No:3, 2004, s.294–295; Widman s.56.

¹⁵³ 2001 WL 1090148 (ED Pa. 2001).

sözleşmesine atıf yoluyla ithal edildiği gerekçesiyle, tahkime gitme iradesine sahip olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁴

Apollo Computer v. Berg davasındaki¹⁵⁵ mesele, ICC tahkim şartı ihtiva eden bir distribütörlük sözleşmesinin temlik sonrasında, *Apollo* ile müflisin temellük edenleri arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığıyla ilgiliydi. Temellük edenler ICC'ye müracaatla tahkim talebinde bulunmuş, fakat *Apollo*, tahkim anlaşması bulunmadığı ve sözleşmede yer alan temlik edilmezlik klozu gereğince temlikin geçersiz olduğu iddiasıyla ICC hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. ICC Tahkim Divânı'nın bu meselelerin hakemler tarafından çözümlenmesi gerektiğine karar vermesi üzerine *Apollo*, tahkimin durdurulması talebiyle mahkemeye müracaat etmiş, mahkeme ise *Apollo*'nun talebini reddetmiştir. *Apollo* temyize gitmiş, fakat karar onanmıştır. Temyiz Mahkemesi, tarafların, ICC tahkimini seçmekle, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin meseleleri hakemlere havale ettiklerine karar vermiş ve tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin meselelerin hakemlerce karara bağlanması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵⁶

İngiliz hukukunda Tahkim Kanunu (1996) §30, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hakem heyetinin kendi yargılama yetkisi hakkında karar verme yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu yetkinin kapsamına tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı, hakem heyetinin usûlüne uygun olarak teşekkül edip etmediği ve tahkim anlaşmasının kapsamına giren uyuşmazlığın sınırlarının ne olduğu hususları dâhildir. UNCITRAL Model Kanunu m.16 hükmü esas alınarak getirilen bu düzenlemenin, modelden tek farkı taraflarca aksinin kararlaştırılabilmesidir. Ne var ki bu karar nihaî nitelik taşımaz ve iptal yahut tenfiz aşamalarında mahkemeler, hakemlerin bu konuda verdikleri kararlarla bağlı olmaz.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Widman s.56.

¹⁵⁵ 886 F.2d s.469, 472 (1st Cir. 1989).

¹⁵⁶ Widman s.58.

¹⁵⁷ Jalili s.172-174.

3. Kıta Avrupası Hukuku

Kıta Avrupası Hukukuna sahip ülkelerdeki tahkim düzenlemeleri hakeme geniş bir *Kompetenz–Kompetenz* devreder. İsviçre DÖH Kanunu m.186 ve Hollanda Medenî Usûl Kanunu¹⁵⁸ m.1052/1, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vereceğini öngörmektedir.¹⁵⁹

Fransız Medenî Usûl Kanunu¹⁶⁰ m.1496 hükmü uyarınca, taraflardan biri hakem heyeti önünde hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin bir itiraz ileri sürdüğü takdirde hakem heyeti bu itirazı hükme bağlamaya yetkilidir.¹⁶¹ Fransız Yüksek Mahkemesi meşhur *Zanzi* kararında, iç tahkim hukukunda yer alan bu prensibi milletlerarası tahkim alanında da uygulamak suretiyle hakemlerin kendi yetkilerini tayin etme yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir.¹⁶²

Alman hukukunda prensip olarak *Kompetenz–Kompetenz* hâkimdir. ZPO §1032/2 uyarınca taraflardan biri, mahkemedен, hakemlerin yargılama yetkilerinin bulunup bulunmadığı hakkında karar vermesini talep edebilir. Fakat bu talep hakem heyetinin teşkilinden önce ileri sürülmelidir. Eğer hakem heyeti yetkisiz olduğuna karar verirse bu karar bağlayıcıdır; eğer yetkili olduğuna hükmederse taraflar bu karara karşı bir ay içinde resmî yargıya müracaat edebilir (ZPO §1040/3).¹⁶³ *Kompetenz–Kompetenz* konusunda yeni Alman tahkim hukuku, Alman Yüksek Mahkeme kararlarından ayrılmaktadır. Yüksek Mahkeme, önceki düzenleme zamanındaki kararlarında, taraflarca öngörüldüğü takdirde, hakem heyetinin kendi yargılama yetkisi hakkında verdiği kararla bağlı olduğunu kabul etmekteydi. Taraflarca öngörülmediği hallerde ise önce hakem heyeti kendi yetkisi hakkında

¹⁵⁸ <http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/portrait.pdf>

¹⁵⁹ Hosking, **Third Party**, s.552; Albert Jan Van Den Berg, “National Reports: The Netherlands”, **YBCA**, Vol:7, 1987, s.10; Girsberger, Hausmaninger s.136–137; Chukwumerije s.33.

¹⁶⁰ www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimplePartieCode?commun=CPROCI&code=CPROCIV0.rev

¹⁶¹ Jalili s.171.

¹⁶² Nihal Uluocak, “Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temlik ile İntikali – Fransız İçtihadı”, **MHB, Aysel ÇELİKEL’e Armağan**, Yıl 1999–2000, S.1–2, s.992.

¹⁶³ Franz-Jörg Semler, “German Arbitration Law – The 1998 Reform and Recent Case Law”, **Journal of International Arbitration**, Vol:18, No:5, 2001, s.581; İbrahim Özbay, “1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler”, **Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP’E Armağan**, C.II, İstanbul 2003, s.1062.

karar vermekte ve bu karar daha sonra mahkemelerin denetimine tâbi tutulmaktaydı (ZPO § 1040/1/1).¹⁶⁴

İsveç hukukunda ise tahkim yargılaması sürmekteyken dahi tarafların, hakemlerin yargılama yetkisini hükme bağlaması için resmî yargıya müracaat etmesi mümkündür (İsveç Tahkim Kanunu¹⁶⁵ §2/1).¹⁶⁶

İtalyan Yüksek Mahkemesinin önüne gelen bir davada, İtalyan taraf, tarafı olduğu sözleşmeden doğan hakları üçüncü kişiye temlik ettiği için bu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olmadığını iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme, bu meselenin, hakem heyetince karara bağlanması gerektiğine karar vermiştir.¹⁶⁷

Yunan hukukunda da hakemlerin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazları ve dolayısıyla kendi yetkilerini hükme bağlama yetkisine sahip oldukları kabul edilmekte ve bunun dayanağının taraflarca akdedilen tahkim anlaşması olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁸

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m.7/H hükmünde hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, yetkisine ilişkin itirazları bizzat karara bağlayacağı öngörülmüştür. Bunun Türk hukuku bakımından bir yenilik olduğu dile getirilmektedir.¹⁶⁹ Hakemlerin yetkili olduklarına karar vermeleri hâlinde tahkim yargılamasına devam edilecek ve hakemler uyuşmazlığın esası hakkında karar vereceklerdir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararlarına karşı doğrudan mahkemelere müracaat imkânı tanıyan UNCITRAL Model Kanunu'ndan farklı olarak, hakemlerin kendi yetkileri

¹⁶⁴ Gusy s.373.

¹⁶⁵ http://globalarbitrationmediation.com/swedish_arbitration_act.shtml

¹⁶⁶ Klaus Peter Berger, "The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act", **Arbitration International**, Vol:17, No:4, 2001, s.398; Kaj Hobér, "Arbitration Reform in Sweden", **Arbitration International**, Vol:17, No:4, 2001, s.357-358.

¹⁶⁷ Pieter Sanders, "Consolidated Commentary Volumes V and VI", **YBCA**, Vol:6, 1981, s.207.

¹⁶⁸ Anghélos C. Foustoucos, "National Reports: Greece", **YBCA**, Vol:5, 1980, s.63.

¹⁶⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.248.

hakkındaki kararlarına karşı mahkemelerde yapılabilecek itiraz ancak iptal davasında söz konusu olabilecektir (MTK m.15/1).¹⁷⁰

4. Değerlendirme

Tahkim anlaşmasının teşmil edildiği kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı ve dolayısıyla hakem heyetinin bahse konu üçüncü kişi bakımından yargılama yetkisine sahip bulunmadığı hakem heyeti önünde ileri sürüldüğü takdirde hakem heyeti bu itirazı ya diğer hususlardan ayırmak suretiyle ve bir ara kararlarla hükme bağlar ya da diğer meselelerle birlikte nihai hakem kararında hükme bağlayabilir.¹⁷¹

Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi, mahkemelerin, hakem kararlarıyla bağlı olmadığı oranda kısıtlanmaktadır. Zira mesele hakkındaki son sözü yine mahkemeler söyleyecektir.¹⁷² Yani hakem heyetinin sahip olduğu *Kompetenz–Kompetenz*, geçici nitelikte bir yetki olarak tarif edilmektedir.¹⁷³ Bu itibarla, *Kompetenz–Kompetenz* kavramının, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında, devlet mahkemelerini de bağlayacak şekilde kesin olarak hüküm verebilme yetkisi anlamına geldiğine yönelik fikir¹⁷⁴ kanaatimizce yerinde değildir. Hakem kararları, mahkemelerde iptal ve tenfiz prosedürlerine tâbi olduğu sürece, hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararlarının devlet mahkemelerini kesin olarak bağlayacağı söylenemez. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri kararın nihai olmaması ve mahkemelerce daha sonra yapılacak denetime tâbi olması karşısında, *Kompetenz–Kompetenz* prensibinin tek amacının, mahkemelerde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi suretiyle tahkim yargılamasının sabote edilmesinin önüne geçmek olduğu söylenebilir.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.120–121; Yılmaz s.13–14.

¹⁷¹ John Yukio Gotanda, “An Efficient Method for Determining Jurisdiction in International Arbitrations”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol:40, 2001–2002, s.20.

¹⁷² Berger, **Arbitration Agreement**, s.391; Sandrock Otto, “Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr”, **SchiedsVZ**, 2005/1, s.3; Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.66.

¹⁷³ Peter Huber, Ivo Bach, “Kompetenz–Kompetenz des Schiedsgerichts”, **SchiedsVZ**, 2005/2, s.99.

¹⁷⁴ Özbay s.1061.

¹⁷⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman s.401.

Bununla birlikte, bilhassa sektörel ve meslekî tahkimlerde, sektör yaptırımı nedeniyle hakem kararlarının büyük ölçüde rızaen ifa edildiği ve ayrıca hakemlerce verilen kararlarda yer alan prensiplerin zaman içinde bir *uluslararası ticaret hukuku kuralı* niteliği kazanma şansına sahip bulunduğu da unutulmamalıdır.

Netice itibariyle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumundaki şahıslara teşmili –tatbikatta olduğu üzere– daha ziyade hakem heyetleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu tatbikatın dayandırıldığı prensipler ve bu prensipleri temsil eden anlayış, zaman içerisinde kendisine daha sağlam bir yer edinebilir. Ne var ki şu an itibariyle bu tarz bir durum söz konusu değildir ve tenfiz/iptal davalarına bakan hâkimler, hakem heyetlerinin, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili doğrultusundaki kararıyla bağlı olmadıkları için, bu yöndeki hakem kararlarının üçüncü kişilerin talebi üzerine iptali yahut tenfizinin reddi söz konusu olabilecektir.

F. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE TAHKİM ANLAŞMASIYLA ESAS SÖZLEŞME ARASINDAKİ İLİŞKİNİN ROLÜ

1. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin çözümünde nazara alınması gereken en önemli hususlardan biri, tahkim şartı ve esas sözleşme arasındaki ilişkidir. Zira alacağın temliki, üçüncü kişi yararına sözleşme, garanti taahhüdü veya konişmentonun devri gibi birçok durumda üçüncü kişi esasen tahkim şartının ilişkin bulunduğu maddî hukuk sözleşmesine tâbi olmakla, tahkim şartına da tâbi hâle gelmektedir.

Bu konudaki yaygın kanı, tahkim anlaşmasının, maddî hukuk sözleşmesi içinde bir şart (kloz) şeklinde düzenlenmiş olsa dahi, geçerlilik bakımından maddî hukuk sözleşmesinden bağımsız olduğu yönündedir. Taraflar arasındaki maddî hukuk sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen tahkim anlaşması geçerli olabilir veya maddî hukuk sözleşmesi geçerli olmasına rağmen tahkim anlaşması geçersiz

olabilir.¹⁷⁶ Bu prensibin hareket noktası, her iki sözleşmenin konu ve amaç itibariyle birbirinden farklı olmasıdır. Zira tahkim anlaşmasının amacı ve konusu, belirli bir maddî hukuk sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların mahkemeler yerine hakemler tarafından karara bağlanmasını sağlamaktır. Tahkim anlaşması ile taraflar, kanunların verdiği yetkiye istinaden, uyuşmazlıkların çözümü konusunda resmî yargının dışında bir yargılama usûlü tesis etmektedir. Bu nitelikleri itibariyle tahkim anlaşmasının, sonuçlarını usûl hukuku alanında doğuran bir anlaşma olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁷

Tahkim anlaşmalarını usûl hukuku anlaşması olarak nitelendiren görüş uyarınca, tahkime gitme hakkı usûlî bir haktır ve bir usûl hukuku anlaşması olan tahkim anlaşması, maddî hukuk sözleşmelerinin tâbi olduğu kurallara değil, anlaşmanın usûl hukuku niteliğini hesaba katan kurallara tâbidir. Diğer görüş ise, tahkim anlaşmalarının, sözleşmeden doğan haklara eklenen, bu hakların karakterini biçimlendiren ve sözleşme kaynaklı neticeler doğuran fer'i veya yardımcı nitelikte bir hak olduğunu savunmaktadır. Bu görüş, tahkim anlaşması yapılmasının altında yatan esas gerekçelerin, amaca ulaşmak bakımından elverişlilik, masraflar bakımından verimlilik ve tahkimin diğer avantajları gibi daha ziyade kişisel olmayan gerekçeler olduğunu benimsemektedir.¹⁷⁸

Tahkim anlaşmasının mahkemelerin yetkisi üzerindeki etkileri onun usûl hukuku yönünü ortaya koyarken, taraflar için akdî hak ve yükümlülükler doğurması da maddî hukuk niteliğini temsil eder. Tahkim anlaşmasının bu çifte karakteri aslında tahkimin sahip bulunduğu çifte karakterden kaynaklanır. Zira tahkim, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla taraflarca serbestçe başvurulabilen bir özel yargılama usûlüdür.¹⁷⁹ Modern anlayış, tahkim anlaşmasının hem usûl hukukuna hem de maddî hukuka ait unsurlar içerdiği yönündedir. Bu anlayışa göre, tahkim

¹⁷⁶ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.225; Nomer, Ekşi, Öztekin s.130; Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.48-49; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.90.

¹⁷⁷ Yavuz Alangoya, **Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, 1973, s.80; Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.225, 245, 310-311.

¹⁷⁸ Girsberger, Hausmaninger s.139-141.

¹⁷⁹ Lew s.117.

anlaşmasını bu iki kategoriden yalnızca bir tanesine dâhil etme amacını güden görüşler demodendir. Tahkim anlaşması, iki özel hukuk sujesi birtakım yükümlülükleri taahhüt ettiği ölçüde maddî hukuk sahasına dâhildir. Tahkim anlaşmasının usûlî yanı ise, mahkemelerin uyuşmazlığı görmekten imtina etmesi ve neticede icra edilen kararın hakem kararı olmasıdır.¹⁸⁰ Bu doğrultuda tahkim anlaşmasının hukukî niteliği '*usûl hukuku ilişkileri hakkında maddî hukuk sözleşmesi*' olarak tarif edilmektedir.¹⁸¹

Türk hukukunda da tahkim şartının niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre tahkim şartı usûl hukukuna ait bir akittir.¹⁸² Zira tahkim yargılaması bir ülkedeki resmî yargı düzeninin bir parçası veya devamı niteliğindedir ve taraflara, uyuşmazlıklarını tahkime havale etme yetkisini, ilgili usûl kanunları vermektedir.¹⁸³ Diğer yandan tahkim sözleşmesinin taraflar arasında meydana getirdiği ilişkinin hüküm ve sonuçları borçlar hukuku kapsamındadır ve hakemlerce verilen karar tarafların arasındaki sözleşmenin bir edimini teşkil eder¹⁸⁴. Bütün bunlara karşılık günümüzde uluslararası tahkimin pozitif hükümlerle düzenlenmiş olması karşısında tahkim anlaşmasının sahip olduğu hukukî nitelik konusundaki bu tartışmaların değerini yitirdiği de savunulmaktadır.¹⁸⁵

Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olmadığı görüşü lehine ileri sürülen temel iddia, tahkim anlaşmasının tek amacının esas sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü olduğudur. Bu ilişkiden ötürü tahkim anlaşmalarının bağımsız olduklarının söylenemeyeceği, esas sözleşmeyle kuvvetli biçimde birbirlerine sarıldıkları ve esas sözleşmenin ekonomik bünyesinden

¹⁸⁰ Wenger s. 330–331.

¹⁸¹ Christopher Reithmann, Rainer Hausmann, **Internationales Vertragsrecht – Das internationale Privatrecht der Schuldverträge**, 5.Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 1996, s.1728; Dieter Rabe, Heinz Prüssmann, **Seehandelsrecht**, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2000, s.364.

¹⁸² Fehmi Ülgener, "Konişmento ve Navlun Sözleşmesindeki Tahkim / Yetki Klotlarının Uygulanması ile İlgili Sorunlar", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl:4, S:1–2, Mart–Haziran 1999, s.63.

¹⁸³ Alangoya s.43; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.19–20 dn.40.

¹⁸⁴ Rasih Yeğengil, **Tahkim**, İstanbul, 1974, s.109 vd.; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.20 dn.40.

¹⁸⁵ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.20 dn.40.

ayrılmayacağı ileri sürülmektedir¹⁸⁶. Tahkim şartını, ilişkin olduğu esas sözleşmenin bir parçası olarak gören bu anlayışa *tek sözleşme (one-contract) teorisi* de denmektedir.¹⁸⁷

Tek sözleşme teorisine göre tahkim şartı, esas sözleşmeden bağımsız olarak görülmemeli ve sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrı olarak ele alınmamalıdır. Boşlukta yer alan bir tahkim şartından söz edilemez. Tahkim şartının konusu, sözleşmenin diğer şartlarından yani sözleşmenin geri kalan kısmından doğabilecek uyuşmazlıklardır. Tahkim şartı, tarafların aralarında tesis etmek istedikleri hukukî ilişkinin bir unsurudur ve tahkim şartının mevcudiyetinin yegâne sebebi sözleşmenin diğer şartlarıdır. Bu itibarla, sözleşmenin geçersizliği hâlinde prensip olarak bütün şart ve hükümlerinin geçersiz hâle gelmesi gerekir. Ne var ki şartlardan birinin geçersizliği, bu şartın tarafların sözleşmeyi akdetmesinde kurucu bir nitelik taşımaması hâlinde sözleşmenin diğer şartlarının geçerliliğini etkilemez. Bilhassa tahkim şartı bakımından, sözleşmenin diğer bütün hükümlerinin geçersiz olmasına rağmen tahkim şartının geçerli olmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığı sorusuyla karşılaşılır. Taraf oldukları sözleşmeye tahkim şartı koyan tarafların, aralarındaki sözleşmeden doğabilecek bütün uyuşmazlıkları, sözleşmenin geçerli olup olmadığı ve geçersizliğin sonuçları da dâhil olmak üzere, tahkime havale ettikleri kabul edilir. Sözleşmenin sona ermesi veya tek taraflı olarak feshedilmesi tahkim anlaşmasının da sona ermesine yol açmaz ve başta esas sözleşmenin geçersizliği olmak üzere, doğması muhtemel uyuşmazlıklar için tahkim anlaşması geçerli olmaya devam eder.¹⁸⁸

Bağımsızlık prensibi teorik bir temelden ziyade pratik ihtiyaçlara dayanır. Zira mantık, sözleşmenin geçersiz olduğu iddia edildiğinde bu sözleşmenin bütün hükümlerinin, geçersizlik iddiası karara bağlanana dek uygulanmamasını gerektirir

¹⁸⁶ Girsberger, Hausmaninger s.137–138 ve dn.102.

¹⁸⁷ Adam Samuel, “Seperability in English Law – Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Seperate and Collateral to a Contract in Which it is Contained?” **Journal of International Arbitration**, Vol:3, No:3, 1986 s.96.

¹⁸⁸ Pierre Mayer, “The Limits of Severability of the Arbitration Clause”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.262–264.

ve bağımsızlık prensibi kabul edilmediği takdirde tahkim şartının geçerliliğine ilişkin itirazların mahkemeler tarafından uzun sürecek prosedürler çerçevesinde çözülmesi gerekir ki bu durum tahkim yargılamasını sabote etmek isteyen taraf için adeta bir araç niteliği taşır.¹⁸⁹ Bu açıdan bakıldığında *tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi*, tahkim müessesesinin varlığını sürdürebilmesi için *sine qua non*dur.

Uluslararası ticarî tahkimde genel kabul gören¹⁹⁰, hatta uluslararası ticarî tahkimin genel bir prensibi hâline geldiği dahi iddia edilen¹⁹¹ ve tahkim yeri hukukuna yahut tahkim yargılamasının tâbi olduğu hukuka bakılmaksızın nazara alındığı öne sürülen¹⁹² *'tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsızlığı'* fikrini desteklemek için dört gerekçeden bahsedilmektedir: tarafların iradelerine uygundur, hakemlerin yargılama yetkilerine ilişkin mesnetsiz itirazların niceliğini azaltır, esas sözleşmede yer alan tahkim şartları ile esas sözleşmeden ayrı olarak akdedilen tahkim anlaşmaları arasındaki gereksiz ayrımı ortadan kaldırır ve sözleşmenin geri kalan kısmının geçerliliği hakkında tahkim şartının belirleyici olmasını sağlar.¹⁹³

Mahkemelerin tahkim anlaşmasının bağımsızlığını kabul ettiği haller, tahkim yargılamasının işlerliğini sağlamak veya tarafların beklentilerine saygı göstermek istediği hallerdir. Bu yüzden *"bağımsızlık"* kavramı tahkim yargılamasının sorunsuz biçimde başlamasını ve *"tahkim anlaşmasıyla esas sözleşmenin farklı hukuklara tâbi olabilmesi"* de tarafların beklentilerinin karşılanmasını temin amacıyla geliştirilmiştir.¹⁹⁴

UNCITRAL Tahkim Kuralları m.21/3 hükmüne göre, hakem heyetinin sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim şartının

¹⁸⁹ Chukwumerije s.32.

¹⁹⁰ Carl Svernlöv, "What Isn't, Ain't: The Current Status of the Doctrine of Separability", **Journal of International Arbitration**, Vol:8, No:4, December 1991, s.38.

¹⁹¹ Dimolitsa s.221, 223; Fouchard, Gaillard, Goldman s.197.

¹⁹² Fouchard, Gaillard, Goldman s.199.

¹⁹³ Berger, **Arbitration Agreement**, s.391.

¹⁹⁴ Girsberger, Hausmaninger s.138–139.

geçersizliğine neden olmaz. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi, 1985 tarihli Kurallar m.14/1 cümle 2 uyarınca bir sözleşmenin bir hükmü olarak yapılan tahkim anlaşması, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak ele alınır. ICC Tahkim Kuralları m.8/4 hükmü uyarınca hakemler, esas sözleşmenin geçersiz olması veya mevcut olmaması dolayısıyla yetkilerini kaybetmezler; tarafların haklarını ve taleplerini hükme bağlamak için yetkili olmaya devam ederler.

Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı, genel kabul gören bir prensip olmasına rağmen bazı konularda bu prensipten uzaklaşıldığı da görülmektedir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün kabul edildiği hallerde tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin göz ardı edildiği iddia edilmektedir. Meselâ tahkime tâbi kılınmış bir alacağın temlikinde tahkim şartının da temellük edene intikal edeceğini ileri süren görüşler, tahkim şartına esas sözleşmenin bir parçası muamelesi yapmakta ve bağımsızlık prensibini görmezden gelmektedir. Zira tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibine riayet edildiği takdirde alacağın temliki işleminin, tahkim şartının da temellük edene intikali için tek başına yeterli olmayacağı ve tahkim şartının temellük edene ayrıca devredilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁹⁵

2. Anglo Sakson Hukuku

ABD hukukunda *bağımsızlık* doktrini, mahkemelerin, sözleşmeden kaynaklanan bir iddianın mahkemelerde mi yoksa hakem heyeti önünde mi çözülmesi gerektiğine karar verirken esas sözleşme ile tahkim şartını ayrı ayrı ele almasını öngörmektedir. Bu bağlamda, tahkim anlaşmasının kurulmasında hile yapıldığı iddiası mahkemeler tarafından karara bağlanır. Fakat hile iddiasının sözleşmenin tamamına ilişkin olması hâlinde mesele hakkında hakem heyeti karar vermelidir.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.53.

¹⁹⁶ Stephen Huber, "The Arbitration Jurisprudence of the Fifth Circuit", **Texas Tech Law Review**, Vol:35, Spring 2004, s.509.

Prima Paint Corp v. Flood & Conklin Mfg. Co davasında¹⁹⁷ Yüksek Mahkeme, tahkim şartının, içinde yer aldığı sözleşmeden bağımsızlığını benimsemiş ve bu yüzden, esas sözleşmenin hile sebebiyle hükümsüz olduğu iddia edilse dahi, bu iddianın hakem heyeti tarafından cevaplanması gerektiğine hükmederek tahkim yolunun açık olduğuna karar vermiştir.¹⁹⁸

Belship Navigation v. Sealift davasında¹⁹⁹ mahkeme, davaya konu charterpartinin, ABD'nin Küba'ya uyguladığı ambargo kararını ihlâl etmesi sebebiyle hükümsüz olmasını, tahkim şartının geçerliliğine etki eden bir unsur olarak görmemiş ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinden hareket ederek tahkim şartının geçerli olduğu sonucuna varmıştır.²⁰⁰

Günümüzdeki durum itibariyle İngiliz hukuku, esas sözleşmenin geçersizliği hâlinde tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının tayini bakımından tahkim anlaşmasının bağımsızlığını benimsemektedir. Bu itibarla Tahkim Kanunu (1996) uyarınca tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin farklı hukuklara tâbi olabilmesi mümkündür.²⁰¹ Bununla birlikte tahkim anlaşmasıyla esas sözleşme arasındaki ilişkinin gelişimi bakımından İngiltere'deki durum ilgi çekicidir. İngiliz hukukunda, yakın zamana kadar, taraflar açısından bağlayıcı bir sözleşme yoksa bağlayıcı bir tahkim şartı da olmayacağı düşüncesine dayanan *tek sözleşme teorisine* yaklaşılmakta ve tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin bir parçası olduğu kabul edilmekteydi.²⁰² Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ve sözleşmenin ihlali yahut hata hallerinde, esas sözleşmenin hükümsüz olması hâlinde tahkim şartının da geçersiz hâle geleceği kabul edilmekteydi. Ayrıca esas sözleşmenin taraflarca feshi hâlinde tahkim anlaşması da geçerliliğini yitirmekteydi.²⁰³

¹⁹⁷ 388 US s.395 (1967).

¹⁹⁸ Steven C. Bennett, "The Developing American Approach to Arbitrability", **Dispute Resolution Journal**, February / April 2003, s.11; Svernlöv s.43; Samuel, **Seperability**, s.99.

¹⁹⁹ **YBCA**, Vol:21, 1996, s.799 vd.

²⁰⁰ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.51.

²⁰¹ Sarita Patil Woolhouse, "Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law", **Arbitration International**, Vol:20, No:4, s.439-442.

²⁰² Samuel, **Seperability**, s.100-101, 109.

²⁰³ Chukwumerije s.31; Svernlöv s.45; Samuel, **Seperability**, s.102-106.

Bununla birlikte tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olduğu yönündeki anlayışın giderek yerleşmesinden İngiliz hukukunun da etkilendiği ve bu prensibi yakın zamanlarda benimsemeye başladığı ifade edilmektedir. Başlangıçta ancak tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin ayrı belgelerde yer alması durumunda bağımsızlık prensibi kabul edilmekteydi. Meseleye bakışta meydana gelen değişiklikler, mahkemeleri, konuyu tekrar ele almaya itmiştir. *Harbour Assurance Co v. Kansa General International Insurance Co* davasında²⁰⁴ davacılar, sigorta sektörüne ilişkin düzenlemeler davalılar tarafından yerine getirilmediği için, tahkim şartı ihtiva eden reasürans sözleşmesinin hukuka aykırı ve geçersiz olduğunu ileri sürmüşlerdi. Yüksek Mahkeme tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmek suretiyle yargılama yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Bu yöndeki gelişimi yansıtan İngiliz Tahkim Kanunu (1996) §7 uyarınca; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ilişkin olduğu sözleşmenin klozu şeklinde düzenlenmiş olsa dahi, esas sözleşmenin yokluğu yahut geçersizliği tahkim anlaşmasının geçersizliğini ya da yokluğu sonucunu otomatikman doğurmaz ve bu bağlamda her iki anlaşma birbirinden bağımsız olarak muamele görür.²⁰⁵

3. Kıta Avrupası Hukuku

Alman hukukunda, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olduğu görüşü katı biçimde savunulmaktadır.²⁰⁶ Alman ZPO §1040/1 uyarınca bir sözleşmenin parçasını teşkil eden tahkim şartı, hakem heyetinin yetkisi bakımından ayrı bir anlaşma muamelesi görür ve esas sözleşmenin yahut tahkim anlaşmasının geçersizliği, diğerinin geçersizliğine yol açmaz.²⁰⁷

²⁰⁴ *Lloyd's Rep.*, 1992/1, s.81.

²⁰⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman s.205–206.

²⁰⁶ Reithmann, Hausmann s.1729.

²⁰⁷ Adam Samuel, **Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989, s.156–157; Lörcher, Lörcher, Lörcher s.15–16; Rolf A. Schütze, Dieter Tscherning, Walter Wais, **Handbuch des Schiedsverfahrens – Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit**, 2.Auflage, Walter de Gruyter Berlin-New York, 1990, s.91.

İsviçre’de uzun zamandan beri hâkim olan prensip, İsviçre DÖH Kanunu m.178/3 hükmüyle yasalaşmıştır: “*Esas sözleşmenin geçersizliği gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddia edilemez*”.²⁰⁸ İtalyan hukukunda esas sözleşmenin geçersiz olması, bu sözleşmenin bir klozu şeklinde düzenlenmiş olsa dahi tahkim şartının geçersizliğine yol açmaz.²⁰⁹ Yunan hukukunda da, aksi taraflarca öngörülmedikçe, tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğu görüşü benimsenmektedir.²¹⁰

Tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsızlığı İsveç hukukunda eskiden beri kabul görmüş ve İsveç Tahkim Kanunu §3 hükmünde yer bulmuş bir prensiptir. Bahse konu hükme göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve buna bağlı olarak hakemlerin yargılama yetkisi tayin edilirken tahkim anlaşması ayrı bir anlaşma olarak ele alınır. Tatbikatta esas sözleşme ve tahkim anlaşması aynı maddî vakıalara tâbi olabilir. Bu tür durumlarda tahkim anlaşması da geçersiz olabilir; fakat burada geçersizliğe yol açan husus esas sözleşmenin geçersiz oluşu değil her ikisinin aynı maddî vakıalara tâbi olmasıdır.²¹¹ 1936 tarihli *AB Norköpings Trikafabrik v. Ab Per Persson* davasında²¹² İsveç Yüksek Mahkemesi, sözleşmenin kuruluşunda hile yapılmış olmasının, tahkim şartını geçersiz kılmayacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu içtihadını, *Hermansson v. AB Asfalbeläggnigar* davasında²¹³ esas sözleşmenin içeriği hakkında anlaşmaya varılamamasının tahkim şartının geçerliliğini etkilemeyeceğine hükmederek tekrarlamıştır.²¹⁴

Fransa’da ulusal ve uluslararası tahkim arasında ayırım yapılmakta ve uluslararası tahkim bağlamında bağımsızlık prensibinin geçerli olduğu kabul edilmektedir²¹⁵. Fransız Yüksek Mahkemesinin meşhur *Dalico* kararı²¹⁶, bağımsızlık

²⁰⁸ Vischer, Huber, Oser s.641.

²⁰⁹ Giorgio Bernini, “National Reports: Italy”, **YBCA**, Vol:6, 1981, s.34–35.

²¹⁰ Foustoucos s.63.

²¹¹ Hobér s.357.

²¹² **NJA** 1936 s.521.

²¹³ **NJA** 1976 s.125.

²¹⁴ Samuel, **Seperability**, s.96.

²¹⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman s.198; Bernini, **National Report**, s.35; Dimolitsa s.224.

prensibinin otuz sene önce başlayan gelişiminin tamamlandığının altını çizmektedir. 1993 senesindeki *Dalico* kararında Fransız Yüksek Mahkemesi, uluslararası ticarî tahkim hukukuna göre tahkim anlaşmasının, ilişkin olduğu sözleşmeden, bu sözleşmenin mevcudiyetinden yahut geçerliliğinden ve bu sözleşmenin tâbi olduğu hukuktan hukuken bağımsız olduğuna karar vermiştir.²¹⁷ Buna karşın doktrinde, bağımsızlık doktrininin sürdürülmesinin kolay olmadığı zira tahkim şartı ile esas sözleşme arasındaki maddî ve kavramsal bağın görmezden gelinmesinin bazen zor olduğu da ileri sürülmektedir.²¹⁸ Fransız Yüksek Mahkemesinin, tarafların serbest iradeleri ile geçerlilik kazanan tahkim şartının, temellük eden kişiye alacakla birlikte intikal ettiğine hükmettiği *Worms* kararının yorumunda, tahkim şartının temellük edene intikal edip etmeyeceği meselesinin, tahkim şartı ile esas sözleşmenin bağlantısının nitelendirilmesine dayanacağı ileri sürülmüş ve tahkim anlaşmasının temlik edilen alacakla birlikte intikal etmesi ile esas sözleşmeden bağımsız olmasının birbiriyle bağdaşmadığına işaret edilmiştir. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibinin, her iki anlaşmanın aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan iki ayrı şey gibi algılanmalarına sebebiyet verdiği ve bunu engellemek bakımından *bağımsızlık* teriminin yerine *ayrılabilirlik* teriminin kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Tahkim şartı esas sözleşmenin bir tamamlayıcısı yani fer'idir ve *ayrılabilirliğin* temelinde *fer'ilik* kavramı yatmaktadır. Tahkim şartı, fer'i nitelik taşıması itibariyle, sözleşmenin kalbini oluşturmaz ve dolayısıyla sözleşme bâtil olsa da tahkim şartı geçerliliğini muhafaza edebilir. Sözleşmenin bir parçası olarak tahkim şartının varlığını korumak, sözleşmeyle intikalini sağlar ve bu nedenle tahkim şartı, sözleşmeden doğan alacağın temlikinde, alacak hakkında doğan uyuşmazlıklarda yargı yolunu göstermesi bakımından alacağın vasıflarından birini oluşturur ve intikalin gerekçeleri arasında sayılır. Bu itibarla alacağın temlikinden ötürü rejimin değişmesi söz konusu değildir.²¹⁹

²¹⁶ *Cour de Cassation*, 20.12.1993, **Rev.Arb.** 1994, s.116.

²¹⁷ Dimolitsa s.225; Matthieu De Boissesson, Thomas Clay, "Recent Developments in Arbitration in Civil Law Countries", **International Arbitration Law Review**, Vol:1, No:4, 1998, s.152; Woolhouse, **Group of Companies**, s.441.

²¹⁸ Hosking, **Third Party**, s.528.

²¹⁹ Uluocak s.996-997.

1972 tarihli Belçika Medenî Usûl Kanunu²²⁰ m.1697/I-II ve 1986 tarihli Hollanda Medenî Usûl Kanunu m.1053 hükümlerinde de tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olduğu açıkça öngörülmüştür. 26.3.2004 tarihinde yürürlüğe giren İspanya Tahkim Kanunu'nda²²¹ da, bir sözleşmenin yokluğunun, geçersizliğinin yahut sona ermiş olmasının bu sözleşmeye ilişkin tahkim anlaşmasının otomatikman hükümsüz olacağı anlamına gelmeyeceği düzenlenmiştir.²²²

Japon hukukunda tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olduğu görüşü genel kabul görmektedir. Bu yüzden tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak tayin edilmelidir. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olup olmadığını hangi hukukun tayin edeceği konusunda Japon mahkemeleri, açıkça olmasa da, *lex foriyi* yani Japon hukukunu uygulamaktadır. Buna karşılık doktrinde, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olup olmadığını tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukukun belirlemesi gerektiği de ileri sürülmektedir.²²³

Rus hukukunda 1993 senesinde Milletlerarası Ticarî Tahkim Kanunu²²⁴ kabul edilene dek tahkim anlaşmasının bağımsızlığı konusunda herhangi bir hüküm mevcut değildi. Sadece, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı konusunda yargı kararları mevcuttu. Meselâ 1941 senesindeki *Vostokintorg v. Bairam Erenchuch* davasında esas sözleşmenin geçersizliğine hükmedilmesine rağmen, sözleşmede yer alan tahkim şartı geçerli kabul edilmiştir. 1960 senesindeki *Soyuznefteeksport v. A. Moroni & A. Keller* davasında, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeyi İtalyan şirket adına imzalayan kişilerin temsil ve ilzama yetkili olmadıkları gerekçesiyle esas sözleşme geçersiz kabul edilmiş ve fakat tahkim şartı geçerli addedilmiştir. 1964 senesindeki *O. Mayer v. Cogis* davasında, tahkim anlaşmasının geçersizliğine

²²⁰ <http://www.jus.uio.no/lm/belgium.code.judicature.1998/landscape.pdf>

²²¹ www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf

²²² Fouchard, Gaillard, Goldman s.203.

²²³ Yasuhei Taniguchi, "Arbitration and Applicable Law in Japan", **ICCA Congress Series No:7**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1996, s.530.

²²⁴ http://globalarbitrationmediation.com/russian_arbitration.shtml

hükmedilmesine rağmen esas sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. 1984 senesindeki *Sojuznefteeksport v. Joc Oil* davasında, esas sözleşmenin konusu ile tahkim anlaşmasının konusunun birbirinden ayırt edilebileceğine zira farklı hukukî niteliklere sahip olduklarına karar verilmiştir.²²⁵

Türk hukukunda, tahkim şartı ile asıl sözleşmenin gerek amaçları, gerek fonksiyonları ve gerekse hukukî nitelikleri itibariyle birbirinden tamamiyle ayrı sözleşmeler oldukları kabul edilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde savunulan görüşlerden biri de, tahkim anlaşmasını usûl hukukuna ait bir sözleşme olarak görmekte ve esas sözleşmeden bağımsız oluşunu bu gerekçeye dayandırmaktadır.²²⁶ Türk MTK m.4/4 hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamaz. Bu yüzden asıl sözleşmenin geçerliliği ile tahkim şartının geçerliliğinin, ayrı değerlendirilmesi gereklidir.²²⁷

Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden farklı ve müstakil bir sözleşme olmasının doğal neticesi olarak somut olayda tahkim anlaşması geçersiz olmasına rağmen esas sözleşme geçerli olabilir yahut tam aksine tahkim anlaşması geçerli olmasına rağmen esas sözleşme geçersiz olabilir. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin içinde bir şart olarak yer aldığı durumlarda söz konusu olan hükümsüzlük sebebinin her iki anlaşmayı da sakatlaması mümkündür. Tahkim şartı içeren esas sözleşmenin, meselâ tehdit altında imzalanmış olması hem esas sözleşme hem de tahkim şartı için geçersizlik sebebi teşkil eder. Fakat müşterek geçersizlik sebepleri dışında kalan hallerde her iki anlaşmanın geçerli olup olmadığının müstakilen değerlendirilmesi gerekir.²²⁸

²²⁵ Ikko Yoshida, “Interpretation of Separability of an Arbitration Agreement and its Practical Effects on Rules of Conflict of Laws in Arbitration in Russia”, **Arbitration International**, Vol:19, No:1, 2003, s.100.

²²⁶ Fehmi Ülgener, **Çarter Sözleşmeleri**, İstanbul, 2000, s.603.

²²⁷ Turgut Kalpsüz, “Tahkim Anlaşması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP’E Armağan**, C.II, İstanbul 2003, s.1042–1044.

²²⁸ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.312.

Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olmasının sonuçlarından biri de, geçersiz olan esas sözleşmenin ifa edilmesi sonucu geçerli hâle gelmesinin tahkim şartını da geçerli hâle getirmeyeceğidir.²²⁹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E.9108/K.9685 sayılı ve 15.11.1995 tarihli yayınlanmamış kararına konu olayda, Bulgar şirketi tarafından hakem kararının tenfizinin talep edildiği davada Konya Ticaret Mahkemesi, esas sözleşmenin ifa nedeniyle geçerli hâle gelmesi karşısında tahkim şartının geçersizliğini ileri sürmenin MK m.2 hükmüne aykırı olacağına karar vermişti. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise, satıcı Bulgar şirketi ile Türk şirketi arasında, Türk şirketinin ortaklığı temsil ve ilzama yetkili olmayan ortağı tarafından imzalanan satım sözleşmesinin ifa sebebiyle geçerli sayılmasına karşın, sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartını sözleşmeden müstakil olarak ele almış ve tahkim şartına yönelik bir ifa hareketi bulunmadığından, tahkim şartını geçersiz saymıştır.²³⁰

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin E.2051/K.3488 sayılı ve 22.04.1993 tarihli yayınlanmamış kararına göre: *“Tahkim sözleşmesi ile esas sözleşmenin hukukî niteliklerini birbirine karıştırmamak gerekir. Tahkim sözleşmesi usûl hukuku sözleşmesi olduğu halde; buna karşın esas sözleşme maddî hukuk akdidir. O nedenle bu her iki sözleşme birbirinden tamamen bağımsızdır. Bu yüzden asıl sözleşmenin geçerli olması, zorunlu olarak o sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermez. Eş söyleyişle, tahkim şartının yazgısı hukukî bakımdan esas sözleşmenin yazgısına bağlı olmadığı gibi, esas sözleşme dahi tahkim şartının yazgısına bağlı değildir. Tahkim şartının esas sözleşmenin içinde olması, sözleşmenin esas sözleşmeden ayrı ve müstakil olma kuralını etkilemez. Bu bakımdan esas sözleşme ile tahkim sözleşmesinin butlanla malûliyeti ayrı ayrı değerlendirmeye ve araştırmaya tâbi olacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Bu durum altında (Ş.T.); ENKA AŞ'nin vermiş olduğu 19.3.1980 günlü vekâletnameye göre ve şirketin yetkilisi sıfatıyla 31.5.1982 günlü sözleşmeyi imzalarken vekâletnamede mevcut yetkilerle donatıldığı için esas sözleşme maddî hukuk sözleşmesi olarak geçerlidir. Ne var ki anılan sözleşmenin 12nci maddesindeki tahkim koşulu yani bir usul hukuku sözleşmesi olan Tahkim Sözleşmesi vekil (Ş.T.)'nin 19.3.1980 günlü*

²²⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.312.

²³⁰ Karar ve yorumu için bakınız Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.312–313 ve dn.266.

*vekâletnamesinde Tahkim Sözleşmesi imzalama yönünden özel yetkisi olmadığından hukuken geçersizdir.*²³¹

4. Değerlendirme

Görüşler değerlendirmeye tâbi tutulduğunda; başlangıçta esas sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen tahkim şartının bağımsız olduğu ve esas sözleşmeyle aynı hukukî yazgıyı paylaşmadığı fikri hâkim olmuştur. Günümüzde tahkim anlaşmasının veya esas sözleşmenin geçersizliğinin diğerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, tahkim anlaşmasının ve esas sözleşmenin farklı hukuklara tâbi olabileceği ve birinin ifasının diğerinin geçerliliğini muhakkak etkileyeceğinin söylenemeyeceği görüşleri kabul edilmektedir. Hatta tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden hukuken bağımsız olduğu yönündeki prensibin neredeyse bütün hukuklarda kabul edildiği de ileri sürülmektedir.²³² Ne var ki bilhassa tahkim anlaşmasının intikali meselesiyle karşılaşıldığı zaman tahkim şartının hâlâ esas sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak ele alındığı da görülmektedir. Tahkim anlaşmasının aynı anda hem esas sözleşmeden bağımsız, hem de esas sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak görülmesi tutarlı değildir.²³³

Tek bir enstrümanda iki ayrı anlaşmanın yer alması muhtemeldir. Meselâ bir metinde hem satım, hem de eser sözleşmesi yer alabilir. Burada her ne kadar taraflar iki ayrı sözleşmeyi birleştirmiş görünseler de aslında ortada hukuken birbirinden bağımsız iki sözleşme vardır. Bunun anlamı; her iki sözleşmenin farklı sona erme sürelerine tâbi olması, birinin ifa edilmemesinin diğerinin icraî niteliği üzerinde etki doğurmaması, birinin geçersiz olmasının diğerinin de muhakkak geçersiz olacağı anlamına gelmemesi ve en önemlisi her birinin başlı başına kendine yeten birer bütün teşkil edebilmesidir.²³⁴ Tahkim şartı içeren bir sözleşme akdeden tarafların aslında bir değil iki sözleşme akdettiklerinin kabulü olarak da tarif edilen²³⁵ tahkim

²³¹ Karar için bakınız Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.314.

²³² Tweeddale, Tweeddale, s.122.

²³³ Girsberger, Hausmaninger s.138.

²³⁴ Mayer s.261; Van Houtte, **International Trade**, s.386–387.

²³⁵ Mayer s.261.

anlaşmasının bağımsızlığı prensibi, tahkim anlaşmasının kendine has bir hukukî yapıya sahip olduğunu ve esas sözleşmeye bağlı fer'i bir hak olarak nitelendirilemeyeceğini ortaya koymakta ve tahkim anlaşmasına açık ve ayrı bir biçimde rıza gösterilmesini gerektirmektedir.²³⁶ Bütün bu nedenlerle, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibinin, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde de hâkim olduğu kanısındayız. Bu itibarla, alacağın temlik, üçüncü kişi yararına sözleşme, garanti taahhüdü veya konişmentonun devri gibi, üçüncü kişinin, esasen tahkim şartının ilişkin bulunduğu maddî hukuk sözleşmesine tâbi olmakla, tahkim şartına da tâbi hâle geldiğinin kabul edildiği haller söz konusu olduğunda, tahkim anlaşmasıyla esas sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız olduğu yönündeki prensibin nazara alınması gerektiği kanısındayız.

G. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE YAZILI ŞEKİL ZORUNLULUĞUNUN ROLÜ

Yazılı şekil zorunluluğunun, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili bakımından doğurduğu sorun kısaca şöyle ifade edilebilir: tahkim anlaşmasının teşmil edilmek istendiği üçüncü kişi açısından yazılı şekil zorunluluğuna uygunluk aranacak mıdır; yoksa yazılı şekil zorunluluğuna, tahkim anlaşmasının başlangıçtaki taraflarınca akdedilmesi esnasında riayet edilmesi yeterli mi olacaktır?

Bu konuda, yazılı şekil zorunluluğunun sadece tahkim anlaşmasının başlangıçtaki kuruluşunda aranacağı yönündeki görüşün giderek daha yaygın bir kabul gördüğü ifade edilmektedir. Bu görüşe göre tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesi sadece tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkindir ve bu aşamada tahkim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığına bakılmaz.²³⁷

²³⁶ Chow s.102; Girsberger, Hausmaninger s.136–137; Lew s.117; Redfern s.22; Dimolitsa s.219; Fouchard, Gaillard, Goldman s.209.

²³⁷ Wenger s. 332.

İsviçre'deki hâkim görüş uyarınca, bir tahkim şartı mevcut ise, bunun kapsam ve hükümleri İsviçre DÖHK m.178/2'ye göre belirlenir.²³⁸ Zira mesele, yazılı şekil şartına uygun olarak mevcut bulunan bir tahkim şartının kişi bakımından kapsam ve hükümlerine (*ratione personae*) ilişkindir.²³⁹

Yakın zamana dek, tahkim anlaşmasının yazılı olarak ispatlanmasına ilişkin şart, tahkim şartının üçüncü kişilere teşmilinde de aranmaktaydı. Bir başka ifadeyle, mevcut bir tahkim anlaşmasının üçüncü bir kişiye teşmili için, bu kişinin iradesinin yazılı olarak ispatlanması gerekliydi. İsviçre Federal Mahkemesi, 16.10.2003 tarihli kararına konu olan (*X*) *SA Libanaise*, (*Y*) *SA Libanaise*, (*A*) v. (*Z*) *Société à Responsabilité Limitée Libanaise* davasında²⁴⁰ İsviçre DÖH Kanunu m.178/1'de öngörülen şekli zorunluluğun, sadece aralarındaki uyuşmazlıkları tahkime havale etme yönündeki iradelerini ortaya koyan esas âkit taraflar bakımından söz konusu olduğuna hükmetti. Davaya konu olayda, Ekim 1997'de Lübnanlı bir şirket ile Lübnanlı iki şirket arasında bir sözleşme akdedilmişti. Lübnan hukukuna tâbi olan sözleşmede uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ICC tahkimi ve tahkim yeri olarak Cenevre belirlenmişti. Taraflar arasında ödemelere ilişkin bir uyuşmazlık doğması üzerine yüklenici şirket; iş sahibine, onun acentasına ve bu şirketlerin idaresinde ve sözleşmenin ifasında aktif rol oynadığını iddia ettiği bir gerçek kişi aleyhine tahkim talebinde bulundu. Davalı şirketler tahkim talebine karşılık olarak üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ve bundan dolayı hakem heyetinin üçüncü kişi bakımından yargılama yetkisinin bulunmadığını ileri sürdüler. Hakem heyeti, 22.04.2003 tarihli nihaî kararında, tahkim şartının kapsamının, tahkim şartının varlığından ve kapsamından haberdar olan ve tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin müzakere veya ifasında aktif rol oynayan üçüncü kişilere teşmilini benimseyen Fransız hukukunun yansıttığı uluslararası ticarî örf âdetleri uygulama yetkisine sahip

²³⁸ Marc Blessing, "The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability", **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.178; Marc Blessing, **Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives**, Swiss Commercial Law Series No:10, 1999, s.189.

²³⁹ Blessing, **Introduction to Arbitration**, s.190; Marc Blessing, **International Arbitration in Switzerland – An Introduction to and a Commentary on Articles 176 – 194 of the Swiss Private International Law Statute**, Ed: Stephen V. Berti, Kluwer Law International, 2000, s.180.

²⁴⁰ **BGE 129 III 727; ASA Bulletin**, Vol:22, 2004, s.364.

olduğuna ve üçüncü kişi bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğuna karar verdi. İş sahibi, acentası ve üçüncü kişi, tahkim şartının üçüncü kişiye teşmilinde İsviçre DÖH Kanunu m.178/1 hükmünün öngördüğü şartların yerine getirilmesi gerektiği; bir başka ifadeyle, bir üçüncü kişinin mevcut bir tahkim şartıyla bağlanma iradesinin yazılı olarak ispat edilmesi gerektiği ve bu gereklilik yerine getirilmediği takdirde hakem heyetinin üçüncü kişi bakımından yargılama yetkisi bulunmadığı iddiasıyla İsviçre mahkemelerinde iptal davası açmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, m.178/1’de yer alan bu gerekliliğin, tahkim şartının kişi bakımından kapsamının tayininde, yani tahkim şartının kimleri bağladığının belirlenmesinde uygulanıp uygulanmayacağına karar vermek durumunda kalmıştır. Federal Mahkeme, üçüncü kişinin tahkime gitme iradesinin yazılı bir metinden kaynaklanması gerektiğini ileri sürenler ile tahkim şartının kişi bakımından kapsamının tayininin sadece bir maddi hukuk meselesi olduğunu ileri sürenler arasındaki tartışmayı ele almış ve şöyle karar vermiştir: “...tahkim şartının üçüncü kişilere teşmilinde şekil zorunluluğunu katı yorumlamak için yeterli sebep yoktur. DÖH Kanunu m.178/1’de öngörölen şekil zorunluluğunu tamamen gözardı etmek de mümkün değildir...Ne var ki bu şekli zorunluluk sadece tahkim anlaşmasının başlangıçtaki kuruluşunda uygulanır; bir başka ifadeyle tahkim şartının üçüncü kişilere teşmilinde uygulanmaz.”²⁴¹

Tahkim yeri olarak Cenevre’nin ve uygulanacak hukuk olarak Viyana Konvansiyonu ile İsviçre hukukunun birlikte seçildiği tek hakemli bir *ad hoc* tahkim yargılamasında²⁴² davacı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının bir üçüncü kişiye teşmilini talep etmiştir. Bahse konu dilekçe hem davalıya hem de üçüncü kişiye tebliğ edilmiştir. Hakem, tahkim yargılamasında izleyeceği usül kuralları taraflarca tayin edilmediği için, bu kuralları taraflarla görüştükten sonra belirlemeye ve bu yapılan dek İsviçre hukukunun uluslararası ticari tahkime ilişkin hükümlerini esas almaya karar vermiştir. Bu hükümler arasında tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili meselesini düzenleyen bir hüküm

²⁴¹ Laurent Levy, Blaise Stucki, “Switzerland: The Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non – Signatories”, **International Arbitration Law Review**, Vol:8, No:1, 2005, N.5–6; Habegger s.404; Sandrock, **Formvorschrift**, s.1–3.

²⁴² Karar yayınlanmamıştır.

bulunmuyordu. Hakem bu aşamada İsviçre Federal Mahkemesinin 16.10.2003 tarihli *(X) SA Libanaise, (Y) SA Libanaise, (A) v. (Z) Société à Responsabilité Limitée Libanaise* kararına²⁴³ atıfta bulunmuştur. Yukarıda yer verdiğimiz bu kararda Federal Mahkeme, İsviçre DÖH Kanunu'nun tahkim anlaşmasının şeklini düzenleyen m.178/1 hükmünde öngörülen şekil zorunluluğunun, tahkim anlaşmasının başlangıçtaki kuruluşunda söz konusu olduğuna ve tahkim anlaşmasıyla kimlerin bağlı olduğu, bir başka ifadeyle üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı sorusunun, tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğini düzenleyen m.178/2 hükmü çerçevesinde tayin edilmesi gerektiğine hükmetmişti. Hakeme göre, mevcut davada taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış olduğundan, İsviçre DÖH Kanunu m.178/1 hükmünün gereği yerine getirilmiştir.

Altı çizilmelidir ki Federal Mahkemenin bu yaklaşımı, *mevcut ve şeklen geçerli* bir tahkim şartının teşmiliyle sınırlıdır. Meselâ, sözlü olarak akdedilmiş bir tahkim şartının tarafınca aleyhinde tahkim yargılaması başlatılan bir üçüncü kişinin, hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmek için m.178/1 hükmüne dayanması mümkündür.²⁴⁴

Alman mahkemeleri de yazılı şekil zorunluluğunun sadece tahkim anlaşmasının başlangıçtaki kuruluşunda uygulanacağı yönünde karar vermiştir.²⁴⁵ Mahkemeye göre, mevcut bir tahkim anlaşmasının tarafı sıfatını, temlik yahut diğer herhangi bir yolla iktisap edenler, aynı tahkim anlaşmasını başlangıçta akdeden taraflara nazaran, tahkim anlaşması konusunda daha fazla uyarılmaktadır.²⁴⁶ Meselâ tahkim şartı ihtiva eden bir konişmentonun sonraki hamillerinin bu tahkim şartıyla bağlı olup olmadığının tayininde New York Konvansiyonu m.II hükmüne riayet etme zorunluluğu bulunmadığı öne sürülmektedir.²⁴⁷ Birçok mahkeme kararında, tahkim şartının temellük edene otomatikman intikalinin, yazılı şekil kuralına aykırı

²⁴³ BGE 129 III 727; ASA Bulletin, Vol:22, 2004, s.364.

²⁴⁴ Levy, Stucki N.7.

²⁴⁵ 71 BGHZ s.165 (1978).

²⁴⁶ Habegger s.408.

²⁴⁷ Reithmann, Hausmann s.1766.

olmadığına karar verilmiştir. Buna göre, yazılı şekil zorunluluğu, tahkim anlaşmasının sonradan devrine değil, sadece başlangıçtaki kuruluşuna ilişkindir. Bundan başka, yazılı şekil kuralının, tahkim anlaşmalarının intikali hallerinde uygulanması hâlinde hizmet ettiği amaçla bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir. Yeni akdedilen bir tahkim anlaşmasının taraflarından farklı olarak, temellük edenin, zaten mevcut olan bir tahkim anlaşmasının devri hâlinde yeterli oranda uyarıldığı; zira tahkim şartının mevcudiyeti hakkında bilgi alma imkânına sahip olduğu kabul edilmektedir²⁴⁸.

Meselenin çözümü için, yazılı şekil zorunluluğunun altında yatan dinamiğe de bakılması gerektiği kanısındayız. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılma zorunluluğunun altında yatan ihtiyacın, tarafların ne tür bir anlaşma yaptıkları konusunda uyarılması ve yapılan anlaşmanın kanıtlanması olduğu ileri sürülmektedir.²⁴⁹ Buna karşılık bunu ikna edici bulmayanlar da vardır.²⁵⁰ Geleneksel olarak nitelendirdikleri bu görüşün, devlet mahkemelerinin hâlâ doğal hâkim olarak kabul edildiği yerel tahkimler bakımından ayakta durduğu ve fakat uluslararası ticarete hâkim olan uluslararası ticarî tahkim bakımından geçerliliğini yitirdiği; uluslararası ticaretin aktörlerinin tahkime karşı değil mahkemelere karşı korunması gerektiği de iddia edilmektedir. Bunlara göre yazılı şekil zorunluluğunun amacı, tahkim anlaşmasının içeriğinin ortaya konulmasıdır.²⁵¹ Aynı görüşü savunan bir diğer müellif de, New York Konvansiyonu m.II hükmünde öngörülen yazılı şekil zorunluluğunun, tarafları korumayı amaçlayıp amaçlamadığı sorusuna olumsuz yanıt vermektedir. Bu müellife göre uluslararası ticaretin ve uluslararası ticarî tahkimin aktörleri tacirlerdir ve bu kişilerin, ticarî faaliyetleri çerçevesinde akdettikleri tahkim

²⁴⁸ Girsberger, Hausmaninger s.143.

²⁴⁹ Toby Landau, “The Written Form Requirement for Arbitration Agreements: When ‘Written’ Means ‘Oral’”, **ICCA Congress Series No:11**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 2003, s.22–23; Mbaye s.98; Wenger s.332; Karl Heinz Schwab, Gerhard Walter, **Schiedsgerichtsbarkeit**, 7.Auflage, C.H. Beck Verlag, 2005, s.389; Sandrock, **Formvorschrift**, s.3.

²⁵⁰ Lindacher s.168.

²⁵¹ Andreas Reiner, “The Form the Agent’s Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention and the Courts”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.85–87.

anlaşmaları konusunda korunmaya ihtiyaçları bulunduğu öngörüsüyle hareket etmek mümkün değildir.²⁵²

Kanaatimizce tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili, üçüncü kişi bakımından tahkim anlaşmasının esas açısından geçerli olup olmadığına ilişkin bir meseledir ve tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tâbi olarak çözümlenmesi gerekir. Yazılı şekil zorunluluğunun temeline bakıldığında; tarafların ne tür bir anlaşma yaptıkları konusunda uyarılması, yapılan anlaşmanın kanıtlanması, tahkim anlaşmasının içeriğinin ortaya konulması gibi hususlarla karşılaşmaktadır. Bunların hangisi esas alınırsa alınsın, mevcut ve şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevabın içinde şekle ilişkin unsurlar yer almaz. Ancak esas bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında *şeklen* geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı aranır.²⁵³ Bu itibarla, ilk olarak vücuda getirilişi esnasında yazılı şekil zorunluluğuna uygunluk arz eden bir tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinde, üçüncü kişinin yazılı bir beyanda bulunmuş olmasının aranmaması yerindedir.

²⁵² Lindacher s.168; Sandrock, **Formvorschrift**, dn.12.

²⁵³ Cemal Şanlı, “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, (2002)2 **MHB, Ergin Nomer’e Armağan**, s.788.

II. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE UYGULANACAK HUKUK

A. GENEL OLARAK

Bu çalışmada, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan hukukî müesseseler, *maddî hukuk müesseseleri* ve *usûl hukuku müesseseleri* şeklinde iki ana başlık altında ele alınmaktadır. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde uygulanacak hukukun tayini de, aynı sistematik çerçevesinde incelenmelidir.

B. MADDÎ HUKUK MÜESSESELERİ VASITASIYLA TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE UYGULANACAK HUKUK

1. Genel Olarak

Uluslararası ticarî tahkim, yabancılık unsuru taşıyan, yani birden fazla ülke hukukuyla temas hâlinde bulunan ilişkileri konu edinir. Tahkim anlaşması da bir sözleşme olması itibariyle, geleneksel kanunlar ihtilâfi hukuku açısından bakıldığında, maddî hukuk müesseseleri vasıtasıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin çözümünde, hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği sorusuyla karşılaşılır. Tahkim anlaşmasına görünüşte taraf olmayan bir kişinin aslında onun tarafı olup olmadığı veya tarafı farz edilip edilemeyeceği, bu sözleşmeye uygulanan hukuka tâbi olarak belirlenmelidir. Bu itibarla çözümün ilk basamağı, tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuku belirlemektir.²⁵⁴ Buna karşılık meselenin, hiçbir millî hukuka dayanmayan ve uluslararası ticarî örf ve âdet hukuku anlamına gelen *lex mercatorianın* uygulanması suretiyle çözülmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre kanunlar ihtilâfi kurallarına yahut millî hukuklara gidilmesine gerek yoktur.²⁵⁵

²⁵⁴ Otto Sandrock, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt am Main, 1993, s.634.

²⁵⁵ Blessing, *The Arbitration Agreement*, s.21.

Meselâ Alman hukukunda, meselenin, kanunlar ihtilâfi kurallarının göstereceği millî hukuk tarafından çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir.²⁵⁶ Buna karşılık Fransız hukuku, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesine uygulanacak hukuk konusunda ikiye ayrılmış görünmektedir. Birinci grup tahkimin iradî/ihtiyarî niteliğine dikkat çekmekte ve bu itibarla üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilmesine, üçüncü kişinin tahkime tâbi olma iradesi açıkça ortaya konulmadıkça karşı çıkmaktadır. Bu görüşün savunucuları, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının kapsamına sokulmasında başta gelen kriterin hukukun genel prensiplerinden ve bu kapsamda *lex mercatori*adan kaynaklandığı vakiasını reddeder. Bunlara göre ulusal hukuklar, günümüz uluslararası iş ve ticaret dünyasının gereklerine uygun her türlü hukukî müesseseye sahiptir. Tahkim anlaşmalarını mümkün merteye ayakta tutmaya ve uluslararası ticaret camiasının ihtiyaçlarını nazara almaya çalışan diğer görüş ise, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilini daha kolay benimsemekte ve tahkim şartı içeren bir sözleşmenin müzakere yahut ifasında rol oynayan üçüncü kişilerin tahkimde yer almaktan kaçınmasını haksız bulurken daha rahat hareket etmektedir. Bu görüşün öncülerine göre millî hukukları incelemeye gerek bulunmamaktadır; zira, tahkim şartının üçüncü kişilere teşmilinin temelinde, bütün millî hukukların temel prensibi olan *dürüstlük kuralı* yer almaktadır.²⁵⁷ Bu yaklaşımın farklı bir tezahürü olarak Fransız mahkemeleri, tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemeleri gerektiği hallerde, kanunlar ihtilâfi meselelerine girmeksizin doğrudan Fransız maddî hukukunu uygulamaktadır.²⁵⁸ Buna karşılık, Yargıtay'ın, yabancılık unsuru içeren bazı davalarda²⁵⁹, tahkim şartı ihtiva eden konişmentonun sonraki hâmillerinin bu tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağı hususunu karara bağlarken uygulanacak hukuk araştırmasına girmeksizin doğrudan Türk maddî hukukunu uygulamış olması doktrinde eleştiriri

²⁵⁶ Busse s.123.

²⁵⁷ Habegger s.398–399.

²⁵⁸ Hosking, **Third Party**, s.552; Fouchard, Gaillard, Goldman s.382.

²⁵⁹ Y HGK E.1994/11–765, K.1995/39, T.1.2.1995; **İBD**, C:71, S:2, 1997, s.375 vd.; Y 11. HD. E.1996/6876, K.1997/754, T.27.2.1997; **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl:4, S:1–2, Mart–Haziran 1999, s.79.

konusu yapılmış, bu konuda öncelikle uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve tespit edilen bu hukuk doğrultusunda bir sonuca varılması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁶⁰

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilip edilemeyeceği meselesinin çözümü için öncelikle bu iki yaklaşımdan birinin tercihi gerekmektedir. Bu tercih, meselenin ileri sürüldüğü yargı merciine göre değişiklik gösterebilir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline ilişkin iddianın hakem heyeti önünde ileri sürülmesi hâlinde hakemlerin yapacağı tercih ile aynı iddianın resmî yargıda ileri sürülmesi hâlinde hâkimlerin yapacağı tercih farklılık arz edebilir. Buna ek olarak hâkimlerin yapacağı tercih, iddianın ileri sürüldüğü aşamaya göre de değişiklik gösterebilecektir.

Bahse konu yaklaşımları ele almadan önce, her iki yaklaşımın bir arada uygulanabilmesinin de mümkün olduğunu ifade etmek gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, hem kanunlar ihtilâfi hukuku yaklaşımının hem de *lex mercatorianın* birlikte uygulanabileceğine emsal teşkil eden, 16.10.2003 tarihli (*X SA Libanaise, (Y) SA Libanaise, (A) v. (Z) Société à Responsabilité Limitée Libanaise* kararına²⁶¹ konu olayda; (X), (Y) ve (Z) şirketleri arasında, tahkim şartı da içeren bir sözleşme akdedilmiştir. Bir uyuşmazlık doğması üzerine (Z) tarafından (X), (Y) ve Bay (A) aleyhine tahkim yargılaması başlatılmıştır. Bay (A)'nın davalı olarak gösterilmesinin gerekçesi, sözleşmenin yorumu ve ifası safhalarında esaslı rol oynamasıdır. Hakemleri sonuca götüren vakıalar da esas itibarıyla üçüncü kişinin sözleşmenin ifasında rol oynaması ve sözleşmeye taraf şirketler üzerindeki hâkimiyeti olmuştur. Federal Mahkeme, tahkim şartının kişi bakımından kapsamının (*ratione personae*) tahkim şartının esas bakımından geçerliliğine ilişkin İsviçre DÖH Kanunu m.178/2 hükmü *ışığında* ele alınması gerektiğini benimsemiş ve bu bağlamda uluslararası ticarî örf âdetin de nazara alınabileceğini belirterek, hakem heyetinin tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili konusunda ICC Kuralları m.17

²⁶⁰ Ülgener, **Çarter Sözleşmeleri**, s.604 dn.4.

²⁶¹ **BGE** 129 III 727; **ASA Bulletin**, Vol:22, 2004, s.364.

uyarınca *lex mercatoriay*ı uygulamasını kabul etmiştir.²⁶² Bu kararın gerekçesini, İsviçre DÖH Kanunu m.178/2 hükmünde bulmaktayız. Bu hükme göre tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerli kabul edilmesi için, taraflarca tâbi kıldıkları hukuka veya esas meseleye uygulanan hukuka yahut İsviçre hukukuna göre geçerli olmaları yeterlidir. Bu kuralın, bir kanunlar ihtilâfi kuralı gibi görünmesine rağmen, aslında İsviçre hukukunun uluslararası ticarî tahkime ilişkin liberal kurallarını devreye sokma amacı güden bir kural olduğu kabul edilmektedir.²⁶³

2. Lex Mercatoria

Lex mercatoria, uluslararası ticarî ilişkileri düzenlemek amacıyla geliştirilmiş kurallar ile uluslararası ticarete yaygın biçimde benimsenmiş ticarî örf, âdet ve teamüller bütünü olarak ifade edilmektedir.²⁶⁴ Her ne kadar tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tayinde en eski ve en çok başvurulan yöntem, kanunlar ihtilâfi tekniği olsa dahi, bu yöntemden sapmalar bulunduğu da vakıdır. Birçok davada, tahkim anlaşmasının taraflarının kimler olduğuna, uygulanacak hukuk kurallarına başvurulmaksızın sadece davadaki vakıalara, hal ve şartlara istinaden ve uluslararası ticaretin örf âdetleri nazara alınarak karar verilmiştir²⁶⁵.

Fransız hukukunda uluslararası ticarî tahkim sahasında kalan tahkim anlaşmalarının, kendilerine has bir geçerliliğe sahip olduğu görüş ve tatbikatının hâkim olduğu öne sürülmektedir. Bu görüş ve tatbikatın, tahkim anlaşmalarının millî hukuklardan bağımsız olduğu görüşünün farklı bir tezahürü olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca bu yaklaşımın, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tayininden

²⁶² Matthais Scherer, “Switzerland: Arbitration Agreement Binding on Non-Signatories or Non-Parties”, **International Arbitration Law Review**, Vol:8, No:2, 2005, N.24–25; Habegger s.398, 410.

²⁶³ Fouchard, Gaillard, Goldman s.237.

²⁶⁴ Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.314.

²⁶⁵ Klaus Peter Berger, **Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit**, Walter de Gruyter 1992, s.118; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.258.

ziyade, tahkim anlaşmasına taraf olanların belirlenmesinde kullanıldığı ifade edilmektedir.²⁶⁶

Fransız *Cour de Cassation*'un 1993 senesindeki *Dalico* kararına²⁶⁷ konu olayda, Libyalı tarafla Danimarkalı taraf arasında akdedilen sözleşmede yer alan tahkim şartının mevcudiyeti ve şekli geçerliliği tartışma konusu olmuştu. Standart sözleşme şartlarında Libya mahkemelerinin yetkili olduğu öngörülmekte, sözleşmeye yapılan ekte ise tahkim şartı içeren bir belgeye atıfta bulunulmakta ve bu belgede yer alan hükümlerin sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmekteydi. Libyalı taraf, sözleşmenin eki taraflarca imzalanmadığı için tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ve ayrıca tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin, davanın esasına uygulanan Libya hukukuna tâbi bulunduğunu öne sürdü. Fransız Yüksek Mahkemesi, tarafların müşterek iradesi ve uluslararası kamu düzeni uyarınca, uluslararası ticarî tahkim hukukuna göre tahkim anlaşmasının, ilişkin olduğu sözleşmeden, bu sözleşmenin mevcudiyetinden yahut geçerliliğinden ve bu sözleşmenin tâbi olduğu hukuktan hukuken bağımsız olduğuna işaret ederek, millî hukuklara istinat edilmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır.²⁶⁸

Lex mercatorianın, varlığını en fazla hissettirdiği alan olan ve hatta bu konuya ilişkin önemli bir eserde, *lex mercatoriaya* ait prensiplerden biri olarak açıkça zikredilen²⁶⁹ grup şirketler teorisine ilişkin içtihatlardan çıkan en önemli sonuçlardan biri, hakem heyetlerinin, tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili hakkındaki kararlarını, uygulanacak hukuka ilişkin bir ön belirlemeye dayandırmadıklarıdır. Hakemler, yargılama yetkilerini belirlemede, tahkim şartının bağımsızlığı prensibinden yola çıkarak, uluslararası ticarî örf âdetleri göz önünde

²⁶⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman s.229.

²⁶⁷ *Cour de Cassation*, 20.12.1993, **Rev.Arb.** 1994, s.116.

²⁶⁸ Dimolitsa s.225; Boisseson, Clay s.152; Woolhouse, **Group of Companies**, s.441; Fouchard, Gaillard, Goldman s.230.

²⁶⁹ Lord M. Mustill, "The New Lex Mercatoria: The First Twenty – Five Years", **Liber Amoricum fort ha Rt Hon. Lord Wilberforce**, Clarendon Press, Oxford, 1987, prensip.8, s.176.

bulundurmakta ve davaki vakıalar ile tarafların ortak niyetinin ne olduğunu esas almaktadır.²⁷⁰

Grup şirketlere ilişkin en çok bilinen davalardan biri olan 4131 sayılı *Dow Chemical*²⁷¹ davasında hakem heyeti; “...grubun bazı şirketleri tarafından açıkça kabul edilen tahkim şartlarının, şartı ihtiva eden sözleşmelerin kuruluşu, ifası veya feshinde oynadıkları rol dolayısıyla grubun diğer şirketlerini bağlaması gerektiğini ve bu sözleşmelerin gerçek tarafları olarak veya bu sözleşmelerle ve bunlardan doğabilecek uyuşmazlıklarla genel olarak ilgili görünenlerin müşterek iradelerini göz önünde tutmak” gerektiğine hükmetmek suretiyle, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığını tespit ederken millî bir hukuku uygulamamıştır.²⁷² Hakem heyeti, olayda uygulanma alanı bulunan 1975 tarihli ICC Kuralları m.8 hükmünün, hakem heyetine, yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığını tayin ederken herhangi bir hukuku uygulama yükümlülüğü getirmediğine karar vermiş²⁷³; kararına ulaşırken, ICC hakemlerince verilen kararların diğer hakemlerce nazara alınması gereken bir içtihat hukuku yarattığı fikrine dayanmış ve bu doğrultuda, esas sözleşme ile tahkim şartının birbirinden bağımsız olduğu ve esas sözleşmeden ayrı bir hukuka tâbi olabileceği, tahkim şartına uygulanmak üzere bir hukukun seçilmemiş olduğu hallerde hakem heyetinin belirli bir ülke hukukunu uygulamak durumunda olmadığı sonucuna varılan 2138 sayılı ICC kararına istinat etmiştir.²⁷⁴

Alıcı ve yüklenici arasında kurulan bir sözleşmede yer alan tahkim şartının, sözleşmede taraf olarak zikredilmeyen ve fakat sözleşmede imzası yer alan alt yükleniciye teşmilinin tartışma konusu olduğu bir ICC davasında hakemler, belirli bir hukuka atıfta bulunmaksızın çözüme gitmişlerdir. Hakemlere göre, tahkim anlaşmasıyla bağlanma iradesinin mevcudiyeti, hukuka değil maddî gerçekliğe ve

²⁷⁰ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.297.

²⁷¹ **YBCA**, Vol:9, 1984, s.131.

²⁷² Busse s.120.

²⁷³ Chow s.105.

²⁷⁴ John Leadley, Liz Williams, “Peterson Farms: There is no Group of Companies Doctrine in English Law”, **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:4, 2004, s.111.

ispata ilişkin bir mesele olduğundan, belirli bir hukuka atıfta bulunulmaksızın belirlenmelidir. Hakemlerin, tarafların müşterek niyetlerine ve hâlin şartlarına atfen karar verdikleri 4131 sayılı ICC Davası olan *Dow* davasından sonra bunun genel bir prensip hâline gelmekte olduğu ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tayininin sadece maddî vakıyalardan çözüme gidilememesi hâlinde gerekli olacağı da iddia edilmektedir.²⁷⁵

3. Geleneksel Kanunlar İhtilâfı Tekniği

a. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tayin ederken kanunlar ihtilâfı tekniğinin uygulanması hem en eski, hem de en çok başvurulan yöntem olarak gösterilmektedir.²⁷⁶ Geleneksel kanunlar ihtilâfı tekniği tercih edildiğinde, yetkili yargı mercii, konu hakkında çatışan hukuklar arasından bir seçim yapmak zorunda kalacaktır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken hususların başında, birbirinden bağımsız oldukları kabul edilen tahkim anlaşmasına ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukların ayrı ayrı tayin edilmesi gerektiğidir. Tahkim anlaşması esas sözleşmenin içinde bir kloz olarak yer alması ve sözleşmede geniş bir ifade biçimiyle “*bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar...*” için bir hukuk seçimi yapılmış olması hâlinde de sonuç değişmez. Zira bu ihtimalde esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk ile tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuk aynı temele dayanmamaktadır.²⁷⁷ Uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin tâbi olduğu kanunlar ihtilâfı kuralına, bu kanunlar ihtilâfı kuralı da meselenin vasıflandırılmasına bağlıdır.²⁷⁸ Meselenin vasıflandırılması ise, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin tartışma konusu yapıldığı yargı merciine ve ileri sürüldüğü aşamaya göre değişiklik gösterebilir.

²⁷⁵ Jarvin, **Group of Companies**, s.196–197.

²⁷⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman s.218–219.

²⁷⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman s.222–223.

²⁷⁸ Girsberger, Hausmaninger s.149.

b. Üçüncü Kişiyi Teşmil Meselesinin Hakem Heyetinin Önünde İleri Sürülmesi Hâlinde Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin hakem heyeti önünde ileri sürülmesi hâlinde, belirli kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulamalarını emreden bir *lex forileri* yahut New York veya Cenevre Konvansiyonlarına²⁷⁹ uyma zorunlulukları bulunmayan hakemlerin²⁸⁰, meselenin çözümünde millî bir hukuku uygulamaya karar vermeleri hâlinde bu hukuku nasıl tespit edecekleri belirli değildir. Elbette ki taraflar tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmiş olabilirler. Bu aşamada ortaya çıkan mesele, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukukun yanında uluslararası ticarî örf ve âdetin de nazara alınıp alınmayacağıdır. Fakat tahkim anlaşmasının hukukî rejimi taraflarca tayin edilmemişse hakemler tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk konusunda bir belirsizlik içindedir.

ICC nezaretinde faaliyette bulunan hakem heyetlerinin bu konudaki temel yaklaşımının *lex mercatoriyayı* uygulamak olduğu öne sürülse de, meselenin millî hukuklara istinaden hükme bağlandığı kararlar da mevcuttur. Meselâ 4402 sayılı ICC davasında hakem heyeti, Fransız ana şirket SD'nin, Fransız yan şirketi FD tarafından akdedilen tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı meselesiyle karşılaştığında; *lex mercatoriyaya*, uluslararası ticarî örf âdete, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına veya ICC hakemlerinin içtihatlarına atıfta bulunmaksızın sadece tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuk olan İsviçre hukukunu uygulamak suretiyle sonuca varmıştır^{281 282}.

²⁷⁹ RG: 23.9.1991–21000.

²⁸⁰ Piero Bernardini, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *ICCA Congress Series No:9*, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.201–202; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s.65, 227.

²⁸¹ Sandrock, *Group of Companies*, s.630–631.

²⁸² 1704 sayılı ICC davasında tahkim yeri Belçika ve uyuşmazlık bir Fransız şirketle bir Hindistan şirketi arasında idi. Hakem, gerek talebin dayandığı bonoya uygulanan Fransız hukukuna gerekse tahkim yeri olan Belçika hukukuna göre yeni hâmilin, eski hâmil ile borçlu arasındaki tahkim şartıyla bağlı olduğuna karar vermiştir.

2626 sayılı ICC davasında hakem heyeti, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukukun seçilmemiş olması hâlinde, tahkim anlaşmasına da uygulanacağına karar vermiştir. Bununla birlikte bütün bu davalarda ICC hakem heyetleri tahkim

1803 sayılı ICC davasına konu olayda Pakistan Devleti tarafından kurulmuş ve tamamen bu devlete ait bulunan *East Pakistan Industrial Development Corporation* ile Fransız şirketi *Société de Grands Travaux de Marseille* arasında 1965 senesinde akdedilen ve tahkim şartı da ihtiva eden doğalgaz boru hattı inşa sözleşmesi söz konusuydu. Doğu Pakistan bölgesinde Bangladeş'in 1971 senesinde bağımsızlığını ilân etmesi üzerine Bangladeş Başkanı, *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın, *Bangladesh Industrial Development Corporation* hâline geldiğini, *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın tüm hisselerinin, personelinin, yönetim kurulunun ve danışmanlarının otomatikman *Bangladesh Industrial Development Corporation*'a ait hâle geldiğini; *East Pakistan Industrial Development Corporation* ile Fransız şirketi *Société de Grands Travaux de Marseille* arasında yürütülmekte olan tahkim yargılamasının geçersiz olduğunu ve *Bangladesh Industrial Development Corporation* aleyhine hakem kararı verilemeyeceğini; *East Pakistan Industrial Development Corporation* tarafından taahhüt edilmiş borçların *Bangladesh Industrial Development Corporation*'a atfedilmesinin kabul edilmeyeceğini; *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın tasfiye edildiğini ve tüm malvarlığının Bangladeş Devletine devredildiğini öngören kararnameler çıkarmıştır. Bunun üzerine *Société de Grands Travaux de Marseille*, tahkim yargılamasının *East Pakistan Industrial Development Corporation* aleyhine yürütülmesini ve Bangladeş Devletinin ve/veya *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın, ya *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yanında yahut da *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yerine 'davalı' sıfatıyla davaya dâhil edilmesini talep etmiştir. Bahse konu davanın, kanunlar ihtilâfi hukukunu ilgilendiren boyutu, Bangladeş Devletinin, hakemin yargılama yetkisinin, davaya konu sözleşmenin esasına uygulanan hukuk olan Pakistan hukuku çerçevesinde tayin edilmesi gerektiği yönündeki itirazı üzerine gündeme gelmiştir. Bu itiraz üzerine hakem tarafından şöyle karar verilmiştir: "Tahkim yeri Londra olsaydı, davalının itirazı yerinde olurdu. Ne var ki davada tahkim yeri Cenevre'dir ve bu davada ortaya çıkan tüm kanunlar ihtilâfi meseleleri

anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilini, uygulanacak hukuk olarak tespit ettikleri hukukun bir parçası olarak ele almıştır (Girsberger, Hausmaninger s.158-159).

İsviçre devletler özel hukuku çerçevesinde çözülmelidir ve İsviçre devletler özel hukuku, yargılama yetkisi konusunda lex foriye atıfta bulunmaktadır.”²⁸³

Bu konudaki bir diğer görüş ise hakemlerin, her ne kadar uyma zorunlulukları bulunmasa da, kararlarının tenfiz edilebilirliğini temin etmek gayesiyle New York Konvansiyonu hükümlerinden ayrılmaması gerektiğini ileri sürmektedir.²⁸⁴ Hattâ tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tayinde prensip olarak serbest bulunan ICC hakemlerinin de, hakem kararlarının icra edilebilirliğini teminle yükümlü olduklarını öngören ICC Tahkim Kuralları m.35 hükmünden ötürü tahkim anlaşmasının geçerliliğini tahkim yeri hukukuna göre tayin etmeleri gerektiği ileri sürülmüştür.²⁸⁵

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi uyarınca, tahkim anlaşması ile esas sözleşme farklı hukuklara tâbi olabilir. Bu yüzden esas sözleşmeye uygulanacak hukuk hakem heyeti için önem taşımaz. Ayrıca hakemler millî kanunlar ihtilâfi kurallarıyla da bağlı değildirler. Hakem heyetleri, bilhassa kurumsal tahkim bünyesindekiler, uygulayacakları kanunlar ihtilâfi kuralı konusunda takdir yetkisine sahiptir.²⁸⁶ Bu nedenle, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tayini, hakem heyetinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlerken en uygun bulacağı kanunlar ihtilâfi kuralını uygulacağı faraziyesinden yola çıkmalıdır (ICC Tahkim Kuralları m.13/3).²⁸⁷

Uluslararası tahkimde hakemlerin, *lex forinin* maddî ve usûlî normlarıyla hâkimler gibi sıkı sıkıya bağlı olmaları söz konusu değildir. Tahkimin esas itibariyle tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usûlü olması itibariyle hakemler, mahallî hukukların uluslararası ticaretin mahiyet ve ihtiyaçlarıyla bağdaşmayan düzenlemelerinin dışına hâkimlere oranla daha kolay çıkabilmekte ve uyuşmazlık

²⁸³ YBCA, Vol:5, 1980, s.178–180.

²⁸⁴ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.74–75’de zikredilen yazarlar.

²⁸⁵ Craig, Park, Paulsson, s.54.

²⁸⁶ Otto Sandrock, “Welches Kollisionsrecht hat ein Internationales Schiedsgericht anzuwenden?” **RIW**, 1992, s.785.

²⁸⁷ Sandrock, **Group of Companies**, s.634.

konusu ilişkinin dâhil olduğu sektörlerde geçerli olan kural, örf âdet ve teamülleri daha etkin biçimde uygulayarak karar verebilmektedir.²⁸⁸

Tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tayinde belirli bir millî hukuka dayanma zorunluluğu kural olarak bulunmayan hakemlerin, tahkim anlaşmasının geçeliliğinin tayinini bir millî hukuka istinaden yapmaya karar vermeleri hâlinde bu hukukun seçiminde serbestçe hareket edebilmesi gayet makûldür. Bilhassa sektörel ve meslekî tahkimlerde, sektör yaptırımı nedeniyle hakem kararlarının büyük ölçüde rızaen ifa edilmesi ve ayrıca hakemlerce verilen kararlarda yer alan prensiplerin zaman içinde bir *uluslararası ticaret hukuku kuralı* niteliği kazanma şansına sahip bulunduğu söz konusu olsa dahi, *Kompetenz–Kompetenz* prensibinin mutlak olmadığı ve hakemlerin bu konudaki kararlarının mahkemelerin denetimine tâbi tutulabileceği düşünüldüğünde hakemlerin, uymak zorunda olmasalar da, kararlarının tenfizini temin gayesiyle New York Konvansiyonu hükümlerini nazara alması gerektiği görüşü yerindedir. Zira tenfiz şartları, uluslararası ticarî tahkim alanında uyulması gereken asgarî adalet ilkelerinden ibarettir ve tenfizden önceki safhalarda da dikkate alınmalıdır²⁸⁹.

c. Üçüncü Kişiyeye Teşmil Meselesinin Mahkemelerde İleri Sürülmesi Hâlinde Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesi, resmî yargının farklı aşamalarında gündeme gelebilir.

i. Üçüncü Kişiyeye Teşmil Meselesinin Mahkemelerde Bir Tespit Talebi Şeklinde İleri Sürülmesi Hâlinde Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin mahkemelerde bir tespit talebi şeklinde ileri sürülmesi iki farklı şekilde vuku bulabilir. Birinci

²⁸⁸ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.221.

²⁸⁹ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.280.

olasılıkta, tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumundaki kişi bakımından bağlayıcı olup olmadığının tespitinin talep edildiği bir tespit davasının açılması söz konusu olabilir. İkinci olasılık ise tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlıkta davanın mahkemelerde açılması üzerine karşı tarafın tahkim itirazında bulunması ve bu itiraza karşılık tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi durumunda, geçersizlik iddiasının dayanağını davacının yahut tahkim itirazında bulunan tarafın tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunmasının teşkil etmesidir. Böyle hallerde mahkemelerin nasıl hareket etmesi gerektiği hususu tereddüt doğurabilir.

Öncelikle belirtmeliyiz ki, *Kompetenz–Kompetenz* prensibinin kabul edilmiş bulunduğu milletlerarası tahkim kanunlarında bu sorunun ortaya çıkması kural olarak olası değildir. Zira, *Kompetenz–Kompetenz* prensibinin kabul edilmiş olması, mahkemelerin, iptal yahut tenfiz aşamaları haricinde yahut tarafların karşılıklı rızalarının mevcut olması hâli hariç olmak üzere, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkındaki iddiaları karara bağlamasına engel teşkil eder.

Kompetenz–Kompetenz prensibinin tam anlamıyla benimsenmediği bir yasal düzenlemeye sahip bulunan ABD’de, bu tercihin bir sonucu olarak bazı davalarda tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı mahkemeler tarafından tayin edilmiştir. Daha önce de yer verdiğimiz *Johnson v. Polaris Sales* davasına²⁹⁰ konu olayda, davacıların, dağıtım sözleşmesinin tarafı olmayan kişilerle aralarında tahkim anlaşması bulunmadığı yönündeki iddialarının, tahkim anlaşmasının mevcudiyetine ilişkin olduğu gerekçesiyle mahkeme tarafından hükme bağlanması gerektiğine karar vermiştir.²⁹¹

ARW Exploration Corp v. Aguirre davasına²⁹² konu olayda, taraflar arasında bir uyuşmazlık doğması üzerine *Aguirre* tarafından *ARW* aleyhine tahkim talebinde bulunulması üzerine, *ARW*, Oklahoma mahkemelerine müracaat ederek, tahkime

²⁹⁰ 257 F.2d s.300 (D. Me. 2003).

²⁹¹ Widman s.57.

²⁹² 45 F.3d s.1455 (10th Cir. 1995); **Dispute Resolution Journal**, July 1995, s.90.

gidilip gidilemeyeceğinin tespitini talep etmiştir. *Aguirre*, *ARW*'yi ve başkanını tahkime gitmeye zorlamak için talepte bulunmuştur. Mahkeme, *ARW* ve başkanı aleyhindeki tüm taleplerin tahkim yoluyla görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Bunun üzerine başlayan tahkim yargılamasına *ARW* ve başkanı katılmamış ve yargılama sonunda yatırımcıların lehine karar verilmiştir. Temyiz aşamasında Temyiz Mahkemesi, hakem kararının *ARW* aleyhine olan kısmını onamış ve *ARW*'nin başkanı ve hissedarı olan gerçek kişinin, *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması* teorisi çerçevesinde tahkime gitmekle yükümlü olup olmadığına mahkemelerce karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle hakem kararının bu kişi hakkındaki kısmını bozmuştur.²⁹³

Türk hukukunda, *Kompetenz–Kompetenz* prensibinin kabul edildiği MTK'nın kabulünden önce milletlerarası tahkimlerin hukukî rejimini HUMK tayin ettiği ve HUMK'ta *Kompetenz–Kompetenz* prensibi kabul edilmediği için, tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin iddiaların çözüm yeri mahkemelerdi.

MTK'da *Kompetenz–Kompetenz* prensibi kabul edilmiş olmasına karşın, geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığının mahkemeler önünde öne sürülmesi hâlinde, mahkemelerin, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını tespit etmek zorunda olduğunu²⁹⁴ benimseyen görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, MTK m.5/1 hükmünün son cümlesi olan "*Tahkim itirazının kabulü hâlinde mahkeme davayı usûlden reddeder*" ifadesi, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının belirlenmesini de gerekli kılmaktadır. Bu yaklaşımın, geçersiz bir tahkim anlaşmasının mevcut olması durumunda yüksek meblağda paranın ve epey uzunca bir zamanın boşa gitmesinin önüne geçeceği de ifade edilmektedir.²⁹⁵ Türk hukukunda MTK yürürlüğe girmeden önce milletlerarası tahkimin tâbi bulunduğu HUMK hükümleri çerçevesinde bu görüş yerindeydi.²⁹⁶ Ne var ki MTK'da

²⁹³ *Dispute Resolution Journal*, July 1995, s.90.

²⁹⁴ Ekşi, *Tahkim Anlaşmaları*, s.65.

²⁹⁵ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.98.

²⁹⁶ Nomer, *İmregün'e Armağan*, s.721–722.

Kompetenz–Kompetenz prensibinin kabul edilmiş olmasından dolayı, bu görüşün savunulması artık mümkün görünmemektedir.

Kanaatimizce, bahse konu iddianın mahkemelerde ileri sürülmesi hâlinde karşı taraf tahkim itirazında bulunursa ve davacı bu itiraza karşılık tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürerse, mahkeme tarafından tahkim anlaşmasına yönelik olarak yapılacak incelemenin kapsamı, ilk bakışta (*prima facie*) bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının tespitinden ibaret olmalıdır. MTK m.5/1 hükmünde yer alan “*Tahkim itirazının kabulü hâlinde mahkeme davayı usûlden reddeder*” ifadesinin, aynı Kanunun 7. maddesinde yer alan ve hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararı kendilerinin vereceğini öngören hükümden bağımsız olarak yorumlanması doğru olmaz. Mahkeme, mevcut bir tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını incelememelidir. Zira böyle bir tutum *Kompetenz–Kompetenz* prensibiyle bağdaşmaz.²⁹⁷ Bu yorum tarzı, MTK’nın ölü doğmasının önüne geçmek bakımından da yerindedir. Türkiye’de MTK’nın yürürlüğe girmesinden evvel, yabancılık unsuru taşıyan yahut taşımayan bütün tahkimlerin tâbi olduğu HUMK hükümleri arasında, tahkimin, sürat bakımından resmî yargının gerisinde kalmasına neden olan ve tahkim yargılamasını uzatmak suretiyle sabote etmek isteyen kişiler için adeta bir araç işlevi gören en önemli hüküm, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazların çözüm yerinin mahkemeler olduğunu öngören HUMK m.519 idi. MTK’da, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkındaki itirazların bizzat hakemlerce karara bağlanacağını öngörülmüş olması bu açıdan isabetli bulunmaktadır.²⁹⁸ Bizce de, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun kabulünde, Türkiye’nin milletlerarası tahkim bakımından cazip bir ülke hâline getirilmesi ve Türk milletlerarası tahkim hukukunun milletlerarası standartlara uygun hâle getirilmesi gibi amaçların rol oynamış olması da nazara alındığında, kanunkoyucunun iradesinin HUMK m.519 hükmünün MTK’da aynen benimsendiği yönünde olduğunu kabul etmek yerinde olmayacaktır.

²⁹⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman s.360.

²⁹⁸ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.248; Yılmaz s.13.

Ne var ki, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanması, tahkim yerinin Türkiye ile sınırlı olduğu için, tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu milletlerarası tahkimlerde Türk mahkemelerinde tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiası ileri sürüldüğünde, mahkemelerin nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda tereddütler yaşanmaktadır. Tereddüt doğuran husus, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanma alanının, tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkimler ile sınırlanması karşısında, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin iddiaların HUMK'a göre karara bağlanma olasılığıdır. Kanımızca, Türk hukukunda, yabancılık unsuru taşıyan tahkimlerin Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi kılınmış olması karşısında, tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu milletlerarası tahkimler bakımından, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itirazların HUMK'a tâbi olduğunu ileri sürmek yerinde olmaz. Bize göre bu konuda bir kanun boşluğu bulunmakta ve bu boşluk, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanma alanının, tahkim yerinin Türkiye ile sınırlı olduğu milletlerarası tahkimler ile sınırlandırılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Tahkim yerinin yabancı bir ülke olduğu milletlerarası tahkimlerde, Türk mahkemelerinde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi hâlinde Türk mahkemesi bu konudaki boşluğu, Türk hukukunda milletlerarası tahkimi tanzim eden 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu uygulamak suretiyle doldurması ve *Kompetenz-Kompetenz* prensibi doğrultusunda hareket etmesi ve görevsizlik kararı vermesi²⁹⁹ yerinde olacaktır.

ii. Üçüncü Kişiyeye Teşmil Meselesinin Hakem Kararının İptali Yahut Tenfizi Aşamalarında İleri Sürülmesi Hâlinde Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiyeye teşmilinin mahkemelerde tartışma konusu yapılabileceği diğer aşamalar, hakem kararının iptali veya hakem kararının tenfizi davalarıdır.

²⁹⁹ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.246.

Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizi öncelikle Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 tarihli New York Konvansiyonu'na, Konvansiyonun uygulanma alanı bulamaması hâlinde ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerine tâbi olacaktır.

New York Konvansiyonu'nda tahkim anlaşmasının geçerliliği üç farklı açıdan ele alınmaktadır. Konvansiyona göre, tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerli olması için yazılı şekilde yapılmış olması gerekir (m.II/1). Yazılı anlaşma teriminden, karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya mukavelesinin anlaşılması gerektiği Konvansiyonun II/2 maddesinde düzenlenmiştir. Madde V/1/a'ya göre tahkim anlaşması yapma ehliyeti, tarafların haklarında tatbiki gerekli kanuna tâbi olacaktır. Doktrinde, hakem kararının tenfizine, tarafların ehliyetsizliği sebebiyle itiraz edilmesi hâlinde, itirazı değerlendirecek olan tenfiz hâkiminin kendi kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca yetkili olan hukuku uygulayacağı kabul edilmektedir³⁰⁰. Konvansiyonun V/1/a maddesi uyarınca, tahkim anlaşmasının hükümsüz olup olmadığı, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuka, böyle bir seçim yapılmamışsa hakem kararının verildiği yer hukukuna tâbidir. Bu maddede yer alan hükümsüzlük kavramı ile ifade edilmek istenenin, tahkim sözleşmesi ile ilgili irade bozuklukları olduğu belirtilmektedir³⁰¹. Tahkim sözleşmesi de, diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi ancak tarafların karşılıklı iradî mutabakatlarıyla kurulabilir ve iradeyi sakatlayan durumların varlığı hâlinde sözleşme sakatlanmış olur. Tarafların tahkime gitme konusunda serbest ve gerçek iradelerinin bulunmadığı veya bu iradenin sakatlanmış olduğu durumlarda geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedilemez ve bu türden geçerli olmayan sözleşmelere istinaden verilen hakem kararlarının tenfizi kabul edilmez³⁰².

³⁰⁰ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.283; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, Ankara, 1994, s.116.

³⁰¹ Akıncı, **Tenfiz**, s.118.

³⁰² Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.285.

New York Konvansiyonu'nun kapsamına girmeyen bir yabancı hakem kararının tenfizi MÖHUK hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir. MÖHUK'un, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerinin ret sebeplerini düzenleyen 62. maddesinde, tahkim şartının geçersizliğine ilişkin hüküm (e) bendinde yer almaktadır. Anılan bent uyarınca, tahkim sözleşmesi taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz ise, hakem kararının tenfizi talebi reddedilecektir. New York Konvansiyonu'nda tahkim anlaşmasının geçerliliği; ehliyet, şekil ve esas bakımlarından ayrı ayrı düzenlenmişken, MÖHUK'ta, m.62/e'deki düzenleme ile yetinilmiştir. Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından dolayı, şeklin de m.62/e hükmü kapsamında ele alınması gerektiği ifade edilmekte³⁰³ ve yine MÖHUK'ta açık olarak düzenlenmeyen bir mesele olan, tahkim anlaşmasını akdeden tarafların ehliyetlerinin, MÖHUK'un tarafların ehliyetlerine uygulanacak hukuku düzenleyen 9. maddesinde öngörülen hukuka tâbi olacağı belirtilmektedir³⁰⁴.

Türkiye'nin de taraf olduğu, Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu ve 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu, tahkimin, tenfizden önceki aşamasını düzenlemektedir. Cenevre Konvansiyonu'nda ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hakem kararının iptali yolu öngörülmüştür. Konvansiyonun IX. maddesinde sayılan iptal sebeplerinin arasında, tahkim anlaşmasının, taraflarca tâbi kılındığı hukuka veya taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre hükümsüz olması veya tahkim anlaşmasının taraflarının, millî hukuklarına göre ehliyetsiz olması da yer almaktadır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, hakem kararının iptali sebeplerini düzenleyen 15. maddesi uyarınca hakem kararı, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim şartının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldığı hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğu ispat edildiği takdirde iptal edilir. Burada yer verilen '*Türk hukuku*'nun kapsamına

³⁰³ Akıncı, **Tenfiz**, s.185.

³⁰⁴ Akıncı, **Tenfiz**, s.187.

kanunlar ihtilâfi kurallarının girmediği ve taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçiminin yapılmamış olması hâlinde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerli olup olmadığının doğrudan Türk maddî hukuku uyarınca tayin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁵. Bahse konu düzenlemeler, tahkim anlaşmasının şeklini bizzat tayin etmiş ve bu konuda bir kanunlar ihtilâfi kuralı öngörmemiştir (MTK m.4; Cenevre Konvansiyonu m.I/2/a).

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline yapılan itirazların tenfiz veya iptal aşamalarında ileri sürülmesi hâlinde tenfiz veya iptal hâkimi, bahse konu iddianın tâbi olacağı hukuku, tenfizin veya iptalin tâbi olduğu hukukî düzenlemedeki hükümler çerçevesinde tespit etmek zorundadır. Zira tenfiz veya iptal sebepleri bakımından *sınırlı sayı* prensibi yürürlükte ve tenfiz yahut iptal hâkiminin, bu sebeplerin dışına çıkması mümkün değildir.³⁰⁶ Bir başka ifadeyle, tenfiz veya iptal aşamalarında tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerli olup olmadığını tayin edecek hukukun, anılan düzenlemelerde öngörülen kanunlar ihtilâfi kurallarının dışına çıkılarak belirlenmesi mümkün değildir. Aynı şekilde tarafların ehliyetine veya tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin iddiaların da bahse konu düzenlemelerde öngörülen hukukların uygulanması suretiyle çözülmesi zorunludur.

Doktrinde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı meselesinin, tahkim şartının esas bakımından geçerliliğine ilişkin olduğu kabul edilmektedir.³⁰⁷ Tahkim anlaşmasına taraf olan kişilerin yanında, görünüşte tahkim anlaşmasına taraf olmamasına rağmen, aslında tahkim anlaşmasına taraf olduğu iddia olunanların statüsünü, başta sözleşmenin müzakereleri ve ifası esnasındaki rolleri olmak üzere tutum ve davranışları incelenmek suretiyle, aslında ne istediklerinin yorumlanması tayin eder ve bu tayin, kural olarak, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre yapılmalıdır.³⁰⁸

³⁰⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.88.

³⁰⁶ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.293.

³⁰⁷ Şanlı, **Nomer'e Armağan**, s.780; Ülgener, **Tahkim Klotlarının Uygulanması**, s.63.

³⁰⁸ Bernardini s.198–199; Wenger s.339.

Meselâ, Türk hukukunda, alacağın temlikinde tahkim şartının temellük edene geçip geçmediği meselesinin, alacak ilişkisine uygulanan hukuka göre değil, tahkim şartının geçerliliğine uygulanan hukuka göre çözümlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁰⁹ Aynı yaklaşım, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bakımından da sergilenmiştir. Türk hukukunda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişi bakımından bağlayıcı sayılmasına uygulanacak olan hukukun, tahkim şartının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk olduğu belirtilmektedir.³¹⁰ Doktrinde ayrıca, bu meselenin çözümü için *lex mercatoriaya* ihtiyaç bulunmadığı ve böyle bir sorunla karşılaşıldığında ilk basamağın, kanunlar ihtilâfi kuralları vasıtasıyla uygulanacak millî kuralları belirlemek ve ikinci basamağın ise bu millî kuralları uygulamak olduğuna işaret edilmekte; bu kuralların uygulanmasının, kabul edilebilir düzeyde bir hukukî güvenlik sağladığı, *lex mercatoriaya* başvurulduğu takdirde ise hukukî güvenlikten bahsedilemeyeceği vurgulanmaktadır.³¹¹ Bu görüşe göre, tahkim anlaşmasının, üçüncü kişi konumunda bulunan, perdenin arkasındaki kişiye veya kukla şirkete teşmilinin hukukî gerekçesi, ilgili şirketin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına müsaade eden millî hukuklarda bulunabilir. Sözleşmeden doğan diğer yükümlülükler bakımından mevcut kararlarda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda millî hukuklara istinat edilmektedir. Yabancı kukla şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının onun hisselerini elinde bulunduran ve ilgili tahkim anlaşmasını kapsayan iş ilişkisinin beyni olan, perdenin arkasındaki şirketi bağlayıp bağlamadığı sorusuna cevap verecek olan da yine millî hukuklardır.³¹²

İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinde uygulanacak hukukun, İsviçre DÖH Kanununun, tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuku düzenleyen 178/2. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³¹³ Alman hukukunda da,

³⁰⁹ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.320–321; Şanlı, *Nomer’e Armağan*, s.785.

³¹⁰ Şanlı, *Nomer’e Armağan*, s.787.

³¹¹ Otto Sandrock, “Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories”, *ASA Special Series No.8*, Ed: Marc Blessing, Zürich 1994, s.180.

³¹² Sandrock, *Non-Signatories*, s.173–176.

³¹³ Habegger s.400.

tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.³¹⁴ Meselâ bu bağlamda tahkim şartı ihtiva eden konişmentonun devri hâlinde sonraki hâmillerin tahkim şartıyla bağlı olup olmadıklarının, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tarafından tayin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.³¹⁵

İsviçre DÖH Kanunu m.178/2 hükmü, tahkim şartını geçerli kılmak için en elverişli hukuku uygulama yetkisi veren bir *in favorem validatis* kanunlar ihtilâfi kuralıdır. Bu yüzden, öncelikle, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi ve sonra tahkim anlaşmasının üçüncü kişileri bağlayıp bağlamayacağını tayin için bu hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Tahkim anlaşmasının başlangıçtaki kuruluşuna ve sonra da üçüncü kişiye teşmiline iki ayrı hukukun uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir.³¹⁶

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından karara bağlanan bir davada, biri İsveçli iki taraf arasında, temlik edilmezlik şartı ihtiva eden, ICC tahkimini öngören ve hukuk seçimi içeren bir sözleşme mevcuttu. Uyuşmazlık çıktıktan sonra İsveçli taraf iflâs davası açmış ve İsveçli iflâs masası, İsveçli tarafın hakkını bir üçüncü kişiye temlik etmiştir. Mahkeme, tarafların esas sözleşmeye ilişkin müşterek ve karşılıklı iradelerine istinaden tahkim şartının da temlik edilemezlik kapsamında olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, temlik edilmezlik şartının yokluğu hâlinde kimlerin tahkim şartıyla bağlı olacağı sorusunun, İsviçre kanunlar ihtilâfi kurallarına göre tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ve kapsamının tâbi olduğu hukuka göre cevaplanacağına karar vermiştir. İsviçre DÖH Kanunu m.178/2 hükmü, tahkim anlaşmasının, taraflarca seçilen veya uyuşmazlığın esasına uygulanan, özellikle esas sözleşmeye uygulanan hukukun veya İsviçre hukukunun gereklerine uygun olduğu takdirde geçerli olacağını düzenlemektedir. Mahkeme bu hükme istinaden, tahkim

³¹⁴ Berger, *Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, s.120–121; Reithmann, Hausmann s.1863; Schwab, Walter s.395.

³¹⁵ Reithmann, Hausmann s.1766.

³¹⁶ Levy, Stucki, N.7.

anlaşmasına İsviçre hukukunun uygulanacağına karar vermiştir. Zira esas sözleşmenin tarafları, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmamışlar ve bundan dolayı esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen İsviçre hukuku, tahkim anlaşmasına da uygulanmıştır.³¹⁷

Tokyo mahkemesinin 25.3.1993 tarihli kararına konu uyuşmazlık, ABD’li bir sirk şirketiyle bir Japon organizatör arasındaki sözleşmeden kaynaklanmıştı. Japon organizatör sirkini kötü performansından ötürü zarara uğradığını iddia etmiş ve ABD’li şirketin sahibi/temsilcisini, sözleşmenin müzakereleri esnasında hile yaptığı gerekçesiyle dava etmiştir. Sözleşmede yer alan tahkim şartına göre ABD’li şirketin dava açması hâlinde tahkim yeri Tokyo olacak, Japon organizatörün dava açması hâlinde ise tahkim yeri New York olacaktı. ABD’li şirket, tahkim şartına uygulanacak hukukun New York hukuku olduğunu ve New York hukuku uyarınca hileden kaynaklanan tazminat taleplerinin tahkime tâbi olduğunu ve tarafların temsilcilerinin de (olayda şirket sahibi) tahkim şartıyla bağlı olduğunu ileri sürdü. Mahkeme, tahkim anlaşmasıyla kimlerin bağlı olduğu sorusunun, tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk tarafından cevaplanması gerektiğine karar verdi.³¹⁸

İngiliz mahkeme kararı *Peterson Farms v. C&M Farming Ltd’e*³¹⁹ konu hakem kararında hakem heyeti, C&M şirketler grubunun, tahkim şartına taraf olmayan diğer üyelerinin talepleri bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğu, grup şirketler doktrinini uygulamak ve C&M Farming şirketinin, sözleşmeyi, diğer C&M şirketlerinin temsilcisi olarak akdettiğine dayanmak suretiyle karar vermişti. Hakem heyetine göre, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçilmemişti ve bu yüzden mesele, tarafların müşterek iradesi doğrultusunda çözüme kavuşturulmalıydı. Hakem heyeti, Peterson’un, sözleşmenin müzakereleri boyunca ve kurulması esnasında C&M şirketler grubuyla iş yaptığının farkında olduğuna ve asıl niyetinin C&M şirketler grubuyla anlaşma yapmak

³¹⁷ Girsberger, Hausmaninger s.151.

³¹⁸ Taniguchi s.532–533.

³¹⁹ EWHC, 2004, s.121.

olduğuna karar verdi. *C&M* şirketler grubu hukukî bir kişiliğe sahip olmadığı ve bu nedenle kendi adına sözleşme yapamayacağı için, *C&M Farming* şirketi, sözleşmeyi, *C&M* şirketler grubunun adına ve onların temsilcisi olarak akdetmişti. Hakem heyeti ayrıca *Peterson*'un, bir bütün olarak grupla sözleşme akdettiğinin ve sözleşme konusunun, *C&M* şirketler grubuna üye tüm şirketlerin dâhil olduğu bir birleşik operasyonda kullanılacağına farkında olduğuna hükmetti. Hakem heyeti, grup şirketler doktrini uyarınca, şirketler grubuna dâhil bir şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının; sözleşmenin müzakereleri, ifası ve feshindeki koşullar tarafların müşterek iradelerinin üçüncü kişileri anlaşmayla bağlamak yönünde olduğunu ortaya koyduğu takdirde, şirketler grubunun diğer şirketlerini de bağlayacağına karar verdi.³²⁰ Mahkeme, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin bir seçim bulunmadığı yönündeki kararını hatalı buldu. Tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşme açıkça Arkansas hukukuna tâbi tutulmuştu, fakat tahkim anlaşmasına yönelik bir hukuk seçimi söz konusu değildi. New York Konvansiyonu m.V/1/a'ya ve 1961 tarihli Avrupa Konvansiyonu m.IX/I'e göre, taraflarca belirli bir hukuka tâbi kılınmayan tahkim anlaşmaları tahkim yeri hukukuna tâbiydi.³²¹ Hakem heyetinin yaklaşımından ortaya çıkan hukuk, sözleşmenin tâbi olduğu hukuk yahut tahkim yeri hukuku değil, bizzat grup şirketler doktrininin kendisiydi. Ne var ki tahkim yeri hukuku olan İngiliz hukukunda kabul edilmeyen bu doktrinin uygulanması mümkün değildi.³²²

Buna karşılık, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinde uygulanacak hukukun, teşmile yol açan vakıanın tâbi olduğu hukuk olması gerektiği görüşü de taraftar bulmuştur. Meselâ ortaklık içi tahkim anlaşmalarının, bu anlaşmanın kabulüne muhalefet eden üyelere yahut hisse devri suretiyle ortaklığa yeni üye olan kimselere teşmili meselesinin, ortaklığın tâbi olduğu hukuk çerçevesinde çözülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.³²³ Bunun dışında, tahkim

³²⁰ Godwin William, "Application to Secure Award Under §70(7) of The Arbitration Act 1996", **International Arbitration Law Review**, 2004, Vol:7, No:3, N.38; Woolhouse, **Group of Companies**, s.436; Leadley, Williams s.113.

³²¹ Woolhouse, **Group of Companies**, s.439–442.

³²² Woolhouse, **Group of Companies**, s.437–438.

³²³ Wenger s.332. Fouchard, Gaillard, Goldman s.429; Reithmann, Hausmann s.1864.

anlaşmasının temsilci marifetiyle akdedilmesi hâlinde, temsil olunanın gerçek taraf olup olmadığının ve eğer olacaksa bunun şartlarının, temsilin tâbi olduğu kurallar tarafından tayin olunacağı ifade edilmiştir.³²⁴

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde uygulanacak hukukun, teşmile yol açan vakıanın tâbi olduğu hukuk olması gerektiği yönündeki görüşün bir başka örneği, tahkim anlaşmasının temellük edene intikal edip etmeyeceğini, temlikin kapsam ve hükümlerine uygulanan hukuka tâbi kılan yaklaşımdır. Bu vasıflandırma, tahkim anlaşmasının, temlik edilen sözleşmenin veya hakkın unsuru yahut fer'i olduğu anlayışına dayanmaktadır ve bu vasıflandırmaya dayalı olarak, temlikin kapsam ve hükümlerinin tâbi olduğu hukukun, tahkim anlaşmasının intikaline de uygulanması önerilmektedir.³²⁵

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline tatbik edilecek hukukun, teşmile yol açan vakiyaya tatbik edilen hukuk olması gerektiği yönündeki görüşün bir diğer örneği, iflâsa ilişkindir. İsviçre hukukunda, tahkim anlaşmasına taraf olan şirketlerden birinin iflâsı hâlinde müflisin yerine geçen iflâs masasının tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı meselesinin iflâsın tâbi olduğu hukuk tarafından tayin edileceği ileri sürülmektedir.³²⁶ Benzer şekilde Alman hukukunda da, tahkim şartının taraflarından birinin iflâsı hâlinde iflâs idaresinin tahkim şartının tarafı hâline gelip gelmeyeceğinin iflâs statüsüne tâbi olduğu ileri sürülmektedir.³²⁷

Uygulanacak hukukun tayini konusunda ileri sürülen diğer bir yaklaşım da, *lex forin*in tatbikidir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, bir usûl hukuku meselesi olarak vasıflandırılırsa, mahkemelerin yabancı maddî hukuku uygulayabileceği fakat her zaman kendi usûl hukukunu uygulayacağına ilişkin genel kanunlar ihtilâfi hukuku prensibine istinaden *lex fori* uygulanabilir.³²⁸ Bu yaklaşım

³²⁴ Jarvin, **Group of Companies**, s.182; Wenger s.340.

³²⁵ Rubino–Sammartano s.182.

³²⁶ Wenger s.353–355.

³²⁷ Reithmann, Hausmann s.1864.

³²⁸ Girsberger, Hausmaninger s.150.

Türk doktrininde de taraftar bulmuştur. Bu görüşe göre buradaki mesele tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetine yahut iradelerinin hata, hile veya tehdit nedeniyle sakatlanmış olmasına ilişkin bulunmadığından, meselenin tahkim anlaşmasının maddî geçerliliğine ilişkin olduğunun kabulü mümkün değildir. Buradaki temel mesele, üçüncü kişinin şeklen geçerli bir tahkim anlaşması yapıp yapmadığına ilişkindir ve bu itibarla *lex fori*ye teban çözümlenmelidir. Keza mahkemelerin hangi hallerde davaya bakamayacakları, usûlî nitelikte bir sorundur ve mahkeme kendi hukukunu uygulamalıdır.³²⁹ Alman Yüksek Mahkemesi 1957 senesinde verdiği bir kararda tahkim anlaşmasını “*usûl hukuku ilişkileri hakkında maddî hukuk sözleşmesi*” olarak vasıflandırmış³³⁰, 1980 yılında verdiği bir kararda da tahkim şartının üçüncü kişiye teşmili konusunda karar verirken *lex fori*yi tatbik etmiştir³³¹. Kanada Ontario Eyalet Mahkemesi iki kararında³³², üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığını karara bağlarken *lex fori*yi uygulamıştır.³³³ *Lex forin*in tatbiki, hâkimin en iyi bildiği hukuku uygulaması anlamına geldiğinden, hukukun tayin ve tatbikinde kolaylık prensibini açıkça yerine getirmektedir. Buna karşılık, tahmin etmeyebilecekleri bir mahkemenin hukukunun uygulanması tarafların beklentileriyle çatıştığı ve aynı zamanda uyuşmazlığın, mahkemenin bulunduğu ülkeden farklı bir yerde bulunan coğrafi merkezi de gözardı edildiği için, *lex fori* yaklaşımı eleştirilmektedir.³³⁴

4. Değerlendirme

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili meselesinin tahkim yargılaması esnasında gündeme gelmesi hâlinde, belirli kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulamalarını emreden bir *lex fori*leri yahut New York veya Cenevre Konvansiyonlarına uyma zorunlulukları bulunmayan hakemlerin³³⁵, tarafların tahkim

³²⁹ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.131.

³³⁰ **BGHZ** s.198, 200 (1957).

³³¹ **BGHZ** s.32 vd. (1980).

³³² *Boart Sweden AB v. NYA Stromnes*, **BLR**, 1988, Vol:41, s.295; *ABN Amro Bank Canada v. Krupp Max Maschinenbau*, **DLR**, 1996, Vol:135, s.140.

³³³ Cecil O. D. Branson, “The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada”, **Arbitration International**, Vol:16, No:1, 2000, s.43.

³³⁴ Girsberger, Hausmaninger s.154–155.

³³⁵ Bernardini s.201–202; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s.65, 227.

anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmiş olmaları olasılığı dışında, meselenin çözümünde uygulanacak hukuku tayinde serbest oldukları söylenebilir. Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmiş olması ihtimalinde ortaya çıkan mesele, seçilen hukukun yanında uluslararası ticarî örf ve âdetin de nazara alınıp alınmayacağıdır. Bahse konu serbestinin kapsamına *lex mercatorianın* uygulanması girdiği gibi, hakemlerce serbestçe tayin edilecek bir millî hukukun uygulanması da söz konusu olabilir. Kanaatimizce bu konudaki en makûl yaklaşım, hakemlerin, her ne kadar uyma zorunlulukları bulunmasa da, kararlarının tenfiz edilebilirliğini temin edebilmek gayesiyle New York Konvansiyonu hükümlerinden ayrılmaması gerektiği görüşüdür.³³⁶

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili meselesinin mahkemelerde bir tespit talebi şeklinde ileri sürülmesi hâlinde veya esas davanın mahkemelerde açılması ve karşı tarafın tahkim itirazında bulunması olasılığında davacının yahut tahkim itirazında bulunan tarafın tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunması ve bu konumdaki kişiler bakımından tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı ileri sürülmesi hâlinde, bahse konu kişi bakımından geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığı sorunu doğmaktadır. Bu durumda mahkemenin geçerli bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını tespit etmek zorunda olduğu görüşüne iştirak etmiyoruz. Kanaatimizce, mahkeme tarafından tahkim anlaşmasına yönelik olarak yapılacak incelemenin kapsamı, ilk bakışta (*prima facie*) bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığından ibaret olmalı ve mahkeme, mevcut bir tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını incelememelidir. Zira böyle bir tutum, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin resmî yargı tarafından belirlenmesi sonucuna götürmesi nedeniyle, *kompetenz-kompetenz* prensibiyle bağdaşmaz³³⁷ ve ayrıca tahkimi sabote etmek isteyen kişiler bakımından da adeta bir araç işlevi görür.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin, hakem kararının iptali davası ve hakem kararının tenfizi davalarında tartışma konusu yapılması hâlinde,

³³⁶ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.74–75’de zikredilen yazarlar.

³³⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman s.360.

uygulanma ihtimali bulunan 1958 tarihli New York ve 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonlarında, MÖHUK'ta ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim anlaşmasının geçerliliği; esas, şekil ve ehliyet olmak üzere üç farklı açıdan ele alınmıştır.

Kanaatimizce tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı, bir başka ifadeyle tahkim anlaşmasında açıkça taraf olarak zikredilmeyen bir kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulup tutulamayacağı sorusu, bahse konu kişi bakımından gerek şekil ve gerekse esas bakımlarından geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı sorusuyla aynı anlama gelmektedir. Şekil şartlarının yerine getirilmesi ve tahkim için gerekli olan iradelerin mevcudiyeti birbiriyle içiçe geçmiş konulardır³³⁸; diğer bir ifadeyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiler bakımından geçerli olup olmadığı hem şekli hem de maddi hukuk boyutu mevcuttur. Bununla birlikte tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinden bahsedilebilmesi için öncelikle geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti aranır ki bu anlaşmanın mevcudiyeti ve şeklen geçerli oluşu, teşmilin süjesi bakımından yeterli derecede uyarıcı ve koruyucu fonksiyon ifa etmiş olduğundan, ayrıca üçüncü kişinin iradesinin yazılı olarak aranması söz konusu değildir. Bir diğer ifadeyle, ilk olarak vücuda getirilişi esnasında yazılı şekil zorunluluğuna uygunluk arz eden bir tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinde, üçüncü kişinin yazılı bir beyanda bulunmuş olması aranmamalıdır. Bu itibarla, mevcut ve şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevabın içinde şekle ilişkin unsurlar yer almaz ve tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinin, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tâbi olarak çözümlenmesi gerekir.

Tahkim anlaşmasının esas bakımından hükümsüzlüğü, 1958 tarihli New York ve 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonlarında, MÖHUK'ta ve 4686 sayılı MTK'da, öncelikle tarafların, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tâbi kılınmıştır. Tarafların, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk

³³⁸ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.101.

seçmemiş olmaları hâlinde, hakem kararının verildiği yer hukuku uygulanacaktır (New York m.V/1/a, Cenevre m.IX/1/a, MÖHUK m.62/e). MTK'da ise, anılan hukuk seçiminin yapılmamış olması hâlinde uygulanacak hukukun Türk hukuku olacağına ilişkin düzenleme yer almaktadır (m.4/3). Tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk tayin etmemeleri ihtimalinde uygulanma alanı bulan *tahkim yeri hukuku* bağlama noktası, tahkim anlaşması bakımından en sıkı irtibatı sağladığı ve tahkim yerinin taraflarca tayin edilmesi karşısında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesini temin ettiği kabul edilerek desteklenmektedir.³³⁹

Devlet birimleri yahut teşebbüsleri tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarının devlete teşmilinin mümkün olup olmadığı söz konusu olduğunda ise, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini tayin eden hukuka tâbi olması gerektiği yönündeki görüşümüzün dışına çıkılması ve buradaki meselenin özü, diğer teşmil vasıtalarından farklı olarak, tahkim anlaşmasını akdeden kişinin, kendi nam ve hesabına tahkim anlaşması akdetme yetkisine sahip bulunup bulunmadığı olduğu için, meselenin ehliyetle ilişkin olduğunun kabulüyle, iptal ve tenfiz düzenlemeleri uyarınca gerçek kişilerde ilgilinin millî hukukunun, tüzel kişilerde ve mal veya kişi topluluklarında statüdeki idare merkezi hukukunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Tahkim anlaşmasına taraf olan şirketlerden birinin iflâsı hâlinde müflisin yerine iflâs idaresinin geçip geçmeyeceği ve eğer geçecekse, tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmayacağı meselesinin iflâsın tâbi olduğu hukuk tarafından tayin edileceği yönündeki iddia³⁴⁰ ilk bakışta yerinde görünmemekle birlikte; meselenin, müflisin *dava takip yetkisine* ilişkin olması itibariyle, tenfiz veya iptal düzenlemelerinde tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından öngörülen ehliyet, şekil ve esas unsurları arasından *ehliyet* kapsamında mütalâa edilebilir ve bu tercih iflâsın tâbi olduğu hukukla aynı neticeyi temin ettiği için, doktrinde ileri sürülen görüşlerle de uyum arz eder.

³³⁹ Fouchar, Gaillard, Goldman s.222–223, 225.

³⁴⁰ Wenger s.353–355; Reithmann, Hausmann s.1864.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili meselesinin mahkemelerde bir tespit talebi şeklinde ileri sürülmesi hâlinde yahut tahkim itirazına karşılık tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi hâlinde mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçerliliğini tayin etmemesi gerektiğini ve yapması gereken incelemenin, ilk bakışta (*prima facie*) bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığından ibaret olduğunu ifade etmiştik. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edilip edilemeyeceği iddiasının, tenfiz veya iptal aşamalarında ileri sürülmesi hâlinde; tenfiz veya iptal sebepleri bakımından *sınırlı sayı* prensibi yürürlükte olduğundan ve tenfiz yahut iptal hâkiminin, bu sebeplerin dışına çıkması mümkün bulunmadığından³⁴¹ tenfiz veya iptal hâkimi, bahse konu iddianın tâbi olacağı hukuku, tenfizin veya iptalin tâbi olduğu hukukî düzenlemedeki hükümler çerçevesinde tespit etmek zorundadır. Yani tenfiz veya iptal aşamalarında tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerli olup olmadığını tayin edecek hukukun, anılan düzenlemelerde öngörülen kanunlar ihtilâfi kurallarının dışına çıkılarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinde uygulanacak hukukun, teşmile yol açan vakıanın tâbi olduğu hukuk olması gerektiği veya meselenin *lex fori* tarafından hükme bağlanması gerektiği görüşü, meseleyle yüzleşen hakem heyetlerine bir öneri teşkil etmekten öteye gitmez.

C. USÛL HUKUKU MÜESSESELERİ VASITASIYLA TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE UYGULANACAK HUKUK

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde; bir kısmı, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini temin eden maddî hukuk müesseseleri söz konusu olduğunda uygulanma alanı bulan, diğer kısmı ise müstakil nitelik taşıyan usûl hukuku müesseseleri de rol oynamaktadır. Bu müesseselerin başında, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahalesi gelir. İkinci olarak, farklı taraflar arasında cereyan eden farklı tahkim yargılamalarının birleştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Üçüncü olarak, bir hakem kararının, tahkim anlaşmasına taraf

³⁴¹ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.293.

olmayan kişiler üzerinde kesin hüküm etkisine sahip olup olamayacağı meselesi tartışma konusudur. Son olarak, grup davaların (*class/group actions*) uluslararası tahkim hukukunda mümkün olup olmadığı tereddüt doğurmaktadır.

Bir üst paragrafta zikrettiğimiz usûl hukuku müesseseleri vasıtasıyla, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap verilmeden önce, bu soruya hangi hukukun uygulanması suretiyle cevap verilmesi gerektiğinin belirlenmesi zorunludur.

Tahkim usûlünün, esas itibariyle taraflar arasındaki anlaşmaya dayanan bir ihtilâf çözüm metodu olmasından dolayı, hakem heyetinin hangi usûlü takip ederek hakem kararını vereceği, bir başka ifadeyle hakemlik prosedürü, öncelikle taraflarca yetkili kılınmış tahkim kurallarıyla tayin olunur. Taraflar bu kuralları bizzat kaleme alabilecekleri gibi, herhangi bir kurumsal veya *ad hoc* tahkim kurallarına atıfta bulunmuş da olabilirler.³⁴² Tarafların bir tahkim kurumunu yetkili kılmaları, bu tahkim kurumuna ait tahkim kurallarını da yetkili kıldıkları anlamına gelir. Tahkim usûlü bakımından taraflarca düzenlenmeyen hususlar söz konusu olduğunda ise, kural olarak, *tahkim yeri hukukunun* uygulanması kabul edilmektedir.

New York Konvansiyonu m.V/1/d hükmü uyarınca, hakem heyetinin teşkilinin ve hakemlik prosedürünün, tarafların anlaşmasına, anlaşmada hüküm bulunmayan hallerde tahkim yeri hukukuna uygun cereyan etmemesi, hakem kararının tenfizi yönündeki talebin reddi için yeterli bir sebep teşkil eder. MÖHUK'ta da hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usûl, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiği öngörülmüştür (m.62/f). Benzer şekilde Cenevre Konvansiyonu m.IX/d hükmünde, hakem heyetinin teşekkülü ve hakemlik prosedürü, öncelikle taraflar arasındaki anlaşmaya tâbi kılınmıştır. Taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın bulunmaması hâlinde, taraflarca yetkili kılınan bir tahkim kurumu varsa bu kurumun tahkim kuralları uygulanacaktır. Bunun dışında

³⁴² Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.330-331.

kalan istisnaî hallerde nasıl hareket edilmesi gerektiği anlaşmanın IV. maddesinde tayin edilmiştir. 4686 sayılı Türk MTK m.15/A/1/f uyarınca, tahkim yargılamasının, usûl açısından tarafların anlaşmasına veya bu yönde bir anlaşmanın bulunmaması hâlinde MTK hükümlerine uygun olarak yürütülmemiş olması, bu durumun, hakem kararına etki etmiş olması kaydıyla, hakem kararının iptali için yeterli bir sebep teşkil eder. MTK sadece tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkimlere tatbik edildiği için, buradaki düzenlemenin diğer düzenlemelerle özdeş mahiyet arz ettiğini söylemek mümkündür.

Şu halde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumundaki bir şahsa; tahkim yargılamalarının birleştirilmesi, aslî yahut fer'î müdahale veya grup davaların tahkim yoluyla görülmesi gibi usûl hukuku müesseseleri vasıtasıyla teşmilinin hukuka uygun olup olmadığı gündeme geldiğinde, bu soru öncelikle tarafların arasındaki anlaşmaya göre cevaplanmak durumundadır. Tarafların bir tahkim kurumunu yetkili kılmış olmasının, bu kurumun tahkim kurallarını da yetkili kıldıkları anlamına geleceği unutulmamalıdır. Tarafların anlaşmasında veya taraflarca yetkili kılınan tahkim kurumunun kurallarında bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaması hâlinde tahkim yeri hukuku tatbik edilmelidir.

Tahkim yeri hukukunda, milletlerarası tahkime ilişkin bir düzenleme bulunması durumunda bu düzenleme uygulanmalıdır. Meselâ tahkim yerinin Türkiye olduğu hallerde, üçüncü kişi konumundaki bir şahsın tahkim yargılamasına aslî müdahale yoluyla dâhil olup olamayacağı, taraflar arasındaki anlaşmada bu konuyu tanzim eden hükümler bulunmaması hâlinde, 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde cevaplanmalıdır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahalesine ilişkin hüküm bulunmaması, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahalesinin mümkün olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır.

III. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİL EDİLDİĞİ HALLER

A. MADDÎ HUKUK MÜESSESELERİ VASITASIYLA TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ

1. Temsil Teorisi

a. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği hallerin başında, tahkim anlaşmasının temsilci marifetiyle akdedilmesi gösterilmektedir. Tahkim anlaşmasının, *temsil* teorisine istinaden üçüncü kişilere teşmilinin açık bir yetkilendirmeye binaen vuku bulabileceği yahut temsilciye söz veya yazıyla ifşa edilmemiş bir yetki verilmiş olabileceği iddia edilmektedir. Bununla birlikte, böyle hallerde, sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının asıl tarafının temsil olunan olduğunun tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya konulması gereğinin ortadan kalkmayacağı da ifade edilmektedir.³⁴³

Temsil ilişkisi bakımından yapılan *dolaylı – doğrudan temsil* ayırımı nazara alındığı takdirde burada *temsil* tabiri ile kast edilenin, *doğrudan temsil* olduğu ifade edilmelidir. Zira *dolaylı temsilde*, temsilci, sözleşmeyi, temsil olunan adına yaptığını ifşa etmeksizin diğer âkit taraf ile kendi namına akdetmekte ve daha sonra bu sözleşmeden doğan hak ve borçları temsil olunana devretmektedir.³⁴⁴ Bu takdirde ortaya çıkan mesele, devir işleminin kapsamına tahkim anlaşmasının girip girmediğidir ki bu mesele cüzî halefiyet başlığı altında ele alınacaktır.

Kural olarak, temsil yetkisinin açıkça verilmiş ve açıkça kullanılmış olması hâlinde tahkim anlaşması zaten temsil olunan adına yapılmıştır, hukukî sonuçları temsil olunan üzerinde doğar³⁴⁵ ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili söz konusu değildir. Buna rağmen tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan teoriler arasında *temsile* yer verilmesinin sebebi, meseleye ilişkin

³⁴³ Jarvin, **Group of Companies**, s.182; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.258–259.

³⁴⁴ Oğuzman, Öz s. 157.

³⁴⁵ Oğuzman, Öz s. 155.

doktriner eserlerin ve yargısal içtihatların bir kısmında *üçüncü kişi* tabirinin yerine, *imza sahibi olmayan (non-signatory)* tabirinin kullanılmasıdır. *İmza sahibi olmayan* tabiri, tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeyi fiziksel olarak imzalamamış kişileri tarif etmek amacıyla kullanıldığı için ve *temsil* söz konusu olduğunda *temsil olunan* tahkim anlaşmasını bizzat imzalamadığı için bu yaklaşım kendi içinde tutarlıdır. Ne var ki biz *üçüncü kişi (third party)* tabirini tercih ettiğimiz için, bize göre temsil teorisinin, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılması söz konusu değildir. Bununla beraber, bazı mahkeme ve hakem kararlarında, temsilciye söz veya yazıyla ifşa edilmemiş bir yetki verilmiş olabileceği; hattâ temsil olunanın temsilciye aslında temsil yetkisi vermemiş ve temsilcinin de aslında temsil olunan adına hareket etmemiş olmasına rağmen maddî koşullardan ötürü tahkim anlaşmasıyla bağlı kılındığı *görünüşteki temsil yetkisi* vasıtasıyla da tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilebileceği iddia edilmektedir. *Görünüşteki temsil yetkisinin* ayırt edici unsuru, temsil olunanın, temsilciye aslında temsil yetkisi vermemiş ve temsilcinin de aslında temsil olunan adına hareket etmemiş olmasına rağmen taraflardan birinin, temsil yetkisinin bulunmadığını ileri sürmekten, maddî koşullara bağlı olarak men edilmesidir. Bu hallerde dahi temsil olunanın, temsilcinin ve diğer âkit tarafın, temsilci tarafından imzalanan tahkim anlaşmasının, temsil olunan için hüküm doğurduğunun farkında olması; yani tahkim anlaşmasının temsil olunana teşmilinin, her üç tarafın müşterek niyeti olması gerektiği ifade edilmektedir.³⁴⁶

Görünüşteki temsil yetkisi teorisinin tatbik edildiği 5730 sayılı ICC davasında hakem heyeti, Bay (B)'nin sözleşmeyi Bay (A) adına müzakere etme ve bilhassa tahkim şartı ihtiva eden ve Bay (A)'nın yanında imzalanan sözleşmeyi imzalama yetkisine sahip olduğunu, Bay (A)'nın kendi davranışıyla onayladığına karar vermiştir. Hakem heyeti, vakıaların, Bay (A)'nın, Bay (B) tarafından Bay (A) adına yapılan taahhütleri teyit ettiğinin kabulü doğrultusunda cereyan ettiğini belirterek Bay (B)'nin Bay (A) tarafından geçerli olarak yetkilendirilmediği kabul edilse dahi Bay (B)'nin görünüşte yetkiye sahip olduğu sonucuna varmıştır.³⁴⁷

³⁴⁶ Sandrock, **Group of Companies**, s.638–639.

³⁴⁷ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.261.

Temsil yetkisinin açıkça verilmiş ve açıkça kullanılmış olması hâlinde tahkim anlaşmasının hukukî sonuçları temsil olunan üzerinde doğacağından, temsilcinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olması da söz konusu değildir. 4504 sayılı ICC davasında hakem heyeti, sözleşmeye taraf olmayan ikinci davalı şirket hakkında yargılama yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir. Sözleşmenin, ikinci davalı şirketin başkanı tarafından imzalanmış olması, imzanın birinci davalının temsilcisi sıfatıyla atılmasından ötürü, ikinci davalı şirketi tahkim şartıyla bağlı kılmak için yeterli görülmemiştir.³⁴⁸

b. Anglo Sakson Hukuku

Açıkça yahut zımnen verilmiş bir temsil yetkisi bulunmamasına rağmen *sözde temsil olunanın* maddî koşullardan ötürü tahkim anlaşmasıyla bağlı kılındığı *görünüşteki temsil yetkisi* teorisi İngiliz hukukunda da bilinmektedir. Teori esasen, *sözde temsil olunanın*, ilgili işleme ilişkin olarak *sözde temsilciye* temsil yetkisi vermediği vakiasına dayanır. Fakat hukuk, bu kişiler arasındaki davranışlara bakarak bir temsil ilişkisi bulunduğunu kabul etmektedir.³⁴⁹

ABD’de, üçüncü kişilerin tahkim şartının kendileri bakımından da geçerli olduğu iddialarının temelinde çoğunlukla temsil teorisinin yer aldığı görülmektedir. Kıta Avrupası Hukukundakinden epey farklı olan ABD’deki temsil teorisi uyarınca, temsil olunan geçerli bir tahkim şartı ile bağlı olduğu zaman onun vekilleri, acentaları, çalışanları ve temsilcileri de tahkim şartının kapsamına girer. Bu teori bir mahkemeyi “*bir tahkim anlaşmasının tarafları, aralarında doğabilecek uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmek konusunda açıkça anlaştıkları takdirde bu anlaşma, imza sahipleriyle ilişkisi bulunan birimlere veya acentalarına karşı ileri*

³⁴⁸ Benzer şekilde, 5721 sayılı ICC davasında hakem heyeti, yargılama yetkisini, tahkim şartının ve tahkim yargılamasının tarafı olan Mısır şirketi (A) hesabına iki sözleşme imzalamış olan Bay (B)’ye teşmil etmemiştir. Hakem heyetine göre, Bay (B) tamamen ve sadece (A) şirketinin nam ve hesabına hareket etmiş, kendi namına tahkim şartının tarafı olma iradesine hiçbir zaman sahip olmamış ve aynı şekilde diğer âkit taraf da, Bay (B)’nin şahsen taraf olduğu bir tahkim anlaşması akdetme iradesine sahip olmamıştır; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.271.

³⁴⁹ Sandrock, **Group of Companies**, s.642.

sürülecek tüm iddiaları da kapsar”³⁵⁰ kararını vermeye götürmüş ve o davada, tahkim anlaşması bir çalışana ve kardeş şirkete teşmil edilmiştir³⁵¹. Bahse konu dava, bir komisyonculuk şirketi, bu şirketin bir çalışanı ve kardeş şirketi aleyhine mahkemelerde açılmış ve davalılar, sadece komisyonculuk şirketi ve davacı tarafından imzalanan sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuşlardı. Mahkeme, *Merrill Lynch* gibi bir varlığın ancak çalışanları vasıtasıyla hareket edebileceğini ve çalışanlara teşmil edilmeyen bir tahkim anlaşmasının anlamsız olacağını belirtmek ve ayrıca temsil mantığının, tahkim şartının, davacının hesaplarıyla bağlantılı bazı hizmetlerin ifasıyla yükümlü olan kardeş şirkete de uygulanmasını gerektirdiğine karar vermek suretiyle tahkim itirazını kabul etmişti^{352 353}.

Buna karşılık mahkemenin, *Merrill Lynch* davasından³⁵⁴ ayrıldığı *E.I Dupont de Nemours & Co v. Rhone Poulenc & Resin Intermediaries* davasında³⁵⁵ ana şirketin, yan şirketi tarafından akdedilmiş sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden tahkime tâbi kılınması talebi, ana şirketin talepleri bu sözleşmeye dayanmadığı için reddedilmiştir.

Temsilcinin, temsil olunan adına hareket ettiğini ifşa etmeksizin bir tahkim şartı akdetmesi hâlinde bu tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağının ele alındığı

³⁵⁰ *Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith*, 7 **F.3d** s.1110 (3d Cir. 1993).

³⁵¹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.260.

³⁵² Dileo s.62; Lamm, Aqua s.725; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.287.

³⁵³ *Silkworm Screen Printers Inc v. Robert Abrams and Genco International Ltd and James Y. Chen and Amchi Trading Ltd and Eastern Commodities Ltd* davasına konu olayda, alıcı *Eastern Commodities* ile satıcı *Silkworm* arasındaki sözleşmenin konusu, Çin’de üretilen tişörtlerin satımıydı. Sözleşme, *Eastern Commodities* namına, ABD’deki temsilcisi *Amchi Trading* tarafından imzalanmıştır. Sözleşmeden uyuşmazlık doğması üzerine *Silkworm* tarafından ABD mahkemelerinde, hem *Eastern Commodities* hem de temsilcisi *Amchi Trading* aleyhine dava açılmıştır. Davalılar, satım sözleşmesine atf yoluyla ithâl edilen standart sözleşmenin tahkim şartı ihtiva ettiğini öne sürerek tahkim itirazında bulunmuştur. *Silkworm*, uyuşmazlığın tahkime tâbi olmadığını, buna karşılık aksi kabul edilse dahi, *Amchi Trading*’in tahkime tâbi olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, satım sözleşmesine atf yoluyla ithal edilen tahkim şartı uyarınca uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğine hükmetmiş ve *Amchi Trading*’in, *Eastern Commodities*’in ABD’deki temsilcisi olmasından ötürü tahkime tâbi olduğuna karar vermiştir (**YBCA**, Vol:20, 1995, s.830 vd).

³⁵⁴ 7 **F.3d** s.1110 (3d Cir. 1993), Townsend s.21.

³⁵⁵ 269 **F.3d** s.204 (3d Cir. 2000).

Interbras Cayman Co v. Orient Victory Shipping Co davasında³⁵⁶, *Frota* isimli bir denizcilik şirketi, gemi kiralamak amacıyla *Orient* şirketiyle, tahkim şartı içeren bir sözleşme akdetmiştir. *Frota* daha sonra bu gemiyi *Interbras*'a kiralamıştır. Gemiye ilişkin bir uyumsuzluk doğması üzerine *Interbras*, *Frota*'nın, tahkim şartı içeren sözleşmeyi kendisinin ifşa edilmemiş temsilcisi olarak akdettiğine dayanarak *Orient* aleyhine tahkime müracaat etmiştir. Temyiz Mahkemesi, ifşa edilmemiş temsil olunanın, temsilcisi vasıtasıyla akdedilen bir sözleşmeyi, tahkim şartının tarafı, temsil olunanın varlığından haberdar olmasa dahi, icra edebileceğine karar vermiştir.³⁵⁷

ABD'de, ifşa edilmiş temsil olunan adına bir sözleşme akdeden temsilcinin bu sözleşmenin tarafı olmadığı, tahkim hukuku bağlamında kabul edilen bir prensiptir³⁵⁸. Bu yöndeki kararlardan, *Keystone Shipping Co & Charles Kurz & Co v. Texport Oil Co* davasına³⁵⁹ konu olayda *Kurz*, *Valley Forge* adlı gemiyi, yan şirketi *Keystone Shipping* vasıtasıyla idare etmekteydi. Tahkim şartı içeren gemi kiralama sözleşmesi *Kurz* ve kiracı *Texport* arasında akdedilmişti. Sözleşmenin müzakereleri esnasında *Keystone*, *Kurz*'un temsilcisi sıfatıyla hareket etmişti. *Kurz* ve *Keystone* tarafından *Texport* aleyhine tahkime müracaat edilmesinin ardından *Texport*, tahkim anlaşmasına taraf olmadığı gerekçesiyle *Keystone* ile tahkime gitmeyi reddetmiştir. Mahkeme, *Keystone*'un tahkim anlaşmasının tarafı olmadığına ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde başvuru teorilerin kapsamına da girmediğine karar vererek *Texport*'u haklı bulmuştur^{360 361}.

³⁵⁶ 663 F.2d s.4 (2d. Cir. 1981).

³⁵⁷ Eisen s.44; Dileo s.61–62.

³⁵⁸ Bagot, Henderson s.437.

³⁵⁹ 782 F. Supp. s.28, 31 (SDNY 1992).

³⁶⁰ McCormack s.78.

³⁶¹ Aynı yöndeki *Mitsubishi Corporation of Tokyo v. Guinomar Conakry* [**Dispute Resolution Journal**, March 1994, s.4] davasında mahkeme, ifşa edilmiş temsil olunan adına bir sözleşme akdeden temsilcinin bu sözleşmenin tarafı olmayacağına işaret etmiş ve *Guinomar Conakry*'nin, *Guinomar International*'ın temsilcisi olarak hareket ettiğinin çarterpartiden açıkça anlaşılması karşısında çarterpartinin ve çarterpartide yer alan tahkim şartının tarafı olmadığı sonucuna varmıştır. *Lerner v. Amalgamated Clothing & Textile Workers Union* [983 F.2d s.5 (2d Cir. 1991)] kararına göre de, temsilci, temsil olunan adına hareket ettiğini belirtmeksizin bir sözleşme akdettiği takdirde, temsil olunanın yerine veya onunla birlikte kendisini de sözleşmeyle bağlamak istediğini ortaya koyan açık delillerin yokluğu hâlinde sözleşmeyle şahsen bağlı olmaz (Eisen s.44).

c. Kıta Avrupası Hukuku

Fransız hukukunda temsil yetkisinin sadece zımnen verilebileceği değil, aynı zamanda, aslında verilmemiş olmasına rağmen mevcudiyetinin farz edilebileceği de (*mandat apparent*) kabul edilmektedir. Bu doktrin uyarınca, *sözde* temsil edilen, temsil yetkisi vermediği bir kişinin (*sözde temsilci*) davranışlarıyla bağlı kılınabilir; yeter ki bahse konu iki kişi, sergiledikleri davranışlarla, iyiniyetli üçüncü kişileri temsil yetkisinin mevcudiyetine inandırmış olsun. Bu tür durumlarda üçüncü kişilerin menfaatinin, temsil olunanın temsil yetkisinin bulunmadığına dayanabilme menfaatinden daha ağır bastığı kabul edilmektedir.³⁶²

4727 sayılı ICC davasının tarafları, Cayman Adalarında kurulu *Swiss Oil Corporation*, *Petrogab* ve *Republic of Gabon* idi. Davaya konu olayda, *Swiss Oil Corporation* ile *Republic of Gabon* arasında, ICC tahkim şartı ihtiva eden bir petrol alım sözleşmesi akdedilmişti. *Republic of Gabon*'a ait bir şirket olan *Petrogab*'ın genel müdür yardımcısı, sözleşmenin eklerinden birinin altını, konumunu belirtmek ve '*Republic of Gabon namına*' ibaresini eklemek suretiyle imzalamıştı. Uyuşmazlık doğduğunda *Swiss Oil Corporation*, müdürlerinden birinin sözleşmenin ekini imzalamasından ötürü sözleşmenin tarafı hâline geldiği gerekçesiyle *Petrogab*'ı da davaya dâhil etmek istedi. Hakem heyeti, imzalanan ekte *Petrogab*'ın taraf olarak zikredilmemesinin ve ekte yer alan '*Republic of Gabon namına*' ibaresinin, *Petrogab*'ın bu sözleşmenin tarafı olmadığını ortaya koyduğunu belirterek bu talebi reddetti. Paris Temyiz Mahkemesi, *Petrogab*'ın, dünya petrol fiyatlarında meydana gelen düşüş üzerine sadece yeni bir fiyatın belirlenmesi için sözleşme müzakerelerine dâhil olduğu, *Swiss Oil Corporation*'ın ve *Petrogab*'ın müşterek iradelerine bakıldığında aralarında bir sözleşme akdetme amacı güttüklerini ortaya koymaya yeterli veri bulunmadığı ve *Swiss Oil Corporation*'ın her aşamada *Gabon*'la iş yapma iradesine sahip bulunduğu gerekçeleriyle hakem kararının iptali yönündeki talebi reddetmiştir^{363 364}.

³⁶² Sandrock, **Group of Companies**, s.640.

³⁶³ Paris Temyiz Mahkemesi, 16.6.1988, *Swiss Oil Corporation v. Petrogab*, **Rev.Arb.** 1989, s.309; **YBCA**, Vol:16, 1991, s.133 vd.

Alman hukukunda, temsil yetkisi bulunmaksızın, temsil olunan nam ve hesabına bir tahkim anlaşması akdeden temsilcinin bu tahkim anlaşmasıyla şahsen bağlı olmayacağı, temsil yetkisi bulunmadığı için temsil olunanın da tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağı ve tahkim anlaşmasının geçersiz hâle geleceği kabul edilmektedir.³⁶⁵ Bununla birlikte Alman mahkemeleri, Fransız hukukuna ait *mandat apparent* teorisiyle paralellik gösteren iki farklı yaklaşım geliştirmiştir: *Duldungsvollmacht* teorisi ve *Anscheinsvollmacht* teorisi.³⁶⁶

Sözde temsilcinin, temsil yetkisine sahipmişcesine hareket etmesine sözde temsil olunan tarafından ses çıkarılmaması olarak tanımlanan ve '*müsamahaya dayanan yetki*' olarak da tarif edilen³⁶⁷ *Duldungsvollmacht* doktrininin uygulanması dört şartın varlığını gerektirir: (i)Temsil yetkisi bulunmayan bir kişinin, sözde temsil olunanın namına hareket etmesi; (ii)Sözde temsil olunanın, sözde temsilcinin hareketini fark etmesi ve onu durdurmaya çalışmaması; (iii)Sözde temsilcinin, temsil yetkisine istinaden ilişki kurduğu iyiniyetli bir üçüncü kişi; (iv)Sözde temsil olunanın sözde temsilciyi engelleme olanağına sahip bulunması. Bu koşulların varlığı hâlinde aslında yetkisiz temsil söz konusudur. Fakat sözde temsil olunanın bu yetkisizliğe dayanan itirazı, *çelişkili davranış yasağı* uyarınca dinlenmez. Aksine, sözde temsilcinin onun adına bulunduğu taahhütlerle de bağlı olur.³⁶⁸

Sözde temsilcinin, temsil yetkisine sahipmişcesine hareket etmesine karşılık, sözde temsil olunanın, böyle bir niyeti olmamasına rağmen, gerekli dikkati sarf etmemesinden ötürü bu kanaatin doğması olarak tanımlanan ve '*görünüşe dayanan yetki*' olarak da tarif edilen³⁶⁹ *Anscheinsvollmacht* teorisinin uygulanabilmesi için: (i)Temsil yetkisi bulunmayan bir kişinin, sözde temsil olunanın namına hareket etmesi, (ii)Bu hareketin geçici nitelikte olmayıp, üçüncü kişileri gerçek bir temsil

³⁶⁴ Fouchard, Gaillard, Goldman s.296–297.

³⁶⁵ Schwab, Walter s.61.

³⁶⁶ Sandrock, **Group of Companies**, s.643.

³⁶⁷ Oğuzman, Öz s.164 dn.580.

³⁶⁸ Sandrock, **Group of Companies**, s.643.

³⁶⁹ Oğuzman, Öz s.164–165 dn.580.

yetkisi bulunduğuna inandıracak, belirli bir zaman aralığına yayılmış olması, (iii)Sözde temsil olunanın, sözde temsilcinin hareketini kendi ihmalden ötürü fark etmemesi, (iv)Sözde temsilcinin, temsil yetkisine istinaden ilişki kurduğu iyiniyetli bir üçüncü kişinin varlığı, (v)Sözde temsil olunanın, sözde temsilcinin hareketlerine engel olma fırsatına sahip bulunması gerekmektedir. Bu beş şartın gerçekleşmesi hâlinde Alman mahkemeleri temsil yetkisinin mevcudiyetini farz etmekte ve sözde temsil olunanı, sözde temsilcisinin hareketleriyle bağlı kılmaktadır.³⁷⁰

Buna karşılık Alman mahkemelerinin, bahse konu teorilere istinaden bir tahkim anlaşmasını, *sözde temsil olunana* teşmil ettiği bir karara rastlanmamıştır. Tam aksine Hamburg mahkemesi, sözleşmeyi kendi nam ve hesabına akdeden temsilciye kendi adına sözleşme akdetme yetkisi vermediğini ileri süren davalı hakkında, sözleşmenin kendi nam ve hesabına akdedildiğine ilişkin *görünüşte yetki* yarattığı gerekçesiyle tahkim şartıyla bağlı olduğu yönünde karar veren hakem heyetinin bu kararını, New York Konvansiyonu m.II/2 hükmünün karşılanmadığı zira bir kişinin *görünüşte yetki* vasıtasıyla bir sözleşmeyi imzalamış farz edilemeyeceği gerekçesiyle tenfiz etmemiştir.³⁷¹

İsviçre Federal Mahkemesi, *Duldungsvollmacht* veya *Anscheinsvollmacht* kurumlarına başvurmamış olsa da, vakıaların, *Duldungsvollmacht* ve *Anscheinsvollmacht* teorilerine uygun cereyan etmesi hâlinde bu teorilerle örtüşen kararlar vermiş ve sözde temsil olunanı, temsilci intibai yaratarak hareket eden sözde temsilcinin davranışlarıyla bağlı kılmıştır³⁷².³⁷³ Zürih Ticaret Odası nezdinde verilen ve İsviçre Federal Mahkemesinin 1.9.1993 tarihli kararıyla onanan 11.2.1993 tarih ve 188/1991 sayılı hakem kararında hakem heyeti, davacı Avusturya şirketi ile Çin devletine ait kuruluş arasında akdedilen ve tahkim şartı ihtiva eden sözleşmeyi,

³⁷⁰ Sandrock, **Group of Companies**, s.643.

³⁷¹ Albert Jan Van Den Berg, “New York Convention of 1958 Commentary Cases Reported in Volume XII (1987)”, **YBCA**, Vol:12, 1987, s.432.

³⁷² *Verreyken v. Parsel SA* (96 **Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts**, II.Teil, s.439).

³⁷³ Sandrock, **Group of Companies**, s.644.

*görünüştaki yetki teorisine istinaden, Çin'in millî gözetim ve denetim kuruluşuna teşmil etmiştir*³⁷⁴.

Tokyo mahkemesinin 25.3.1993 tarihli kararına konu uyuşmazlık, ABD'li bir sirk şirketiyle bir Japon organizatör arasındaki sözleşmeden kaynaklanmıştır. Japon organizatör sirkini kötü performansından ötürü zarara uğradığını iddia etmiş ve ABD'li şirketin temsilcisini, sözleşmenin müzakereleri esnasında hile yaptığı gerekçesiyle dava etmiştir. Sözleşmede yer alan ICC tahkim şartına göre, ABD'li şirketin dava açması hâlinde tahkim yeri Tokyo, Japon organizatörün dava açması hâlinde ise tahkim yeri New York olacaktır. ABD'li şirket, tahkim şartına uygulanacak hukukun New York hukuku olduğunu, New York hukuku uyarınca hileden kaynaklanan tazminat taleplerinin tahkime tâbi olduğunu ve tarafların temsilcilerinin de tahkim şartıyla bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Tokyo mahkemesi, bir talebin tahkime tâbi olup olmadığı ve tahkim anlaşmasıyla kimlerin bağlı olduğu sorularının, tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk tarafından cevaplanması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre bu sorulara taraf iradeleri doğrultusunda cevap verilmeliydi ve Japon tarafça başlatılan tahkim yargılamasında tahkim yeri New York, tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukuk da New York hukukuydu. Mahkeme, New York hukuku uyarınca tarafların temsilcilerinin de tahkim şartıyla bağlı olduğuna işaret ederek, ABD'li şirketin iddialarını kabul etmiş ve davayı reddetmiştir.³⁷⁵ Karar Tokyo Yüksek Mahkemesi tarafından da onanmıştır.³⁷⁶

Çin'de, konusu yabancı bir hakem kararının tenfizi olan *Samyang International Trading Company v. Foreign Trading Company of Jiangsu Province* davasına³⁷⁷ konu olayda, davacı ile davalı arasında, kauçuk eldiven üretiminde kullanılacak bir dizi ekipmanın satımına ilişkin bir sözleşme akdedilmişti. Daha sonra davacı, davalı ve son kullanıcı olan bir Çin şirketi arasında, bakiye borcun

³⁷⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.261.

³⁷⁵ Taniguchi s.532–533.

³⁷⁶ **YBCA**, Vol:20, 1995, s.745 vd.

³⁷⁷ **Selected Cases of the People's Court**, 1992, Vol:58, No:2, s.142.

ödenmesine ilişkin bir memorandum imzalanmıştır. Davalı bu memorandumunu “alıcı” ve “son kullanıcının temsilcisi” sıfatlarıyla imzalamıştır. Ödeme yapılmaması üzerine davacı, *China International Economic and Trade Arbitration Commission*’a başvurarak tahkim talebinde bulunmuş ve lehine bir hakem kararı elde etmiştir. Tenfiz aşamasında davalı, bu ticarî faaliyette sadece son kullanıcının temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğini belirterek ödemelerden sorumlu olamayacağını öne sürmüştür. *Beijing Intermediate People’s Court*, davalının, “alıcı” sıfatıyla sözleşmenin tarafı olduğuna hükmederek, tenfiz talebini kabul etmiştir.³⁷⁸

Türk Borçlar Hukukunda temsil yetkisinin zımnen verilebileceği kabul edilmekte ve hatta, sadece işlemin tarafı olacak üçüncü kişi bakımından olmak kaydıyla, adına işlem yapılan kişinin temsil yetkisi verme iradesi yokken dahi bazı davranışları sebebiyle güven teorisi uyarınca temsil yetkisi vermiş gibi sonuç doğması da kabul edilmektedir.³⁷⁹ Ne var ki kanaatimizce bahse konu sonuçların tahkim anlaşması bakımından doğması mümkün değildir. Zira Türk hukukunda tahkim anlaşmasının temsilci marifetiyle akdedilebilmesi için, temsil olunanın temsilciye tahkim anlaşması akdetme konusunda özel yetki vermesi gereklidir (BK m.388/III).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1996 senesinde verdiği bir kararda³⁸⁰ davacı tarafından, davalıya ait yükün taşınması sonucu hak edilen navlun ücretinin ödenmemesi üzerine açılan davada, davalı tarafın, çarterpartide yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunması üzerine alt mahkemece bu itirazın kabulüyle davanın reddine dair verilen kararın temyizi üzerine yapılan incelemede: davada istinat edilen tahkim şartının davacı ile dava dışı İtalyan *Radarchim SRL* şirketi arasında akdedildiği, davalı şirketin bu sözleşmede komisyoncu sıfatıyla yer aldığı ve gerek davanın gerekse davadan önce gerçekleştirilen icra takibinin

³⁷⁸ Wang Sheng Chang, “Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the People’s Republic of China”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.484.

³⁷⁹ Oğuzman, Öz s.164–165.

³⁸⁰ Y 11. HD E.1996/4047, K.1996/7164, T.22.10.1996: Nomer, Ekşi, Öztekin s.602–603.

Radarchim SRL şirketine izafeten değil doğrudan davalı aleyhine yapıldığı gerekçesiyle davalının tahkim şartına istinat edemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 2002 tarihli kararına³⁸¹ konu olayda davacı Bayan (M) ile davalı (A) şirketini temsilen Bayan (E) arasında akdedilen sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden, davacıya ait menkul kıymetleri satarak zimmetine geçirdiği iddiasıyla Bayan (E) aleyhine başlatılan tahkim yargılaması hakkında, Bayan (E)'nin sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzaladığı, temsilen yapılan işlerde hakların ve borçların temsil olunana ait olacağı gerekçesiyle tahkim şartının temsilci Bayan (E)'ye teşmil edilemeyeceğine ve davacıya ait menkul kıymetleri satarak zimmetine geçirmesinin de böyle bir teşmili haklı kılmayacağına karar verilmiştir.

d. Değerlendirme

İncelediğimiz yargısal ve doktriner içtihatlar göstermektedir ki tahkim anlaşmalarının *temsil* teorisine istinaden üçüncü kişilere teşmili, sadece, kendine özgü bir temsil müessesesine sahip bulunan ABD hukuku bakımından söz konusudur. Buna karşılık bilhassa Türkiye (BK m.388/III), Hong Kong³⁸², Avusturya³⁸³, İsviçre³⁸⁴ gibi, temsilcinin, temsil olunan adına tahkim şartı akdedebilmesi için kendisine özel olarak tahkim şartı akdetme yetkisinin verilmesinin gerekli olduğu ülkeler bakımından tahkim anlaşmalarının, temsil teorisine istinaden üçüncü kişilere teşmili mümkün değildir.

Uyuşmazlıkların asıl çözüm yeri mahkemelerdir ve bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü için bir tahkim anlaşmasının varlığı şarttır. Resmî yargıya nazaran istisnaî bir konum arz eden ihtiyarî tahkimin tek dayanağı, tarafların tahkime gitme yönündeki iradelerinin karşılıklı olarak meydana getirdiği tahkim anlaşmasıdır. Bu yönde bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, tahkim yargılamasının ve hakem kararının mesnedi kalmaz. Tahkime gitme yönündeki iradenin *açıkça* veya tereddüde

³⁸¹ Y. 19. HD. E.2002/7495, K.2002/6932; **YKD**, 2003/3, s.422–423.

³⁸² Robert T. Greig, Neil Kaplan, “National Reports: Hong Kong”, **YBCA**, Vol:11, 1986, s.7 vd.

³⁸³ Reiner s.83.

³⁸⁴ Reiner s.83.

mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulması mümkündür. Yani aslolan, tarafların tahkime gitme iradesinin açıkça veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulup konulmadığının belirlenmesidir. Buna göre tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve tarafların tahkime gitmeye rıza gösterdiğinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan *zımnî* bir irade beyanının bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının temsil olunanı bağlaması mümkün değildir.

Bu itibarla tahkim anlaşmasının, temsil teorisine istinaden üçüncü kişilere teşmil edildiği bir tahkim yargılamasının ve böyle bir yargılama neticesinde verilen hakem kararının hukukî mesnedinin bulunmadığı ve verilen hakem kararı, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmayışından ötürü mahkemelerce iptal edilmesi yahut tenfizinin talep edilmiş olması hâlinde bu talebin reddinin gerektiği kanısındayız.

Temsil yetkisinin açıkça verilmiş olması hâlinde, temsilci marifetiyle akdedilen tahkim anlaşması, doğrudan doğruya *temsil olunanı* bağlayacak ve bu durumda üçüncü kişiye temsil meselesi gündeme gelmeyecektir. Diğer taraftan, tahkim şartının, temsil yetkisinin *zımnen* verilmiş bulunduğuna istinaden temsil olunanı bağlaması için, temsil yetkisi verildiğinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette ispatı şart olduğundan, böyle bir durumda tahkim anlaşması doğrudan doğruya *temsil olunanı* bağlayacak ve üçüncü kişiye teşmil sorunuyla karşılaşılacaktır. *Görünüşteki temsil yetkisi* ve aynı müesseseyi ifade etmek amacıyla kullanılan benzer kavramlar vasıtasıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edildiği hallerde ise, aslında üçüncü kişiye teşmili sağlayan hususun *çelişkili davranış yasağı (dürüstlük kuralı)* olduğu kanısındayız.

2. Ortaklar ve Ortaklıklar Arasındaki İlişki

a. Genel Olarak

Tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan gerekçelerden biri de, ortaklar ve ortaklıklar arasındaki ilişkidir.³⁸⁵ Bu ilişki farklı şekillerde tezahür edebilir. Meselâ bir adî ortaklığın tarafları arasındaki ilişki yahut bir şirketler grubuna dâhil şirketler arasındaki ilişki veyahut bir şirketin, bir kooperatifin veya bir birliğin üyeleri yahut hissedarları arasındaki ilişki böyledir.

b. Adî Ortaklık

(D) adî ortaklığı ile (X) arasında tahkim şartı içeren bir sözleşme akdedildiğinde (X)'in, (D) adî ortaklığının üyeleri olan (A), (B) ve/veya (C)'yi bireysel olarak dava etmesinin mümkün olup olmadığı; böyle bir davaya karşı (B)'nin, (D) adî ortaklığının ayrı bir hukukî varlık olarak yapılandığı ve tahkim şartının kendisi tarafından bizzat imzalanmadığı gerekçesiyle doğrudan ve kişisel olarak sorumlu tutulamayacağı iddiasının haklılığı veya (A) ve (B)'nin, tahkim anlaşmasının tarafları sadece (D) adî ortaklığı ve (X) olmasına rağmen, kendileri adına tahkim yargılaması başlatmalarının mümkün olup olmadığı gibi sorular akla gelebilir.³⁸⁶ Bu soruların bir diğer ifade edilme biçimi, adî ortaklık tarafından akdolan tahkim anlaşmasının, adî ortaklığı teşkil eden gerçek veya tüzel kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığıdır.

Westland davasında³⁸⁷, *Arab Organisation for Industrialisation*'a (AOI) üye olan dört Arap devleti, *Westland Helicopters* şirketiyle, *Arab British Helicopters Company* (ABH) adında bir anonim şirketin kurulmasını öngördükleri ve tahkim şartı da ihtiva eden bir ortaklık sözleşmesi akdetmiştir. *Westland* ayrıca ABH ile, ICC tahkiminin öngörüldüğü birtakım sözleşmeler akdetmiştir. Bir uyuşmazlık doğması üzerine *Westland*; dört Arap devlet, AOI ve ABH aleyhine tahkim yargılaması başlatmıştır. Mısır ve ABH, hakem heyetinin yetkisine itirazda bulunmuştur. Diğer

³⁸⁵ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.274.

³⁸⁶ Blessing, **Arbitration Clause**, s. 176–177; Blessing, **Introduction to Arbitration**, s.187; Blessing, **International Arbitration in Switzerland**, s.178.

³⁸⁷ 3879 sayılı ICC davasında verilen 5.3.1984 tarihli hakem kararı, **YBCA**, Vol:11, 1986, s.127.

davalılar yargılamaya katılmamıştır. Hakem heyeti, dört devletin, tahkim şartına bizzat taraf olmamalarına rağmen tahkim şartıyla bağlı olduklarına hükmetmiştir: “...dört devletin, AOI tarafından kendi adına kabul edilen tahkim şartıyla (Westland ile akdedilen ortaklık sözleşmesi m.12.1) bağlı olup olmadıkları meselesi, bu dört devletin, AOI tarafından sözleşmeyle üstlenilen yükümlülüklerle genel olarak bağlı olup olmadıklarına ilişkin maddî hukuk meselesiyle tamamen aynıdır. Eğer ortaklık sözleşmesinden doğan maddî hukuk kapsamındaki yükümlülükler sadece AOI’ye değil aynı zamanda dört devlete ait ise ve eğer ‘davada bulunma hakkı’ sadece AOI’ye değil aynı zamanda bu dört devlete de atfedilebiliyorsa, bu dört devlet bundan dolayı tahkim anlaşmasıyla bağlıdır; mahkemeye davet edilselerdi tahkim şartını bir savunma vasıtası olarak kullanırlardı. Tahkim şartının emrediciliği, sözleşmeden doğan maddî hukuk taahhütlerinden ayırt edilemez; dört devletin AOI’nin fiilleriyle bağlı olup olmadıkları sorusuna verilecek cevap her zaman aynı olmalıdır; tahkim şartının usûlî yönü gerektirdiği takdirde bu dört devletin finansal yükümlülüklerine ilişkin maddî hukuktan ayırt edilemez.”³⁸⁸ Bu bakımdan hakemler, AOI’ye tüzel kişilik atfedilmesinin, dört kurucu devletin sorumluluğunu etkilemeyeceğine karar verdi. Hakem heyetine göre AOI bir kolektif ortaklık benzeriydi ve “Kollektif ortaklık tarafından akdedilen tahkim şartı ortakları da bağlar ve karşı taraf talebini ortaklık yerine ortağa karşı ileri sürmek isterse tahkim şartına” dayanabilirdi. Hakem kararı daha sonra Mısır Devletinin itirazı üzerine sadece bu devlet bakımından İsviçre Federal Mahkemesi’nin 29.7.1988 tarihli kararıyla şu gerekçeyle iptal edilmiştir: “Bir tahkim şartı, bir üçüncü kişiye karşı, bu kişi, kendisi adına hareket etmeye yetkili bir başka kişinin imzasıyla bir uyuşmazlığı tahkime havale etme yetkisi veren bir fiile istinaden tahkim anlaşmasıyla bağlı hâle gelmedikçe kullanılamaz... Ortaklık sözleşmesi İsviçre hukukuna tâbi bir özel hukuk sözleşmesidir. AOI bir uluslararası hukuk tüzel kişisidir... AOI’nin tüzel kişiliği; hukukî, finansal ve –tahkim anlaşması akdetme yetkisi de dâhil– yargısal özerkliğiyle birlikte...AOI’nin dört kurucu devletten tamamen bağımsız olduğunun açık ve net göstergesidir. AOI’nin özerkliği, üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmelerin ve bilhassa tahkim şartlarının, bir temsilci tarafından akdedilmiş sözleşmeler olarak mütalâa

³⁸⁸ 3879 sayılı ICC davasında verilen 5.3.1984 tarihli hakem kararı, YBCA, Vol:11, 1986, s.130.

*edilme imkânını hariç tutmaktadır. Bu devletlerin AOI’de oynadıkları hâkim rol, AOI’nin bağımsızlığını ve tüzel kişiliğini etkilemez ve AOI’nin üçüncü kişilerle yaptığı anlaşmaların kurucu devletleri bağladığı sonucuna da götürmez.”*³⁸⁹

Alman hukukunda adî ortaklığın, tahkim anlaşmasına taraf olabileceği³⁹⁰ ve adî ortaklığın taraflarının da, adî ortaklık tarafından akdedilen tahkim anlaşmasıyla şahsen bağlı olacakları kabul edilmektedir.³⁹¹ Fakat adî ortaklığın taraflarından birinin akdettiği bir tahkim anlaşmasının adî ortaklığın diğer tarafını bağlayabilmesi için, âkit tarafın adî ortaklığı temsile yetkili bulunması ve tahkim anlaşmasını da bu yetkiye istinaden adî ortaklık adına akdetmiş olması gereklidir.³⁹² Zira adî ortaklık, hukukî kişiliğe sahip değildir.³⁹³

Türk hukukunda ileri sürülen bir görüş, bir *joint-venture* ilişkisinde, tahkim sözleşmesini, işveren ile *joint-venture*’ı oluşturan ortaklardan bazılarının imzalamış olması hâlinde, *joint-venture* adî ortaklık niteliğinde olduğu için, işverene karşı tahkim yoluna başvurulmak istendiğinde, mecburî dava arkadaşlığının bir sonucu olarak, *joint-venture*’ın taraflarının birlikte dava açmalarının gerektiğini, ancak *joint-venture* ortaklarının tümü tahkim anlaşmasını imzalamadığı için, tahkim anlaşmasına taraf olmayanların tahkime dâhil olmasının mümkün olmayacağını ve böylece tahkim şartının *etkisiz* hâle geleceğini savunmaktadır.³⁹⁴

Tahkim anlaşmasının diğer tarafının, ortaklık borçlarına ilişkin tahkim talebini, adî ortaklığın taraflarının tamamına yöneltmek zorunda olup olmadığı yahut ortaklık alacaklarından ötürü ileri sürülecek tahkim taleplerinin, ortaklığın taraflarından biri tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi, adî ortaklık

³⁸⁹ YBCA, Vol:16, 1991, s.180–181; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s. 274–275.

³⁹⁰ Harry Westermann, “Die BGB–Gesellschaft als Partei eines Schiedsverfahrens oder eines Schiedsvertrages”, **Festschrift für Fritz Baur**, 1981, s.732.

³⁹¹ Schütze, Tscherning, Wais s.32.

³⁹² Dolf Weber, F. Von Schlabrendorff, “Die Erstreckung von Schiedsabreden aus Geschäften von Personengesellschaften auf ihre Gesellschafter”, **Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag**, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1994, s.478.

³⁹³ Westermann s.727; Weber, Von Schlabrendorff s.478.

³⁹⁴ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:73, İzmir, 1996, s.205 dn.567.

ilişkinin tâbi olduğu hukuk tarafından tayin edilmelidir. Meselâ Türk hukukunda adî ortaklık ilişkisi, ortaklık borçları bakımından tarafları arasında müteselsil borçluluk durumu doğurduğundan³⁹⁵, bu durumda alacaklının dilediği ortağa başvurması mümkünken (BK m.141), adî ortaklığın alacakları, ortaklar arasında kollektif alacaklılık durumu meydana getirdiğinden³⁹⁶, alacaklıların borçluya karşı birlikte müracaatı şarttır.

Kanaatimizce, adî ortaklık hukukî bir kişiliğe sahip bulunmadığı için, ancak adî ortaklığı teşkil eden gerçek ve tüzel kişilerin tümünün, bizzat veya temsilci marifetiyle katılımı suretiyle bir tahkim anlaşması akdedilebilir. Yani adî ortaklığın taraflarından birinin akdettiği bir tahkim anlaşmasının, adî ortaklığın diğer üyelerini bağlayabilmesi için, âkit tarafın adî ortaklığı temsile yetkili bulunması ve tahkim anlaşmasını da bu yetkiye istinaden adî ortaklık adına akdetmiş olması gereklidir. Böyle bir durumda da zaten tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında, adî ortaklığı teşkil eden taraflardan birinin akdettiği tahkim anlaşmasının adî ortaklığın diğer taraflarına teşmili mümkün değildir. Böyle bir tahkim anlaşması *etkisiz* hâle gelmeyip, adî ortaklığın sadece kendisini akdeden tarafını bağlayacaktır.

c. Grup Şirketler Doktrini

i. Genel Olarak

Geleneksel tüzel kişiler hukukunda, şirketler grubuna dâhil her bir şirket hukuksal açıdan, gruba dâhil diğer şirketlerden ayrı ve bağımsız birer tüzel kişi olarak ele alınır.³⁹⁷ Bir şirketin, ortaklardan bağımsız bir hukukî kişiliğe sahip olması ve bir şirketin bir başka şirkette hissedar olabilmesi prensiplerinin sonuçlarından biri olarak günümüzde önemli miktarda şirket, ana şirketten veya diğer yan şirketlerden hukuken bağımsız olan yan şirketleriyle birlikte faaliyet göstermektedir.³⁹⁸

³⁹⁵ Oğuzman, Öz s.817.

³⁹⁶ Oğuzman, Öz s.839.

³⁹⁷ Ian M. Ramsay, “Allocating Liability in Corporate Groups: An Australian Perspective”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol:13, 1999, s.329.

³⁹⁸ Robert B. Thompson, “Piercing the Veil within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol:13, 1999, s.379.

Modern ticarî teşebbüsler ticarî faaliyetlerini, bir ana şirketin ve birden çok *yan* veya *yavru* yahut *kardeş* olarak da adlandırılan *bağlı* şirketlerin yer alması şeklinde yapılandırmaktadır. Bunların bazılarında yan şirketler tamamen farklı sahalarda faaliyet göstermekteyken; bazılarında ise yan şirketler sadece ana şirketleri tarafından yapılan geniş kapsamlı bir işin bir kısmını, ana şirketin talimatları doğrultusunda hareket etmek üzere üstlenmektedir.³⁹⁹

Ulusal ve uluslararası şirket gruplarının sayısında ve karmaşıklığındaki artış ve finansal, vergisel, hukuksal sorumluluğa⁴⁰⁰ veya muhasebeye ilişkin olan ve diğer ticarî nedenler yüzünden,⁴⁰¹ sözleşmeyi imzalayan şirket veya şirketlerle onu ifa eden şirket veya şirketlerin her zaman aynı olmaması, hakemlerin ve mahkemelerin, gruba dâhil bir şirket tarafından akdedilen bir tahkim anlaşmasının, aynı grubun, üçüncü kişi konumundaki diğer şirketlerine teşmili meselesiyle daha sık karşılaşmasına yol açmaktadır.⁴⁰²

ICC nezaretinde faaliyet gösteren hakemler arasında, bir şirketler grubuna üye bir şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, bazı şartların yerine gelmesi hâlinde gruba üye diğer şirketleri bağlayacağı konusunda güçlü bir eğilim söz konusudur. *Grup şirketler doktrini* adı verilen bu teori bilhassa ICC nezaretinde faaliyet gösteren hakem heyetleri ve bunların kararlarını denetleyen Fransız mahkemeleri tarafından geliştirilmiştir.⁴⁰³

Grup şirketler doktrini kapsamında bir şirket, meselâ bir grubun ana şirketi, yan şirketlerden biri tarafından akdedilen bir tahkim anlaşmasıyla, ana şirketin

³⁹⁹ Schlösser s.127.

⁴⁰⁰ Busse s.119.

⁴⁰¹ Ramsay s.338–339.

⁴⁰² Townsend s.23; Sandrock, **Non-Signatories**, s.166; Grup şirketler vakiasının, şirketler hukukuna ilişkin meselelerin tam kalbinde yer aldığı ve konu hakkında sadece Almanya’da son otuz beş yılda binden fazla makale yazıldığı belirtilmektedir (José Engrácia Antunes, “The Liability of Polycorporate Enterprises”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol:13, 1999, s.208 dn.38).

⁴⁰³ Sandrock, **Group of Companies**, s.627–629.

başkanının veya CEO'sunun, yan şirkete sözleşmenin müzakereleri esnasında yardımcı olması veya sonrasında sözleşmenin uygulanması ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası esnasında yol göstermesinden ötürü bağlı kılınabilmektedir⁴⁰⁴.

Tahkim şartı içeren sözleşme, (X) şirketi ile yan şirket (B) arasında akdedilmiştir. Burada ortaya çıkan sorular, (X) şirketinin yalnızca yan şirket (B)'yi dava etmekle kalmayıp aynı zamanda ana şirket (A)'ya karşı da doğrudan talepte bulunmasının mümkün olup olmadığıdır. Diğer olasılıkta tahkim şartının yer aldığı sözleşme sadece ana şirket (A) ile (X) şirketi arasında akdedilmiştir. Buradaki sorun (X) şirketinin tahkim şartına istinaden sadece ana şirket (A)'yı değil, (A)'nın yan şirketi (B)'yi de ve hatta sadece (A)'nın yan şirketlerini dava edip edemeyeceğidir. Ters taraftan bakıldığında ise yan şirket (B)'nin, ana şirket (A) ve (X) şirketi arasında akdedilen tahkim şartına doğrudan başvurma imkânına sahip olup olmadığı sorusuyla karşılaşılır. Meselenin özünde yatan soru, ana şirket (A)'nın, yan şirketlerini veya yan şirketlerin, ana şirket (A)'yı hangi koşullar altında dolaylı olarak yükümlülük altına sokabileceği ve davacı (X)'in hangi hukukî gerekçeyle yalnızca ana şirket (A)'yı değil, aynı zamanda (A)'nın yan şirketi (B)'yi de dava edebileceğidir. Bu kritik ve karmaşık sorulara kısa ve basit bir cevap vermek mümkün görülmemektedir.⁴⁰⁵

Grup şirketler doktrininin uygulanması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan esas, şöyle formüle edilmektedir: uluslararası nitelikli bir sözleşmeye konulan tahkim şartının, şartın yer aldığı sözleşmeye taraf olmasalar dahi sözleşmenin ifasına ve sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlığa doğrudan karışan taraflara, konumları ve davranışları tahkim şartının ve kapsamının farkında olduklarını ortaya koyması koşuluyla uygulanması.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Bree Taylor, "Implications for The Corporate Veil Principle: *Gross v. Rackind*", **Business Law Review**, January 2005, s.4; Schlosser s.324; Sandrock, **Non-Signatories**, s.168.

⁴⁰⁵ Blessing, **Arbitration Clause**, s.175–176; Blessing, **Introduction to Arbitration**, s.186–187; Blessing, **International Arbitration in Switzerland**, s.176–177.

⁴⁰⁶ Boisseson, Clay s.153.

Meselenin esasına geçmeden önce bir hususa dikkat çekmek gerektiği kanısındayız. Grup şirketler doktrininden söz edebilmek için, grubu oluşturan şirketlerin her birinin tüzel kişiliğe sahip bulunması ve hukuken birbirinden bağımsız olması şarttır. Sözleşmeyi imzalayanın tüzel kişiliği bulunmayan şube olması hâlinde ana şirketin sözleşmeye taraf sayılacağı kabul edilmektedir.⁴⁰⁷

Çalışmanın diğer konuları incelenirken, aradaki farklılık ve benzerliklerin daha iyi mukayese edilebilmesi amacıyla Anglo Sakson sistemi ile Kıta Avrupası sistemi ayrı ayrı ele alınmıştır. Ne var ki grup şirketler teorisi uygulamasında, bahse konu hukuk sistemlerine yahut herhangi bir millî hukuka atıfta bulunmak söz konusu olmadığından, tahkim anlaşmasının grup şirketler teorisi vasıtasıyla üçüncü kişilere teşmili, bu yaklaşımı benimseyen ve reddeden görüş ve kararların ayrı ayrı ele alınması suretiyle incelenecektir. Zira Avusturya⁴⁰⁸, Kolombiya⁴⁰⁹, Çek Cumhuriyeti⁴¹⁰, Hong Kong⁴¹¹, Hindistan⁴¹², İtalya⁴¹³, Japonya⁴¹⁴, Kore⁴¹⁵, Meksika⁴¹⁶, Hollanda⁴¹⁷, Yeni Zelanda⁴¹⁸, Nijerya⁴¹⁹, Polonya⁴²⁰, Rusya⁴²¹, İsveç⁴²²,

⁴⁰⁷ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.259.

⁴⁰⁸ Christian Herbst, Michael Walbert, “Austria”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.24.

⁴⁰⁹ Germán Marín, “Colombia”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.47.

⁴¹⁰ Alexander Belohlavek, “Czech Republic”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.61.

⁴¹¹ Charles Allen, Melody Chan, Malcolm Chin, “Hong Kong”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.91.

⁴¹² Lalit Bhasin, “India”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.100.

⁴¹³ Angelo Anglani, “Italia”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.117.

⁴¹⁴ Shinji Kusakabe, Ryo Okochi, Lena Koke, “Japan”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.124.

⁴¹⁵ Byung-Chol Yoon, Eun-Young Park, “Korea”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.130.

⁴¹⁶ Enrique Gonzáles Calvillo, Gonzalo Vargas, Sofía Gómez Ruano, “Mexico”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.138.

⁴¹⁷ Bart Van Tongeren, “Netherlands”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.144.

⁴¹⁸ Ian Baker, “New Zealand”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.151.

Tanzanya⁴²³, Ukrayna⁴²⁴, Birleşik Arap Emirlikleri⁴²⁵ ve Venezuela⁴²⁶ tahkim hukuklarında, grup şirketler teorisinin tatbiki suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilmediği açık ve net bir biçimde dile getirilmektedir.

Türk şirketlerinin gerek Türkiye’de gerekse yurt dışında birçok yan şirket kurmaları karşısında grup şirketler vakiasını görmezden gelmenin ne mümkün ne de makûl olduğu ve bu nedenle hukukî düzenlemeye tâbi tutulmalarının zorunlu bulunduğu gerekçe gösterilerek, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hükümlerinde grup şirketleri düzenleyen hükümler getirilmiştir (m.195–209).⁴²⁷ Ne var ki, gerek burada yer verilen hükümlere, gerekse Türk mahkemelerinin içtihatlarına bakıldığında, Türk hukukunda tahkim anlaşmalarının *grup şirketler teorisine* istinaden teşmili mümkün görünmemektedir.

Alman hukukunda grup şirketler doktrini ve tahkim anlaşmasının kapsamı konusu henüz çözümlenmiş değildir. Meselâ şirketler grubuna dâhil bir şirketin taraf olduğu ve tahkim şartı içeren bir sözleşme için grubun bir diğer şirketinin tahkim şartı içermeyen bir teminat mektubu vermesi hâlinde, Alman hukuku, teminat mektubunun taraflarının bir tahkim anlaşması yapma niyetlerinin bulunup bulunmadığına ve böyle bir niyetinin bulunması hâlinde ise bunun gerektiği gibi

⁴¹⁹ Etigwe Uwa, Oladele Ogunshote, Adeyinka Aderemi, Chinasa Unaegbunam, “Nigeria”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.158–159.

⁴²⁰ Monika Hartung, Katarzyna Petruczenko, “Poland”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.172.

⁴²¹ Dmitry Kurochkin, Marcel Barth, “Russia”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.179.

⁴²² Eric M. Runesson, Simon Arvmyren, “Sweden”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.199.

⁴²³ Nimrod E. Mkonu, Wilbert B. Kapinga, Karel Daele, “Tanzania”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.212.

⁴²⁴ Tatyana Slipachuk, “Ukraine”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.224.

⁴²⁵ Philip Punwar, “United Arab Emirates”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.232.

⁴²⁶ Fernando Peláez-Pier, Yulena Sánchez-Hoet, “Venezuela”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.245.

⁴²⁷ Ünal Tekinalp, “Turkish Concepts and Approaches in Corporate Group Law”, **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, Verlag C.H. Beck, München, 2007, 849 vd.

akdedilmiş olup olmadığına odaklanmaktadır.⁴²⁸ Bununla birlikte, şirketler grubuna üye bir şirket tarafından bir tahkim anlaşmasının altına atılan imzanın aynı gruba üye diğer şirketleri de bağlayıp bağlamadığı tartışma konusu olduğunda, *Duldungsvollmacht* doktrini uyarınca, tahkim anlaşmasına taraf olan üye şirket aynı grubun diğer üyelerinin temsilcisiymiş gibi bir duruş sergilediği takdirde, bu üyelerin, tahkim şartının tarafı hâline geleceği ileri sürülmektedir. Ayrıca bir tahkim anlaşmasının altına imzasını koyan, şirketler grubu üyesi bir şirketin, aynı gruba üye diğer şirketlerin veya şirketler grubunun sahibinin temsilcisi intibai vermesi hâlinde bu üçüncü kişilerin, *Anscheinsvollmacht* teorisi uyarınca tahkim anlaşmasıyla bağlı olacakları iddia edilmektedir.⁴²⁹

Grup şirketler teorisi uygulamasında, iki şirket arasındaki ilişki nazara alınmak suretiyle, bu şirketlerden biri tarafından akdedilen tahkim şartının, ana veya yan şirket olduğu gerekçesiyle diğer şirkete teşmili söz konusudur. İlk bakışta grup şirketler teorisinin aslında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bir tezahürü olduğu akla gelebilir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan teorilerin içiçe geçmiş olduğu vakıası da bu görüşü destekler. Bazı yazarlar iki kavramı bir arada ele almaktayken, bazı yazarlar grup şirketler doktrinini, ancak hile veya sahtekârlık durumlarında uygulanan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden ayırmaktadır. Bu önemli ayırım ışığında, bahse konu doktrinlerin ayrı mütalâa edilmesi daha yerinde görünmektedir. Meselâ *Orri* davasında⁴³⁰ Paris Temyiz Mahkemesi her iki prensibe de dayanmıştır. Fakat *Cour de Cassation*, kararı tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine istinaden onarken grup şirketler doktrininin uygulanmasını reddetmiştir.⁴³¹ İki teori arasında gayet açık bir farklılık söz konusudur. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması; hile, hakların suistimali ve emredici hükümlerin ihlâli konularıyla sınırlı kabul edilir. Ayrıca tahkim şartının teşmilinin, üçüncü kişinin davranışının müeyyidesi olarak uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Grup yapısını uygun biçimde kullanma

⁴²⁸ Semler s.581.

⁴²⁹ Sandrock, **Group of Companies**, s.643.

⁴³⁰ Paris Temyiz Mahkemesi, 11.1.1990, **Rev.Arb.** 1992, s.95; *Cour de Cassation*, 11.7.1991, **Rev.Arb.** 1992, s.73.

⁴³¹ Leadley, Williams s.113–114.

hakkının altı çizilmekte ve bir şirketin, vergi veya diğer sebeplerden ötürü bir araç olarak kullanılmasının, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve tahkim şartının ilgili hissedarlara teşmili için yeterli bir gerekçe teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir.⁴³²

ii. Grup Şirketler Doktrinini Benimseyen Yaklaşım

Grup şirketler teorisine ilişkin en meşhur davalardan biri, 4131 sayılı ICC davası olan *Dow Chemical*⁴³³ davasıdır. *Dow* grubu ürünlerinin Fransa’da dağıtım ve satımı için iki sözleşme akdedilmişti. Dağıtım sözleşmesi, daha sonra haklarını *Dow Chemical Company*’nin yan şirketi olan *Dow Chemical AG*’ye temlik eden *Dow Venezuela* ile Fransız şirket *Isover Saint Gobain* arasında akdedilmişti. İkinci sözleşme, *Dow Chemical AG*’nin yan şirketi olan *Dow Chemical Europe* ile *Isover Saint Gobain* arasında akdedilmişti. Tahkim talebi, *Dow Chemical France*, *Dow Chemical Company*, *Dow Chemical AG* ve *Dow Chemical Europe* tarafından *Isover Saint Gobain* aleyhine ileri sürülmüştü. Davalı, kendisi ile *Dow Chemical France* ve *Dow Chemical Company* arasında bir tahkim anlaşması bulunmadığını iddia etti. Hakem heyeti tespitini şöyle yapılması gerektiğine hükmetti: “...grubun bazı şirketleri tarafından akdedilen tahkim şartlarının, şartı ihtiva eden sözleşmelerin kuruluşu, ifası veya feshinde oynadıkları rol dolayısıyla grubun diğer şirketlerini bağlaması gerektiğini ve bu sözleşmelerin gerçek tarafları olarak veya bu sözleşmelerle ve bunlardan doğabilecek uyumsuzluklarla genel olarak ilgili görünenlerin müşterek iradelerini göz önünde tutmak.”⁴³⁴ Böylece *Dow* kararının önem arz ettiği yönlerden biri de ortaya çıkmış oldu: hakem heyeti, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığını tespit ederken millî bir hukuku uygulamadı.⁴³⁵ Hakem heyeti; *Dow Chemical Company*’nin, ilgili sözleşmeleri imzalayarak ve *Dow Chemical France* gibi, sözleşmelerin kuruluşu, ifası veya

⁴³² Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.298; Thompson s.380.

⁴³³ **YBCA**, Vol:9, 1984, s.131.

⁴³⁴ Leadley, Williams s.111; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.295; Sigvard Jarvin, “Aus der Praxis des ICC-Schiedsgerichtshofes”, **Recht und Praxis der Schiedsgerichtbarkeit der internationalen Handelskammer**, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Band 6, Ed: K.H. Böckstiegel, 1986, s.46–47; Sandrock, **Formvorschrift**, s.7.

⁴³⁵ Busse s.120.

feshinde ayrı ayrı ve etkili biçimde rol alarak yan şirketleri üzerinde mutlak kontrole sahip olduğunu ortaya koyduğunu; gerek satıcıların gerekse dağıtıcıların, *Dow* grubundan sözleşmeleri imzalayacak şirketin seçimine önem vermediğini; gerçekte *Dow* grubunun Fransa'daki dağıtımında yer alan tüm şirketlerinin, kendilerini, Fransa'daki dağıtıcılarla âkit taraf olarak gördüğünü ve ve aynı şekilde davalı şirketlerin de kendilerini bu şirketlerin bütünüyle âkit taraf olarak gördüğünü; *Dow Chemical France*'in, sözleşmenin ifasında, akdî ilişkilerin kurulmasında yaptığı üzere hâkim bir rol oynadığını ve sözleşme faaliyetlerinin icrası için dağıtıcının, *Dow Chemical Company*'e ait markaları muhakkak kullanması gerektiğini; *Dow Chemical France*'in ve *Dow Chemical Company*'nin sözleşmenin feshinde esaslı bir rol oynadığını belirterek bütün taraflar bakımından yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak hakem heyeti, grup şirketlerin *bölünmez ekonomik realitesini* ve bütün tarafların bağlanma yönündeki karşılıklı iradelerinin varlığını kabul etmiştir.⁴³⁶

Dow kararı 1983 senesinde Paris Temyiz Mahkemesinin önüne gelmiş ve mahkeme, sözleşmeyi ve sözleşme müzakerelerinde teati edilen evrakı yorumlama yetkisine sahip bulunan hakem heyetinin, *Dow Chemical France* ve *Dow Chemical Company*'nin, sözleşmede taraf olarak zikredilmemiş olmalarına rağmen sözleşmeye taraf olduklarına ve tahkim şartının bu şirketlere karşı ileri sürülebileceğine haklı gerekçelerle karar verdiğini belirterek, hakem kararının iptali yönündeki talebi reddetmiştir.^{437 438}

⁴³⁶ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s. 295–296; Craig, Park, Paulsson, s.75–76; Busse s.120; Chow s.104; Hosking, **Third Party**, s.481; Fouchard, Gaillard, Goldman s.286–287; Rubino–Sammartano s.177; Leadley, Williams s.111; Redfern, Hunter s.149; Leyla Keser Berber, **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, İstanbul 1999, s.151; Woolhouse, **Group of Companies**, s.437; Michael W. Reisman, W. Lawrence Craig, William Park, Jan Paulsson, **International Commercial Arbitration**, New York, 1997, s.485–486; Tweeddale, Tweeddale, s.161.

⁴³⁷ Paris Temyiz Mahkemesi, 21.10.1983, *Isover Saint Gobain v. Dow Chemical France*, **Rev.Arb.** 1984, s.98.

⁴³⁸ Fouchard, Gaillard, Goldman s.287.

Paris Temyiz Mahkemesi'nin 31.10.1989 tarihli kararına⁴³⁹ konu olayda fotoğrafların çabuk banyo edilmesi ve basılması amaçlı bir ekipmanın üreticisi olan *Kis France*, bu ürünün farklı ülkelerde leasing yoluyla ve yan şirketleri vasıtasıyla pazarlanmasını sağlamak amacıyla *Société Générale* ile bir sistem kurmuştur. Farklı sözleşmeler akdedilmiştir:

- *Kis France* ile *Société Générale* arasında, kendi adlarına ve yan şirketleri hesabına hareket ettikleri ve ICC tahkim şartı ihtiva eden bir çerçeve sözleşme;
- *Kis France*'ın yan şirketleri ile *Société Générale*'in yan şirketleri arasında, çerçeve anlaşmanın yürütülmesine ilişkin sözleşmeler ve bilhassa ABD için, *Société Générale*'in yan şirketi *Sogelease Corporation* ile *Kis*'in yan şirketi *Kis Corporation* arasında akdedilen sözleşme;
- Çerçeve sözleşmeye, gerek *Société Générale*'in gerekse *Kis France*'ın yan şirketleri için kendi adlarına hareket ederek imzaladıkları bir ilâve sözleşme;
- *Société Générale*'in kendi ve yan şirketi hesabına hareket ederek, yine hem kendi hem de yan şirketi *Kis USA* hesabına hareket eden *Kis Photo Industrie* ile akdettiği bir sözleşme.⁴⁴⁰

Tahkim yargılaması *Société Générale* ve iki yan şirketi *Sogelease Pacific* ve *Sogelease Corporation* tarafından *Kis France*, *Kis Photo Industrie* ve *Kis Corporation* aleyhine başlatıldı. Hakem heyeti hem bütün davacı ve davalılar bakımından, hem de farklı sözleşmelerden kaynaklanan bütün uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisinin bulunduğu hükmetti. Açılan iptal davasında Paris Temyiz Mahkemesi hakemlerin yargılama yetkilerini teyit etti: “...yan şirketler, tamamen başkasının emrindeki kişi konumundadır. Hakemler, *Société Générale* ve yan şirketleri tarafından *Kis France* ve *Kis Photo* aleyhine açılan davayı kabul ederken, taraflar arasındaki sözleşmeleri incelemiş ve tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin değiştirilemez biçimde bağlantılı olduğuna ve ana şirketlerin, ticarî ve finansal kararlarına kesinlikle uymak durumunda olan yan şirketlerine karşı hâkim rol oynadıklarına karar vermiştir... Hakemler, iki şirketler grubu arasındaki akdî ilişkilerden, tarafların, *Kis France* ve *Kis Photo*'yu kendilerinin veya yan

⁴³⁹ *Société Kis France et Autres c/ Société Générale et Autres*, **YBCA**, Vol:16, 1991, s.145.

⁴⁴⁰ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.306–307.

şirketleri Kis Corporation'un borçlu olduğu meblağlardan sorumlu tutma yönünde müşterek bir düşünceye sahip bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle, hakemler Société Générale ve yan şirketleri tarafından açılan davayı kabul edilebilir saymıştır."⁴⁴¹

Paris Temyiz Mahkemesi'nin *Société Sponsor AB c/ Lestrade* davasında verdiği 26.11.1986 tarihli kararına⁴⁴² konu olayda, İsveçli şirketler grubunun ana şirketi olan *Sponsor AB*, Fransız *Lestrade* grubu ile bu grubun *Stéréoscopes Lestrade & Cie* ve *Sodilest* adındaki iki şirketinin kontrolünü elde etmek amacıyla müzakerelere başlamıştır. *Lestrade* ve *Sponsor AB* arasında, iki hedef şirketin hisselerine sahip olması amacıyla bir Fransız yan şirketin (*Sponsor SA*) kurulmasını öngören bir protokol imzalanmıştır. Sonra *Lestrade* grubu, *Stéréoscopes Lestrade & Cie* ve *Sodilest* şirketlerinin hisselerinin %80'ini *Sponsor SA*'ya transfer etmiştir. Aynı gün *Sponsor SA*, iki hedef şirketin kalan hisselerini *Lestrade* grubundan almak için tahkim şartı da ihtiva eden gayrikabili rücu bir taahhüt imzalamıştır. Dört yıl sonra *Lestrade*, satın alma opsiyonunu kullanmış ama *Sponsor SA* cevap vermemiştir. Bu yüzden *Lestrade* grubu, *Sponsor SA* ve onun ana şirketi *Sponsor AB* aleyhine tahkime başvurmuştur. Davalılar yine cevap vermemiş ve *Lestrade* grubu, Tarbes Ticaret Mahkemesi'nden iki davalı adına hakem tayin etmesini talep etmiştir. Mahkemenin hakem tayin etmesi üzerine davalılar, tahkim şartının *Sponsor AB*'ye karşı ileri sürülemeyeceği iddiasıyla temyize başvurmuştur. Paris Temyiz Mahkemesi ilk kararı onamış ve *Sponsor SA*'nın, hedef şirketleri elde etmek maksadıyla *Sponsor AB* tarafından meydana getirildiğine işaret ederek şunları belirtmiştir: "...*Sponsor AB*, satın alma taahhüdünün akdedilmesinde ve ifasında önemli rol oynamıştır. Sonuç olarak, uğraşılan üçüncü kişi sadece görünüştedir ve aslında âkit tarafın ruhu, beyni olarak görünmektedir." Mahkeme, kararın altında yatan prensipleri şöyle özetlemiştir: "*Şirketler grubuna ait bazı şirketler tarafından açıkça kabul edilen tahkim şartının, tahkim şartı ihtiva eden sözleşmenin akdedilmesi, ifası veya feshinde oynadıkları rol yüzünden, işlemlere taraf olan herkesin müşterek iradesine binaen bu sözleşmelerin asıl tarafları olarak veya bu*

⁴⁴¹ YBCA, Vol:16, 1991, s.145; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.307–308.

⁴⁴² Rev.Arb. 1988, s.154; YBCA, Vol:13, 1988, s.149.

sözleşmelerle ve bunlardan doğabilecek uyumsuzluklarla doğrudan ilgili görünen diğer şirketleri bağlaması, hukuk tarafından kabul edilmektedir. Aslında bir şirketler grubu, her bir şirketin gruptan bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen, varlığı uluslararası ticarî örf âdet tarafından tanındığı için mahkemelerce nazara alınması zorunlu olan tek bir ekonomik realiteye sahiptir.”⁴⁴³

ABD’de, tahkim anlaşmalarının mümkün mertebe ayakta tutulmasını öngören tahkim yanlısı federal politikanın bir tezahürü olduğu öne sürülen⁴⁴⁴ *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Growers* davasında⁴⁴⁵ bir içecek markasının lisans vereni, lisans alanın ana şirketi aleyhine, lisans alanı, lisans sözleşmesini ihlâl etmesine yol açacak biçimde yönettiği iddiasıyla mahkemelerde dava açmıştır. Ana şirket, lisans verenin, lisans sözleşmesi hükümleri uyarınca talebini tahkim yoluyla ileri sürmesi gerektiğini iddia etmiştir. Ana şirket tahkim şartına taraf olmamasına rağmen mahkeme, hem ilgili şirketler arasındaki yakın ilişkiyi, hem de üçüncü kişi konumundaki ana şirketin sözleşmedeki yükümlülük ve görevlerinde iddia edilen kusurların bağlantısını nazara alarak, lisans verenin, kendisi ve ana şirket arasında bir tahkim anlaşması bulunmadığı iddiasını reddetmiştir.⁴⁴⁶

⁴⁴³ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.280–281.

Paris Temyiz Mahkemesi, aynı doğrultudaki 20.11.1988 tarihli *Korsnas Marma v. Durand–Auzias* kararında (**Rev.Arb.** 1989 s.691), uluslararası nitelikli bir sözleşmede yer alan tahkim şartının, bu sözleşmenin ifasında doğrudan rol oynayan kişilere teşmil edilmesini gerektiren türden kendine has bir geçerliliğe sahip olduğunu ve böyle kişilerin bu sözleşmeden kaynaklanacak bir uyumsuzlukta tahkim şartından haberdar olmamalarının mümkün olmadığına işaret etmiştir (Fouchard, Gaillard, Goldman s.288).

São Paulo Temyiz Mahkemesi *Anel–Empreendimentos, Participações e Agropecuária v. Trelleborg Brazil* davasında, grup şirketler teorisini tatbik etmek suretiyle, davacı şirket ve *Trelleborg Brazilia* tarafından kurulan şirketin ortaklık sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, şirketin kurulmasına tekaddüm eden müzakerelerde oynadığı aktif role istinaden ana şirkete teşmiline karar vermiştir (Arnaldo Wald, Rodrigo Garcia da Fonseca, “Brazil”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.31).

⁴⁴⁴ Scott M. McKinnis, “Enforcing Arbitration with a Nonsignatory: Equitable Estoppel and Defensive Piercing of the Corporate Veil”, **Journal of Dispute Resolution**, 1995, s.210.

⁴⁴⁵ 10 **F.3d** s.753 (11th Cir. 1993).

⁴⁴⁶ Townsend s.22; R. Doak Bishop, Sashe D. Dimitroff, Craig S. Miles, “Strategic Options Available When Catastrophe Strikes the Major International Energy Project”, **Texas International Law Journal**, Summer 2001, Vol:36, s.683; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.283.

Yan şirket tarafından akdedilen tahkim şartının, üçüncü kişi konumundaki ana şirkete teşmil edildiği *J.J. Ryan & Sons v. Rhone-Poulenc Textile* davasında⁴⁴⁷ mahkeme şu gerekçeye istinat etmiştir: “Ana şirkete ve onun yan şirketine yönelik iddiaların aynı vakıalara dayanması ve tabiatları itibariyle birbirlerinden ayrılamıyor olmaları hâlinde, mahkeme, şeklen tahkim anlaşmasının tarafı olmasa dahi ana şirkete yönelik talepleri tahkime havale edebilir... Ana şirketin mahkemeye gitmeye zorlanması hâlinde tahkim yargılaması anlamsız kalır ve tahkim yanlısı federal politikaya karşı gelinmiş olur.”⁴⁴⁸

Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin, anlaşmaya artık taraf olmayan şirketlerle tahkime gitmesi gerektiğine hükmetmek suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumundaki şahıslara teşmil edildiği *Smith/Enron Co-Generation Limited Partnership v. Smith Co-Generation Int'l*⁴⁴⁹ davasında, uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşme, *Enron* ve *Smith* arasında, bir elektrik santrali kurulması ve işletilmesine dair *joint-venture*'a ilişkindi. Daha sonra sözleşmenin esas tarafları haklarını yan şirketlerine temlik ettiler. Uyuşmazlık çıktığında, anlaşmadan doğan hakları temellük eden *Smith* yan şirketleri, hakları diğer bağlı şirketlere temlik edilmiş bulunduğu için artık sözleşmenin tarafı olmayan beş *Enron* yan şirketi aleyhine mahkemede dava açtılar. Davalılar tahkim itirazında bulundu. *Smith*'in temel iddiası, yargılamanın tarafları arasında geçerli ve uygulanabilir bir tahkim anlaşması bulunmadığı ve özellikle tahkim anlaşmasına başvuran *Enron* yan şirketlerinin hiçbirinin, artık taraf olmadığı bir tahkim anlaşmasını uygulama hakkına sahip olmadığıydı. Mahkeme, tahkim anlaşmasına başvuran *Enron* yan şirketlerinin, uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmeye taraf olmamalarına rağmen tahkim anlaşmasına dayanma hakkına sahip olduklarına karar verdi. Mahkeme, kararını, tahkim anlaşmasına başvuran *Enron* yan şirketleri ile uyuşmazlığın kaynaklandığı anlaşmaya hâlihazırda taraf olan *Enron* yan şirketleri arasındaki *menfaat özdeşliğine* ve *Smith*'in, dava talebinde *Enron* şirketlerine tek bir birim olarak muamele ettiği

⁴⁴⁷ 863 F.2d s.315, 320–321 (4th Cir. 1988); *YBCA*, Vol:15, 1990, s.543 vd.

⁴⁴⁸ Eisen s.45; Hanotiau, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s.283; Bishop, Dimitroff, Miles s.683.

⁴⁴⁹ 198 F.3d s.88 (2d Cir. 1999); *YBCA*, Vol:25, 2000, s.1088.

için⁴⁵⁰, uyuşmazlığın kaynaklandığı anlaşmanın hâlihazırdaki taraflarının bu davadaki davalılardan farklı olduğunu ileri sürmekten, çelişkili davranış yasağına istinaden men edildiğine dayandırdı⁴⁵¹.

Tahkim anlaşmasının, grup şirketler teorisinin temelini teşkil eden anlayışa istinaden yan şirketlere teşmil edildiği *Thixomat Inc v. Takata Physics International Co* davasında⁴⁵² bir Japon ana şirket ve bunun yan şirketi tarafından, bir ABD şirketi aleyhine ICC tahkimine müracaat edilmiştir. ABD şirketi, tahkim yargılamasının durdurulması amacıyla ABD mahkemelerinde dava açmış ve yan şirketle aralarında tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, biri mahkemelerde diğeri tahkimde yürütülecek birbirinin kopyası iki yargılama yerine, tek bir tahkim yargılamasının cereyan etmesinin daha makûl olacağına dikkat çekmiş ve taleplerin, âkit tarafların yükümlülükleriyle içiçe geçtiğini gerekçe göstererek, lisans sözleşmesinin ve içerdiği tahkim şartının, üçüncü kişi konumundaki yan şirketlere teşmiline karar vermiştir.⁴⁵³

Tahkim anlaşmasına tâbi bulunan taleplerin, üçüncü kişi aleyhine olsa dahi, mahkemelerde ileri sürülmesine izin verilmeyen *Lawson Fabrics Inc v. Akzona Inc* davasında⁴⁵⁴ davacı, yanlış etiketlenmiş ve defolu tekstil ürünlerinden dolayı davalı tekstil şirketi aleyhine, aralarındaki satım sözleşmesinde yer alan tahkim şartına istinaden tahkime müracaat etmiş ve hileye vesile olmasından ötürü davalı şirketin

⁴⁵⁰ Tahkim şartının, bu gerekçeye istinaden üçüncü kişi konumundaki ana şirkete teşmil edildiği *Xerox Canada Ltd v. MPI Technologies Inc* davasına konu olayda, *Xerox*, Ontario mahkemelerine müracaat ederek, *MPI*'nin, tahkim şartına taraf olmayan Fransız ana şirketinin de tahkim yargılamasına dâhil edildiğini gerekçe göstermek suretiyle, hakem kararının iptalini talep etmiştir. Hakem heyeti, tahkim şartının yer aldığı lisans sözleşmesinin güven teorisi ışığında yorumlanması durumunda ana şirket ile yan şirket arasında herhangi bir ayırım yapılmadığının görüldüğünü ve bu konudaki tek ayırımın, yükümlülüklerinden kurtulmak isteyen *Xerox* tarafından yapıldığına işaret etmişti. Mahkeme de bu yaklaşımı benimsemiş ve hakem heyetinin, ana şirketi tahkim yargılamasına taraf olarak dâhil etmekte haklı olduğuna zira *Xerox*'un bu iki şirketle iş yaparken tek bir birimle iş yaptığının farkında olduğuna hükmetmiştir (John Brown, Eric Gertner, Gleb Bazov, "Canada", **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.39–40).

⁴⁵¹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.287.

⁴⁵² No.01–5449, 2001 WL 863566, 4* (SDNY 30.07.2001).

⁴⁵³ Lamm, *Aqua* s.735.

⁴⁵⁴ 355 **F. Supp.** s.1146 (SDNY); 486 **F.2d** s.1394 (2d Cir. 1973).

ana şirketi aleyhine mahkemede dava açmıştır. Ana şirket, tahkim şartına ve tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye taraf olmamasına rağmen davacı şirketin kendisine karşı ileri sürdüğü taleplerin tahkime tâbi olduğunu ileri sürmüştü ve davacı bu iddiaya karşı çıkmıştır. Mahkeme, davacının, esas sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları tahkime tâbi kılma iradesine odaklanmış; fakat üçüncü kişilerle tahkime gitme niyetinin bulunup bulunmadığını nazara almamıştır. Davacı, davalı şirket aleyhine tahkim yargılamasında ileri sürdüğü talepleri, davalı şirketin ana şirketi aleyhine mahkemede ileri sürmüştü. Mahkemeye göre, davacının davalı şirket aleyhindeki taleplerinin çözülmesi, kısmen de olsa, davalının ana şirketi aleyhine mahkemede ileri sürülen taleplerin çözümüne bağlıydı ve davacının, ana şirket aleyhindeki taleplerinin mahkemelerde görülmesine müsaade edilmesi, esasen tahkime tâbi bulunan talepler için mahkemelerin yetkisinin hayata döndürülmesi anlamına gelecekti. Mahkeme, tahkime tâbi taleplerin, üçüncü kişi aleyhine de olsa mahkemelerde ileri sürülmesine izin vermemiş ve bu kararına gerekçe olarak tahkim yanlısı federal politikaya işaret etmiştir.⁴⁵⁵

Kanada Quebec Temyiz Mahkemesi, 30.7.1996 tarihli *Decarel Inc, Gabriel Chiniara, Robert Salicco v. Concordia Project Management Ltd* kararında⁴⁵⁶ davacı (A) şirketi ile davalı (B) şirketi arasında akdedilen sözleşmede yer alan tahkim şartının, davalı (B) şirketinin iki ana hissedarına ve müdürlerine teşmilinin haklı olduğuna karar vermiştir. İlk derece mahkemesi, tahkim şartının teşmili konusundaki liberalleşmenin ve her bir kararın, davanın kendine has vakıalarına dayandığının altını çizmiş ve kendi kararını, bir yanda (B) şirketinin ancak iki ana hissedarının ve müdürlerinin iradesiyle tahkim anlaşması akdedebilmesine ve diğer yandan teşmilin vuku bulmaması hâlinde uyuşmazlığın hakkaniyetsiz bir neticeyle sona erebileceğine dayandırmıştır.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ David F. Sawrie, "Equitable Estoppel and the Outer Boundaries of Federal Arbitration Law: The Alabama Supreme Court's Retrenchment of an Expansive Federal Policy Favoring Arbitration", **Vanderbilt Law Review**, Vol:51, 1987, s.730–731.

⁴⁵⁶ **RDJ**, 1996, s.484.

⁴⁵⁷ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.289.

ICSID nezaretinde verilen, 1.7.1973 tarihli ve ARB/72/1 (1972) sayılı *Holiday Inn v. Morocco* hakem kararına konu olayda, sözleşmenin müzakereleri yan şirketin henüz kurulmadığı dönemde ana şirket tarafından yürütülmüştü. Üstelik sözleşmenin tarafı olmayan ana şirket, tahkim şartı içeren sözleşmenin yan şirketi tarafından ifasını da garanti etmişti. Hakem heyeti, ana şirketin, yan şirket tarafından akdedilen tahkim şartına başvurabileceğine karar vermiştir.⁴⁵⁸

Society of Maritime Arbitrators nezaretinde karara bağlanan 2219 sayılı davaya⁴⁵⁹ konu olayda, taşıtan *Koch Oil SA* ile charterer *Koch Shipping Inc* şirketleri, *Koch Industries Inc* şirketine ait yan şirketlerdi. Taşıtan *Koch Oil*, Teksas'ta satmak üzere Bahama'dan ham petrol satın almıştı. Alım sözleşmesi uyarınca taşıtan, nakliyenin düzenlenmesinden ve taşıma esnasında yüke gelebilecek zarardan sorumlu değildi. Charterer *Koch Shipping* şirketi, yükün taşınması için *Antco Shipping Limited* şirketinden *Cradle of Liberty* gemisini kiralamıştır. Yükün tahliyesinden sonra gemide önemli miktarda ham petrol kalması üzerine charterer *Koch Shipping* tarafından, gemide kalan ham petrolün bedelinden sorumlu olduğu ve kalan ham petrolü boşaltması gerektiği iddiasıyla donatan *Antco Shipping* aleyhine tahkim yargılaması başlatılmıştır. Ayrıca donatan *Antco Shipping* bakımından sebepsiz zenginleşme söz konusu olduğu da iddia edilmiştir. Donatan *Antco Shipping*, davacının iddialarını reddetmiş ve yükün taşıtana ait bulunduğunu ifade ederek, chartererin bu taleplerde bulunma hakkına sahip olmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti, hem taşıtan *Koch Oil*'in hem de charterer *Koch Shipping*'in, *Koch Industries*'in yan şirketleri olması karşısında, her iki şirketin yeteri kadar birbiriyle içiçe geçtiğine ve tek bir taraf olarak addedilmelerinin mümkün olduğuna karar vermiştir.

Bir şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, bu şirketin başhissedarına teşmil edildiği 27.10.1989 tarihli *ad hoc* hakem kararıyla hükme bağlanan *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investment*

⁴⁵⁸ Pierre Lalive, "The First World Bank Arbitration, Some Legal Problems", **British Yearbook of International Law**, 1980, s.151; Lamm, *Aqua* s.733; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.292.

⁴⁵⁹ **YBCA**, Vol:12, 1987, s.169 vd.

Centre and the Government of Ghana davasında⁴⁶⁰, yabancı yatırımcı *Marine Drive Complex (MDC)*, *Gana Investment Centre (GIC)* ile bir yatırım sözleşmesi akdetmiştir. *Antoine Biloune*, (*MDC*)'nin başhissedarı ve başkanıydı. (*MDC*) daha sonra kamulaştırılmış ve diğer davacı *Antoine Biloune* ile birlikte, (*GIC*) ve Gana Devletine karşı tahkim yargılaması başlatmıştır. Hakem heyetinden, taraflar üzerinde yargılama yetkisi olup olmadığını belirlemesi talep edildiğinde, hakem heyeti, *Antoine Biloune* hakkında, (*GIC*) anlaşmasına taraf olmamasına rağmen yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Heyet, kararını, *Antoine Biloune*'nin, (*MDC*)'nin başhissedarı ve başkanı olmasına ve projenin yönetim ve finansmanında başrolü oynamasına dayandırmıştır.⁴⁶¹

Singapore International Arbitration Centre (SIAC)'a götürülen Arb.21/95 sayılı davanın konusunu, Endonezya'da bir oteller zincirinin inşası ve işletilmesi teşkil etmekteydi. Sözleşmede uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, SIAC Kuralları çerçevesinde Singapur'da yürütülecek tahkim öngörülmüştü. Davacılar tahkime müracaat ederken, sözleşmenin diğer tarafı yanında sözleşmeye taraf olmayan dört ayrı şirketi de davalı olarak göstermişler ve hakem tayini için SIAC'a müracaat etmişlerdir. Davalılar itirazda bulunmuştur. Davacılara göre, aynı şirketler grubunun üyesi olan beş davalının tümü sözleşmeye ve tahkim şartına taraftı ve sözleşme hükümlerine ilişkin müzakerelerde yer almışlardı. Davacılar, ayrıca, ilk davalının, diğer dört davalının temsilcisi olduğunu alternatif olarak ileri sürmüştür. SIAC, tahkim anlaşmasına taraf olmayan dört davalının tahkim yargılamasında yer alıp alamayacağı meselesinin hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin bir konu olduğuna karar vermiş ve hakemleri tayin eden merci olarak, diğer davalıların tahkim anlaşmasına taraf olabileceği yönünde makûl bir iddianın bulunduğu ikna olmasının yeterli olacağını belirtmiştir. Birinci davalının, diğer dört davalının temsilcisi olduğu iddiasını destekleyecek bir veri mevcut değildi, fakat sözleşmelerde diğer dört davalının sözleşmelere dâhil olması hâlinde sadece ilk davalının yükümlülüklerini yerine getirecekleri açık ve kesin bir biçimde öngörülmüştü. Bunun

⁴⁶⁰ YBCA, Vol:19, 1994, s.11 vd.

⁴⁶¹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.296.

üzerine SIAC, davacılar ile ilk davalı arasında yürütülecek tahkim yargılaması için bir hakem tayin etti.⁴⁶²

Tahkim yerinin Cenevre olduğu 1434 sayılı ICC davasına konu olayda, (B) devletine ait bir şirket ile (A) şirketler grubunun çeşitli şirketleri ve grubun baş yöneticisi Bay (A) arasında iki sözleşme akdedilmişti. Geniş bir sözleşmeler ağının parçası olan iki sözleşme, bir fabrikanın inşasına ve faaliyete geçtiğinde de teknik idaresine ilişkindi. Sözleşmelerden birinde, başkanı Bay (A) tarafından temsil edilen ABD şirketi (A)'nın adı zikredilmişti, diğeri ise (A) grubunu temsilen Bay (A) tarafından akdedilmişti. Benzer şekilde Bay (A), önsözünde, hem (A) grubuna dâhil iki şirket olan Kanada (A) ve İngiltere (A)'nın vekili sıfatıyla hem de kendi adına imzaladığı belirtilen bir başka sözleşme akdetmişti. Hakem heyeti; sözleşmeyi, tarafların karşılıklı müşterek iradelerini ve faaliyetin özünü yorumlamak suretiyle; davacının, başkan Bay (A) tarafından temsil edilen (A) grubu ile anlaşma yapmak istediğinin ve aslında yaptığının; tarafların gerçek niyetlerinin şirketler grubuyla sözleşme akdetmek olduğunun, zira bu kapsamdaki uluslararası sözleşmelerde sıkça görüldüğü üzere, yeni bir sanayi tesisi kurma niyetinde olan devletlerin yahut millî şirketlerin, şirketler grubunun işleyişine ilişkin nedenlerden ötürü işin ifasını yan şirketlere havale edecek bir şirketler grubuyla sözleşme yapmakta olduğunun ve şirketler grubunun taahhüt edilen edimlerin ifasını garanti etmesi hâlinde diğerk âkit tarafın, şirketler grubunun işleyişine ilişkin meselelere müdahale etme niyeti yahut menfaati bulunmadığının altını çizerek, tahkim şartının, (A) şirketler grubunun üçüncü kişi konumundaki davalı üye şirketlerine teşmiline hükmetmiştir.⁴⁶³

Tahkim şartının, grup şirketler teorisine istinaden, üçüncü kişi konumundaki şirketlere teşmil edildiği 2375 sayılı ICC davasında⁴⁶⁴ sözleşme, sözleşmenin kuruluşu ânında davacı (A)'nın ana şirketi olan Fransız şirket (B) ile birinci davalı (C)'nin ana şirketi olan ikinci davalı (D) arasında akdedilmişti. Tahkim yargılaması

⁴⁶² Chow s.102.

⁴⁶³ Rubino–Sammartano s.179; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.285–286; Craig, Park, Paulsson, s.78.

⁴⁶⁴ **Rev.Arb.** 1985, s.583.

da, (A) tarafından, (C) ve (D) aleyhine başlatılmıştı. Ne davacı (A), ne de birinci davalı (C) uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin tarafıydı. Hakem heyeti ana şirketlerin, sadece kendileri için değil aynı zamanda yan şirketleri için de açıkça taahhütte bulduklarına ve bundan ötürü tahkim yargılamasında yer alan bütün taraflar bakımından yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Kararını *grup şirketler teorisine* dayandıran hakem heyeti, (B) ve (D) tarafından imzalanan protokolden, her iki grubun hükmeden ve hükmedilen şirketlerinin birbirinden ayrılmaz surette bağlandıkları bir bütün, karmaşık bir hak ve yükümlülükler şebekesi oluşturdukları sonucuna ulaşmış ve bundan dolayı, sözleşmede yer alan tahkim şartının bu karmaşık bağlantılardan izole edilmesinin ve bu yargılamada uygulanmayacağına hükmedilmesinin makûl olmayacağına karar vermiştir.⁴⁶⁵

Tahkim şartının, üçüncü kişilerin gözünde farklı şirketleri arasında tam bir karmaşa oluşturan ve taahhütlerinden şahsen yükümlü olmaktan kaçınmak için manevralar yapan (A) grubunun sahibi Bay (A)'ya teşmiline karar verilen 5730 sayılı ICC davası olan *Orri* davasına⁴⁶⁶ konu olayda, davacı tarafından Bay (A), (C SA) şirketi ve (C) girişimi aleyhine, yakıt temin sözleşmesinin ifasına ilişkin olarak tanzim edilen birçok faturayı ödemedikleri iddiasıyla tahkim yargılaması başlatılmıştır. Davacı aynı gün iki sözleşme daha akdetmiştir. Bunlardan biri, Bay (A) tarafından imzalanan, bakiye borçların ödenmesi içeren ve tahkim şartı ihtiva etmeyen ve fakat (C SA) şirketinin antediyle yazılmış bir memorandumdu. İkinci olarak, genellikle davacı tarafından kullanılan standart formda bir tedarik sözleşmesi yapılmıştı. ICC tahkim şartı içeren ikinci sözleşmenin amacı, girişim (C)'nin hangi koşullar altında yakıt tedarik edeceğini ve sözleşmede zikredilen gemileri işletmek için gereken koşulları belirlemektir. (C SA) şirketi hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmedi ve kendisi ve girişim (C)'nin bir ve aynı kişi olduğunu ve "C"nin, kendisi tarafından kullanılan bir ticarî isim olduğunu belirtti. Fakat Bay (A), tedarik sözleşmesini imzalamadığını ileri sürerek hakem heyetinin yargılama

⁴⁶⁵ Rubino-Sammartano s.178; Hanotiau, **Multiple Contracts-Parties-Issues**, s.294-295; Craig, Park, Paulsson, s.77.

⁴⁶⁶ **Rev.Arb.** 1992, s.25; Paris Temyiz Mahkemesi'nin 11.1.1990 tarihli (**Rev.Arb.** 1992, s.95) ve *Cour de Cassation*'un 11.7.1991 tarihli kararlarıyla onanmıştır (**Rev.Arb.** 1992, s.73).

yetkisine itirazda bulundu. Hakem heyeti: Bay (A)'nın sahip olduğu tüm şirketlerin, üçüncü kişilerin gözünde, ona bağlı şirketler grubunu oluşturduğu; Bay (A)'nın, üçüncü kişilerin gözünde, farklı şirketleri arasında karmaşa yarattığı ve özellikle çeşitli şirketlerin yönetim ve hesaplarının hiç durmadan karıştığı ve davacının baştan itibaren girişim (C) ile ve dolayısıyla Bay (A) ile iş yaptığı gerekçeleriyle Bay (A)'nın gerçek âkit taraf olduğuna, tahkim şartının geçerli olduğuna ve Bay (A)'yı bağladığına karar verdi.⁴⁶⁷ 24.8.1988 tarihli bu hakem kararı, Paris Temyiz Mahkemesi ve Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından da onanmıştır.⁴⁶⁸

Bu karara karşı açılan iptal davasının Paris Temyiz Mahkemesi tarafından reddi üzerine davacı, faaliyet merkezi ve önemli değerde malvarlığı Yunanistan'da bulunan Bay (A) aleyhine Yunan mahkemelerinde hakem kararının tenfizi talebinde bulunmuş ve bu talep Atina ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Atina Temyiz Mahkemesi, Yunan kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca, tahkim anlaşmasının şeklini Yunan hukukuna tâbi kılmıştır. Daha sonra tahkim şartının, Bay (B) tarafından imzalanmadığı için şeklen geçersiz olduğuna hükmetmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Davacıların başvurduğu Yunan Yüksek Mahkemesi, Paris Temyiz Mahkemesince tahkim şartının geçerli olduğu yolunda verilen hükmün Yunan mahkemeleri bakımından kesin hüküm teşkil ettiğini gerekçe göstererek Atina Temyiz Mahkemesinin kararını bozmuştur. Davayı tekrar ele alan Atina Temyiz Mahkemesi, tahkim yeri hukukuna tâbi kılmak suretiyle tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir.⁴⁶⁹

6519 sayılı ICC davasına konu olayda, tahkim şartı ihtiva eden sözleşme, (XB), (XC) ve (XD) şirketlerinin çoğunluk hissedarı olan ve bu şirketlerdeki hisselerinin bir kısmını (XB)'ye getirecek olan gerçek kişi (XA) ile grubun diğer şirketlerindeki hisselerini (XB)'ye getirecek olan (YA) tarafından imzalanmıştı. Hakem heyeti, (XA)'nın grubun diğer şirketlerindeki hisselerini (XB)'ye getirecek olmasının, (XC) ve (XD)'nin tahkim şartının yer aldığı sözleşmeyle ilgili

⁴⁶⁷ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.276–277.

⁴⁶⁸ Fouchard, Gaillard, Goldman s.288; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.291.

⁴⁶⁹ Dimolitsa s.253–254.

olduklarının kabulü için yeterli olmadığına; diğer taraftan, (XB)'nin sözleşmeyle doğrudan ilgili olduğuna ve iç tüzüğünde buna uygun değişiklik yapmak amacıyla genel kurul toplantısı yapmak için adımlar atmış olduğuna; bu suretle kendi menfaatini temin eden hükümleri ve bilhassa bu sözleşmeyle birlikte bölünmez bir bütün teşkil eden tahkim şartını yürürlüğe koyma iradesini açıklamış olduğuna karar verdi: “*Mevcut duruma göre, tahkim şartı, çoğunluk hisseye sahip olanın finansal bir enstrümanından başka bir şey olmayanlar istisna olmak üzere, (X) şirketler grubunun, sadece protokolün imzalanmasıyla sonuçlanan müzakerelerde etkin biçimde rol oynayan veya protokolle doğrudan ilgili olan şirketlerine uygulanabilir.*”⁴⁷⁰

Burada üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri de, ana şirketin, yan şirketi üzerindeki etkisinin hangi aşamaya geldiği anda grup şirketler doktrininin uygulanacağı meselesidir. Elbette ki ana şirketler, yan şirketleri üzerinde etkili olacaktır. Fakat her tür etki, ana şirketle yan şirketin bir ve aynı şirket muamelesi görmesini gerektirmez. Ana şirketle yan şirketin bir ve aynı şirket muamelesi görmesi ve bu surette yan şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının ana şirkete teşmili için yan şirketin ana şirket tarafından sadece bir *enstrüman* olarak kullanılması gereklidir.⁴⁷¹ Bu konuda yasal bir tarife yer veren Avustralya Şirketler Kanunu⁴⁷² §46 uyarınca, (A) şirketinin (B) şirketinin yan şirketi olduğunun kabulü için (B) şirketinin: (A) şirketinin yönetim kurulunu oluşturma yetkisine veya (A) şirketinin genel kurulunda kullanılabilecek oyların en az yarısından bir fazlasını yönlendirebilecek konuma yahut (A) şirketinin hisselerinin yarısından fazlasına sahip olması gerekli ve yeterlidir.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.294.

⁴⁷¹ Thompson s.334.

⁴⁷² <http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/36FA956DA2EBDEA9CA2573A60008E569?OpenDocument>

⁴⁷³ Ramsay s.334.

iii. Grup Şirketler Doktrini Reddeden Yaklaşım

İsviçre Federal Mahkemesi'nin, 25.9.1994 tarihli hakem kararının iptaline ilişkin talebi reddettiği 29.1.1996 tarihli kararına⁴⁷⁴ konu olayda (B), (YY), (YY)'ye ait diğer şirketler ve (M) şirketinden oluşan bir konsorsiyum arasında, boru hattı inşasına ilişkin bir sözleşme akdedilmiştir. Diğer tarafta, (A) ve (ZZ) Birliği, (YY)'nin konsorsiyuma taraf olmayan yan şirketi (Y) ile işlerin bir kısmı için bir alt sözleşme akdetmiştir. Alt sözleşme, tahkim yeri olarak İsviçre'nin öngörüldüğü bir tahkim şartı ihtiva etmekteydi. Aralık 1990'da (ZZ) tarafından, (Y) ve (YY) aleyhine tahkim yargılaması başlatılmış, ne var ki hakem heyeti, (YY) bakımından yargılama yetkisine sahip bulunmadığına hükmetmiştir. Hakem kararı, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından, aşağıdaki hususlar ortaya konularak onanmıştır:

- Grup şirketler doktrini, bir tahkim şartının grubun diğer bir şirketine teşmilini haklı kılmaya tek başına yeterli değildir.
- Grubun diğer şirketinin, tahkime gitme yönünde müstakil ve şeklen geçerli bir irade beyanı bulunmadıkça, tahkim şartı, ancak üçüncü kişinin sebep olduğu görünüşe diğer tarafın hüsnüniyetle itibar ettiği çok özel durumlarda teşmil edilebilir.
- Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tatbiki suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, emvaldeki karmaşa yahut yan şirketin yetersiz sermayeye sahip olması hallerinde söz konusu olmamalıdır. Bu haller, irade beyanı bulunmadıkça, tahkim şartının teşmilini haklı kılmaz.⁴⁷⁵

Bir şirketler grubuna dâhil davacı şirketlerden biri ile diğer bir gruba dâhil davalı şirketlerden biri arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartının, tüm davalı şirketlere teşmiline yönelik talebin reddedildiği *United Int'l Holdings v. Wharf (Holding) Ltd*⁴⁷⁶ davasında mahkeme, *Wharf Cable*'ın diğer *Wharf* şirketlerinden farklı bir hukukî varlık olduğunu ve tahkim şartını içeren sözleşmeyi, ana şirketin veya kendisine bağlı şirketlerin değil, bizzat *Wharf Cable*'ın imzaladığını gerekçe

⁴⁷⁴ ASA Bull, Vol:14, 1996, s.496.

⁴⁷⁵ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.282–283.

⁴⁷⁶ 76 F.3d s.393, 1996 WL 55657 [10th Cir. (Colo)].

göstermiştir. Mahkeme ayrıca, tahkim yanlısı politikanın dahi bu sonucu değiştirmeyeceğinin altını çizmiştir^{477 478}.

ABD Temyiz Mahkemesinin önüne gelen *Sarhank Group v. Oracle Corporation* davasına⁴⁷⁹ konu olayın aktörlerinden *Sarhank Group*, merkezi Kahire olan bir Mısır şirketi, *Oracle* ise, merkezi Kaliforniya olan bir ABD şirketi idi. 1991 senesinde *Oracle*'ın bir yan şirketiyle *Sarhank* arasında, *Sarhank*'ın, *Oracle* için Mısır'da bazı hizmetleri yerine getirmeyi taahhüt ettiği bir sözleşme akdedildi. Sözleşmede, doğabilecek uyuşmazlıkların Mısır hukukunun uygulanması suretiyle ve tahkim yoluyla çözümleneceği öngörülmüştü. Sözleşmenin 1997 senesinde *Oracle* tarafından feshedilmesi üzerine *Sarhank* tarafından *Oracle* ve yan şirketi aleyhine Kahire Uluslararası Tahkim Merkezi nezaretinde tahkim yargılaması başlatılmıştır. *Oracle*, *Sarhank* ile aralarında bir sözleşme bulunmadığı gerekçesiyle tahkim yargılamasına itiraz etmiştir. Hakem heyeti, Mısır hukukunu uygulamak suretiyle, *Oracle*'ın sözleşmeyle bağlı olduğuna ve yan şirketiyle birlikte 1.900.000 ABD Doları borçlu olduğuna karar vermiştir. *Oracle*, Kahire Temyiz Mahkemesine ve Mısır Yüksek Mahkemesine müracaat etmiş, fakat sonuç alamamıştır. *Sarhank*, hakem kararının 1958 tarihli New York Konvansiyonu çerçevesinde tenfiz talebiyle New York mahkemelerine müracaat etmiştir. Bölge mahkemesi *Sarhank* lehine karar vermiş ve karar *Oracle* tarafından temyiz edilmiştir. *Oracle*, *Sarhank* ile aralarında tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmüştür. *Sarhank*, *Oracle*'ın yan şirketi ile aralarında yazılı bir sözleşme bulunduğunu; bu sözleşmeyle aslında kendisi ile *Oracle* arasında bir hukukî ilişki kurulduğunu, zira yan şirketin aslında bir *kabuk şirket* olduğunu iddia etmiştir. Temyiz Mahkemesi, hakem heyetinin tahkim yargılamasının ana şirkete teşmil edilebileceği yönündeki kararının tenfiz

⁴⁷⁷ Townsend s.22; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.285.

⁴⁷⁸ Mahkemelerin, mevcut bir tahkim şartının taraflarının tartışılma yerinin tahkim yargılaması olduğu gerekçesiyle meseleyi hakem heyetine havale etmesi gerektiği ileri sürülerek eleştirilen (Hoellering, **Arbitration Agreements**, s.67) *Marathon Oil Company v. Ruhrgas* davasına [115 F.3d s.315 (5th Cir. 1997)] konu olayda *Marathon* ve iki yan şirketi tarafından, *Marathon*'un bir diğer yan şirketiyle arasında tahkim şartı da ihtiva eden bir sözleşme bulunan Alman şirketi *Ruhrgas* aleyhine mahkemede dava açılmıştır. *Ruhrgas* tahkim itirazında bulunmuş ve mahkeme, bir yan şirket tarafından akdedilen tahkim şartının ana şirkete ve diğer bazı yan şirketlere karşı icra edilmesi yönündeki talebi reddetmiştir (Townsend s.23).

⁴⁷⁹ 2004 WL 3267566 (2d Cir. 14.04.2005).

mahkemesini bağlamadığını ve *Oracle*'ın tahkime gitme iradesinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.

Alberta Eyalet Temyiz Mahkemesi, 16.1.1992 tarihli *Kaverit Steel and Crane Ltd v. Kone Corp* kararında, konuya ilişkin içtihatları analiz ettikten sonra, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişileri tahkime gitmeye zorlayamayacağına hükmetmiştir.⁴⁸⁰ Mahkeme, kararında, kaynağını şirketten alan bir hakkı ileri süren hissedarların yahut tamamen davalı lisans verene ait bulunan davalı yan şirketlerin tahkimde yer almaya zorlanamayacaklarına işaret etmiştir. Mahkemeye göre New York Konvansiyonu m.II/2 hükmünde yer alan *tarafklar* tabiriyle tahkim anlaşmasına taraf olan kişiler kast edilmekteydi ve yan şirketler bu anlamda *taraf* değillerdi.⁴⁸¹

Bazı ülkelerde yabancı şirketlerin, bu ülkede tescil edilmiş yan şirketler şeklinde faaliyet gösterme zorunluluğu bulunmaktadır. Sözleşme böyle bir yan şirket tarafından akdedildiğinde, sözleşmenin asıl tarafının ana şirket mi, yoksa mahallî hukuk uyarınca kurulmuş ve sözleşmeyi aslen imzalamış olan şirket mi olduğu meselesiyle karşılaşılmaktadır. Böyle bir ICC davasında, tahkim şartının ana şirkete teşmil edilip edilemeyeceği meselesi ortaya çıkmıştır. Davacı, (1)nolu davalının, (2)nolu davalı tarafından davacının hukukuna uymak için kurulduğunu ve bu suretle bu ülkede (2)nolu davalıyı temsilen faaliyette bulunduğunu; bu şartlar çerçevesinde, tahkim şartı ihtiva eden ve bir tarafını davacının teşkil ettiği sözleşmenin (2)nolu davalı tarafından imzalanmasına gerek bulunmadığını, (1)nolu davalının sadece kâğıt üstünde kurulu bir şirket ve ana şirketin *alter egosu* olduğunu ileri sürmüştür. Üstelik (2)nolu davalı sözleşmenin müzakeresi, değiştirilmesi ve ifası aşamalarında aktif olarak yer almış, (1)nolu davalının çalışanları (2)nolu şirketin yönetim kurulu üyesi olmuş ve (1)nolu şirket sözleşmenin ifası esnasında (2)nolu davalı namına müdahalede bulunmuş, bu nedenlerle (2)nolu davalının sözleşmeyi ve tahkim şartını benimsediği izlenimini güçlendirmiştir. (2)nolu davalı, sözleşmedeki varlığının ve aktif katılımının, sözleşmenin asıl tarafı olduğuna veya (1)nolu davalının temsilcisi olarak hareket ettiğine delâlet etmenin tam tersine, sadece sahip olduğu tek menfaat

⁴⁸⁰ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.289.

⁴⁸¹ Branson s.43.

olan, projenin bir kısmının gerçekleştirilmesini emanet ettikleri taşeronlarının, kendi faaliyetlerinin koordinasyonu çerçevesinde en uygun tercihleri yapmaları ve işlere girmeleri olduğunu savunmuştur. Davalı, kâğıt üstünde kurulu şirket iddiasıyla ilgili olarak mahallî mevzuata uygunluğu sağlamak amacıyla ana şirketlerin yurt dışında yan şirketler kurmalarının müşterek ticarî bir uygulama olduğunu ifade etmiştir. Hakem heyetine göre bu olgu, ana şirket ile yan şirket arasında bütünsel bir özdeşlik bulunduğu veya yan şirketin, ana şirketin temsilcisi olarak hareket ettiği sonucunu doğurmaz. (1)nolu davalı *içi boş bir kabuk* değildi; kendi yönetici kadrosuna ve personeline sahipti. Bazı toplantıların (2)nolu davalının ofisinde yapılmış olması da bu sonucu etkilemezdi ve tarafların, imzalanan evrakta doğan şüphe götürmez statülerini değiştiremezdi.⁴⁸²

Tahkim yerinin Cenevre olduğu 4402 sayılı ICC davasında, İsviçreli bir hakemin başkanlık ettiği bir hakem heyeti, Fransız ana şirket (SD)'nin, uyuşmazlığın kaynaklandığı projenin ifası için kurulmuş yan şirketi (FD) tarafından akdedilen tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı meselesiyle karşılaştığında, uluslararası ticarî örf âdete (*lex mercatoria*), uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına veya ICC hakemlerinin içtihatlarına atıfta bulunmaksızın, sadece tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuk olan İsviçre maddî hukukunu uygulamak suretiyle sonuca varmıştır. Hakem heyeti, yan şirket (FD)'nin tahkim şartını imzaladığı esnada ana şirketi (SD)'yi temsil etme yetkisinin bulunup bulunmadığı meselesini ayırt etmiş ve tahkim yeri olan Cenevre'de yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca tahkim şartının yazılı olması ve İsviçre Borçlar Kanunu⁴⁸³ m.13 vd. hükümlerini karşılaması gerektiğini, aksi takdirde hakem heyetinin yetki kazanamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, İsviçre Anayasası m.58 hükmü uyarınca, İsviçre vatandaşı olsun yahut olmasın hiç kimse, doğal hâkiminden, rızası hilâfına mahrum bırakılamaz. Tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeyi (SD)'nin imzalamadığı tartışmasızdır. Sözleşmeyi (FD) adına imzalayan Bay (X)'in ana şirket adına değil, sadece yan şirket adına hareket ettiği de tartışmasızdır. Sözleşmenin lafzından da anlaşıldığı üzere sözleşmeye sadece (FD) taraftır. Davacılar, Bay (X)'in, yönetim kurulu üyesi

⁴⁸² Jarvin, **Group of Companies**, s.201–202.

⁴⁸³ **Amtliche Sammlung**, 27, s.317 vd.

olduğu (SD)'nin temsilcisi sıfatıyla (SD) adına hareket ettiğini ileri sürmemiştir. Bundan dolayı Bay (X), yönetim kurulu başkanı sıfatıyla sözleşmeyi imzaladığı (FD)'yi bağlama yetkisine sahiptir ve bunun dışındaki şirketleri sözleşmeyle bağlı kılması mümkün değildir.⁴⁸⁴ Anlaşmanın ilk memorandumunun imzalanması esnasında davacılar işin ana şirket tarafından değil, yan şirket tarafından ifa edileceğini bilmekteydiler. Ana şirketi anlaşmaya dâhil etme niyetinde olsalardı, imzadan önce bunu yapmaları gerekirdi.⁴⁸⁵

Tahkim yerinin Cenevre olduğu 4504 sayılı ICC davasında hakem heyeti, birinci davalıyla aynı şirketler grubunda yer alan, fakat davacının taraf olduğu sözleşmeye taraf olmayan ikinci davalı hakkında yargılama yetkisinin bulunmadığına karar verdi. Davacı tarafından, hakem heyetinin ikinci davalı bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğu iddiasını desteklemek amacıyla şu iki argüman ileri sürülmüştü: İki şirketin kurumsal bağlarının bulunduğu, aslında tek bir kimliğinin mevcut olduğu ve ikinci şirketin tamamen birinci şirkete bağlı bulunduğu iddiası ile sözleşmenin kurulmasından sonra ikinci davalının, tahkim anlaşmasına taraf olduğu ve bu yüzden de onu onaylayacağı izlenimi bırakan surette davrandığı iddiası. Davacı, ikinci davalının başkanının sözleşmenin müzakerelerinde ve ifasında oynadığı role de dikkat çekmiştir. Hakem heyeti ilk konuya ilişkin olarak, iki şirketin hukuken birbirinden bağımsız olduğuna karar verdi. İkinci konuya ilişkin olarak ise, ikinci davalının başkanının, ilk şirketin yetkili temsilcisi sıfatıyla sözleşmeyi imzaladığını ve davacıya yazdığı mektupları birinci davalının nam ve hesabına imzaladığını ifade etti. Ayrıca hakem heyeti, anlaşmanın ifası bakımından ikinci davalının tarafında müdahale bulunduğunu ama bundan, ikinci davalının anlaşmayı onayladığı sonucunun çıkarılamayacağını kabul etti. Diğer bir ifadeyle bu müdahaleler, hukukî bakış açısıyla, anlaşmanın onaylanması olarak kabul edilemezdi⁴⁸⁶. Hakem heyeti, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, (A)'nin sadece anlaşmaya taraf olan (B) ve (B') aleyhine değil aynı zamanda (B) ve (B')'nin ait bulunduğu şirketler grubu aleyhine tahkim yargılaması başlattığı 10.10.1979 tarihli

⁴⁸⁴ Sandrock, **Group of Companies**, s.630–631.

⁴⁸⁵ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.281.

⁴⁸⁶ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.284–285.

Cartier kararına da atıfta bulunmuştur. Bahse konu davada İsviçre Federal Mahkemesi, grubun tüm şirketlerinin tek bir kişinin hâkimiyetinde bulunmasına ve birbiriyle ilgili olmasına rağmen, sadece (A) ve (B)'nin anlaşmayla bağlı olduğuna karar vermiş ve ayrıca şirketler grubunun tüzel kişiliğinin bulunmadığını belirtmiştir.⁴⁸⁷

4972 sayılı ICC davasına konu olayda, bir tarafı (A) ve (B)'nin, diğer tarafı da (C)'nin teşkil ettiği bir sözleşme akdedilmişti. Sözleşmeye göre (C), bir seri parfüm ürünlerinin Fransa'da dağıtım hakkını (A) ve (B)'ye vermişti. Daha sonra (C) sözleşmeyi feshetmiştir. (A) ve (B) feshin haksız olduğuna kanaat getirerek (C) ve (C)'nin sözleşmede imzası bulunan başkanı Bay (D) aleyhine tahkime müracaat etmişlerdir. Tahkim yeri Paris'ti. Davacılar, Bay (D) aleyhindeki iddialarını desteklemek amacıyla, (C)'nin sözleşmenin müzakereleri ve ifasındaki aktif rolüne dikkat çekerek *grup şirketler teorisine* başvurmuşlar ve esas âkit tarafın (C) şirketler grubu ve özelde onun başkanı Bay (D) olduğunu iddia etmişlerdir. Hakem heyeti, sözleşmenin müzakerelerinde ve ifasında oynadığı rolün onu sözleşmenin tarafı hâline getirmeyeceği gerekçesiyle Bay (D) bakımından yargılama yetkisine sahip olmadığına hükmetmiştir.⁴⁸⁸

6610 sayılı ICC davasına⁴⁸⁹ konu olayda, 1985 senesinde Endonezya'da bir otel inşasına ilişkin olarak Endonezyalı işveren ile Fransız yüklenici arasında akdedilen sözleşmeden uyumsuzluk doğması üzerine davacı işveren tarafından tahkime müracaat edilmiştir. Davalı yüklenici karşı talepte bulunmuş ve (X) şirketler grubuna dâhil bazı şirketlerin ve davacının hissedarı Bay (Y)'nin davada yer alması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu talebin hakem heyetince reddedilmesi üzerine davalı yüklenici, sözleşmenin asıl tarafının davacı olmadığını ve bu nedenle tahkim yargılaması başlatma hakkı bulunmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti: (X) şirketler grubuna dâhil şirketlerin ve (Y)'nin Endonezya'da bir otel yatırımı yapmak istemesi üzerine davalı yüklenici ile aralarında müzakerelerin başladığını, davacının

⁴⁸⁷ Rubino–Sammartano s.180; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.285 dn.110.

⁴⁸⁸ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.288.

⁴⁸⁹ **YBCA**, Vol:19, 1994, s.162 vd.

daha sonra Endonezya hukuku uyarınca bir şirket hâline geldiğini ve Endonezya hukukuna göre hissedarlarından bağımsız ve ayrı bir hukukî kişilik teşkil ettiğini, sözleşmenin de bu şirket tarafından akdedildiğini işaret ederek, ayrı tüzel kişilik vakıasına riayet edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, *Dow* davasından farklı olarak, sözleşmenin tarafları dışındaki kişilerin tahkim anlaşmasına taraf olma niyetlerinin bulunduğunu ortaya koyan herhangi bir delil ibraz edilmediği için, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişileri tahkim yargılamasına dâhil etme kuvvetine sahip olmadığına karar vermiştir.

6673 sayılı ICC davasında, birinci davacı, davalıyla iki sözleşme akdetmişti: gizlilik sözleşmesi ve inhisarî bir know-how lisans sözleşmesi. Her iki sözleşme de aynı tahkim şartını içermekteydi. Birinci davacının ana şirketi olan ikinci davacı, sözleşmede taraf olarak zikredilmemişti, fakat know-how lisansının sahibi olduğunu ve dolayısıyla davalıya atfedilen kusurlar yüzünden zarara uğradığını iddia etmişti. Hakem heyeti, lisansı davalıya verilen fikrî mülkiyet haklarına davacının sahip olmasının, uyumsuzluğun kaynaklandığı ve tahkim şartı içeren anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerin sahibi hâline getirmediği sonucuna varmış ve bu nedenle, ikinci davacı hakkında yargılama yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir.⁴⁹⁰

8817 sayılı ICC davasında⁴⁹¹, İspanyol distribütör (B), distribütörlük sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle zarara uğradığını iddia ederek, Danimarka şirketi (A) aleyhine tahkim yargılaması başlatmıştı. Tahkim yeri Paris'ti ve başhakem Viyana Konvansiyonu ile UNIDROIT prensiplerini uygulamaya karar vermişti. Yargılama esnasında (B), (A)'nın Amerikalı yavru şirketi olan (AA)'nın kendisine olan borçlarını da talebine dâhil etmiştir. (A), başka bir şirketin borçlarını ödemeye mahkûm edilemeyeceğini ve (AA)'nın yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kendisi sorumlu tutulamayacağını ileri sürmüştür. Ayrıca hakemin, tahkim yargılamasının tarafı olmayan (AA) bakımından yargılama yetkisinin bulunmadığını iddia etmiştir. Hakem ise, tahkim anlaşmasının, aynı ekonomik gruba ait bulunan diğer hukukî varlıklara, ilgili tahkim anlaşmasına taraf olmasalar dahi,

⁴⁹⁰ Jarvin, **Group of Companies**, s.200; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.291–292.

⁴⁹¹ **YBCA**, Vol:25, 2000, s.355.

teşmil edilebileceği durumların olabileceğini; fakat (AA), (B)'nin müşterisi olsa dahi, nisbî nitelikteki distribütörlük sözleşmesine taraf olmadığı belirtmiştir.⁴⁹²

9517 sayılı ICC davasında, şirketler grubunun baş hissedarı olan davacı Bay (X) ile grubun üçüncü kişi konumundaki diğer iki şirketi (B) ve (C), aynı grubun üyesi olan ve davalı Bay (Z) ile akdedilen sözleşmede taraf olarak yer alan tek grup şirketi olan davacı (A) şirketinin yanında davacı olarak katılmak için, taraf olmadıkları bir anlaşmada yer alan tahkim şartından istifade etmek istemişler ve bu teşmili haklı kılmak için, Bay (Z)'nin sözleşme müzakerelerini Bay (X) ile yaptığını, Bay (X)'in akdî ilişkideki asıl unsur olduğunu ve (X), (B) ve (C)'nin uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin müzakerelerinde ve ifasında enstrüman olarak hareket ettiklerini ileri sürmüşlerdir. Hakem heyeti, üçüncü kişilerin, bir sözleşmeye ve bu sözleşmede yer alan tahkim şartına taraf olduğunun kabulü için, bütün tarafların, zımnî de olsa, iradelerinin mevcudiyetine ilişkin delillere ihtiyaç bulunduğunu; bu iradenin, üçüncü kişilerin ve tahkim şartının taraflarının müşterek iradesi olması gerektiğini; böyle bir iradenin mevcudiyetinin, zımnî olduğu ölçüde, üçüncü kişilerin sözleşmenin müzakerelerinde ve ifasında oynadıkları rolde kendini göstereceğini; ne var ki tahkim anlaşmasının taraflarının ve üçüncü kişilerin aynı gruba üye olmasının veya bir hissedarın hâkimiyetinin, tahkim şartının üçüncü kişiye teşmilini haklı kılmaya yeterli olmayacağını belirtmiş ve ayrıca, İngiliz mahkemelerinin, şirket yapısının, grubun gelecekteki belirli faaliyetlerine ilişkin hukukî sorumluluğun davalı şirket yerine grubun sözleşmeye taraf olan bir başka şirketine ait olmasını sağlamak amacıyla kullanılmasına istinaden ileri sürülen teşmil talebini reddettiği *Adams v. Cape Industries* davasına atıfta bulunmuştur: “*Arzu edilsin yahut edilmesin, şirket yapısını bu surette kullanma hakkı şirketler hukukumuzda mevcuttur. Tek istisnası, tahkim anlaşmasına taraf olan şirketin kasten ve dolayısıyla hileli olarak herhangi bir menfaatten yoksun bırakıldığının aşikâr olması veya grubun üçüncü kişi konumundaki sahibinin, üçüncü kişilerin gözünde grubun çeşitli şirketleri arasında tam bir karmaşa yaratması ve taahhütlerinden şahsen sorumlu olmaktan kaçınmak için hileli manevralar yapması gibi örnekleri olan hile varsayımdır.*” Bu prensipleri

⁴⁹² Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.346–347.

davaya uygulayan hakem heyeti, (B) ve (C)'nin, uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin kuruluşu yahut yürütülüşüne hiçbir surette dâhil olmadıklarının ve (X)'in, sözleşmenin kuruluşu ve ifasına, sınırlı da olsa, dâhil olduğunun açık olduğuna karar vermiştir. Diğer taraftan (X), uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin tarafı olmayı seçebilirdi ve yerine, kendi menfaatini düşünmenin bir sonucu olarak, bu işlemi (A) şirketi vasıtasıyla yerine getirmeyi, sözleşmenin ifasından uzak kalmayı ve sadece gözetim rolünü üstlenmeyi tercih etmişti; şimdi sadece menfaati gerektiriyor diye tam tersini iddia etmesine müsaade edilemezdi. Bundan dolayı hakemler sadece davacı (A) bakımından yargılama yetkilerinin bulunduğuna hükmetmiştir.⁴⁹³

11405 sayılı ICC davasına konu olayda *İstanbul Havayolları AŞ* ile *Eurest International BV* arasında, *İstanbul Havayolları*'nın ikram hizmetleri işinin 20.000.000ABD Doları karşılığında *Eurest International BV*'ye satımı konusunda anlaşmaya varılmıştı. Satış işlemi öncelikle ikram hizmetleri işinin *İstanbul Havayolları* tarafından kurulacak yeni bir şirkete (*Eurest Inflight Services AŞ*) devri ve sonra bu şirketin sermaye hisselerinin tümünün *Eurest International BV*'ye satımı yoluyla gerçekleştirilecekti. Daha sonra bir değişikliğe gidildi ve yeni kurulacak şirketin hisselerinin 2.000.000ABD Doları karşılığında *Eurest International BV*'ye satılmasının ardından *İstanbul Havayolları*'nın ikram işinin 18.000.000ABD Doları karşılığında, yeni kurulacak şirkete devredilmesi öngörüldü. ICC tahkim şartı ihtiva eden satım sözleşmesi, *İstanbul Havayolları*'nı temsilen CEO *Bay (T)* ve Genel Müdür *Bay (E)* tarafından imzalanmıştı. Bu esnada *Eurest International BV*'nin ismi *Compass Group International BV* olarak değişti. Ağustos 2000'de *İstanbul Havayolları* malî sorunlar nedeniyle faaliyetlerini durdurmuştur. Bunun üzerine davacılar *Compass Group International BV* ve *Eurest Inflight Services AŞ*, bu sözleşmenin akdedilmesi konusunda yanlış yönlendirildikleri iddiasıyla ve zararlarının tazmini talebiyle *İstanbul Havayolları*, *Bay (T)* ve *Bay (E)* aleyhine tahkime müracaat etmiştir. *Bay (T)* ve *Bay (E)*, satım sözleşmesiyle ve bu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olmadıklarını ileri sürdüler. Davaya bakan

⁴⁹³ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.292–294.

hakem, konuya ilişkin olarak verdiği 29.11.2001 tarihli ara kararında⁴⁹⁴, *Bay (T)* ve *Bay (E)*'nin sözleşmeyi *temsilci* sıfatıyla imzalamış bulduklarına, sözleşmede yer alan ve *İstanbul Havayolları*'nin “*hem kendi adına hem de hem de bütün hissedarları adına ve hesabına*” hareket ettiğini belirten hükmün de bu sonucu değiştirmeyeceğine ve *Bay (T)* ve *Bay (E)*'nin tahkim şartının tarafı kabul edilemeyeceğine hükmetti. Hakem, ayrıca, davacılar tarafından ileri sürülen, *Bay (T)* ve *Bay (E)*'nin *İstanbul Havayolları* ile bir grup oluşturdukları ve grup şirketler teorisi uyarınca tahkim şartıyla bağlı olması gerektiği konusunda; tahkim anlaşmasıyla bağlı olmanın tek kriterinin, tarafların bu yöndeki iradesi olabileceğine; *Bay (T)* ve *Bay (E)*'nin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmama iradelerini açıkça ortaya koyduklarına; bu kişilerin sözleşmeyi *İstanbul Havayolları*'nin temsilcisi olarak imzaladıkları konusunda tereddüt bulunmadığına ve akdin inikadı esnasında tüm tarafların iradelerinin bu yönde tecelli ettiğine; *Bay (T)* ve *Bay (E)*'nin *İstanbul Havayolları*'nin sahibi oldukları, şirketin tamamen bu şahısların kontrolünde olduğu ve her üç kişinin tek bir ekonomik realite teşkil ettiği iddialarının da tahkim şartının *Bay (T)* ve *Bay (E)*'ye teşmili için yeterli olmadığına karar vermiştir. Davaya bakan hakem, davacılar tarafından ileri sürülen, *Bay (T)*'nin, *İstanbul Havayolları*'nin karar almaya yetkili tek memuru gibi davranması karşısında onun *alter egos* olduğu iddiasını; bir kişinin karar alma yetkisinin bu kişiyi bir tahkim şartıyla bağlı kılmak için yeterli olmayacağına karar vererek reddetmiştir. Sonuçta *Bay (T)* ve *Bay (E)*'nin tahkim şartının tarafı olmadığına karar verilmiştir.

İngiliz hukuku, grup şirketler vakıasının hukukî açıdan özel bir muameleye tâbi tutulmadığı hukukların en temel örneklerinden biri olarak görülmektedir.⁴⁹⁵ *Peterson Farms Inc v. C&M Farming Ltd* davasında⁴⁹⁶ mahkeme, İngiliz hukukunda grup şirketler teorisinin yeri olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁹⁷. Davaya konu olayda *Peterson* ile *C&M Farming* arasında, *Peterson* tarafından canlı kümes hayvanlarının

⁴⁹⁴ Karar yayınlanmamıştır.

⁴⁹⁵ Tom Hadden, “Die Regelung der Konzerne in Grossbritannien: Sonderbehandlung im Rahmen des allgemeinen Gesellschaftsrechts”, **Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich**, Baden-Baden 1991, s.329.

⁴⁹⁶ EWHC, 2004, s.121.

⁴⁹⁷ Chow s.104; Leadley, Williams s.113; Woolhouse, **Group of Companies**, s.435.

C&M Farming'e satımına ilişkin bir sözleşme akdedilmişti. Sözleşmeden yahut sözleşmenin ihlalden doğan uyuşmazlıklar Birleşik Krallık'ta ICC tahkimi yoluyla çözülecekti. Sözleşmenin yorumu Arkansas (ABD) hukukuna göre yapılacaktı.⁴⁹⁸ Kümes hayvanlarına virüs bulaşması üzerine, *C&M* tahkim yargılaması başlatmış ve *Peterson*'dan zararının tazminini talep etmiştir. Hakem heyeti, hem *C&M Farming*'in hem de *C&M* şirketler grubu dâhilindeki diğer şirketlerin maruz kaldığı zararları kapsayan talebi her iki açıdan da kabul etmiştir. *Peterson*, kararın ikinci bölümüne, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin talepleri bakımından hakem heyetinin yargılama yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle itiraz etmiştir. Aynı itiraz tahkimde de ileri sürülmüş ve hakem heyeti, *C&M* şirketler grubunun, tahkim şartında isimleri zikredilmeyen diğer üyelerinin talepleri bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğuna, grup şirketler doktrini uygulamak suretiyle ve *C&M Farming* şirketinin sözleşmeyi diğer *C&M* şirketlerinin temsilcisi olarak akdettiğine istinaden karar vermişti. Hakem heyetine göre, *C&M Farming* şirketinin, *C&M* şirketler grubu adına talepte bulunma hakkı tahkim anlaşmasının ve tarafların iradelerinin yorumuna ilişkin bir meseleydi ve tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukukun seçilmemiş olması hâlinde tarafların müşterek iradesi doğrultusunda karara bağlanacaktı. Hakem heyeti, *Peterson*'un, sözleşmenin müzakereleri ve inikadı esnasında *C&M* şirketler grubuyla iş yaptığının farkında olduğuna ve asıl niyetinin *C&M* şirketler grubuyla anlaşma yapmak olduğuna karar verdi. *C&M* şirketler grubu hukukî bir kişiliğe sahip olmadığı ve bu nedenle kendi adına sözleşme yapamayacağı için, *C&M Farming* şirketi, sözleşmeyi, *C&M* şirketler grubunun adına ve onların temsilcisi olarak akdetmişti. Hakem heyeti ayrıca *Peterson*'un, bir bütün olarak grupla sözleşme akdettiğini ve sözleşme konusunun, *C&M* şirketler grubuna üye tüm şirketlerin dâhil olduğu bir birleşik operasyonda kullanılacağını bildiğine hükmetmiştir. Hakem heyeti, grup şirketler doktrini uyarınca, şirketler grubuna dâhil bir şirket tarafından akdedilen bir tahkim anlaşmasının; sözleşmenin müzakereleri, ifası ve feshindeki koşullar tarafların müşterek iradelerinin üçüncü kişileri anlaşmayla bağlamak yönünde olduğunu ortaya koyduğu takdirde, şirketler grubunun diğer şirketlerini de bağlayacağına karar

⁴⁹⁸ Woolhouse, **Group of Companies**, s.435.

vermiştir. Hakem heyeti, bir şirketler grubu tek bir ekonomik bütün teşkil ettiği için, tüm tarafların müşterek iradesine ve uluslararası ticarî örf ve âdetlere uygun olduğu takdirde, gruba dâhil bir şirket tarafından akdedilen bir sözleşmenin, grubun diğer üye şirketlerini de bağlayabileceğini kabul etmiştir.⁴⁹⁹

Mahkeme, hakem heyetinin, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin bir seçim bulunmadığı yönündeki kararını hatalı bulmuştur. Davadaki mesele, *Peterson* ile *C&M* şirketler grubu arasında geçerli bir sözleşme ve tahkim anlaşması bulunup bulunmadığıydı. Bu ise sözleşmenin yorumuna ilişkindi ve bu tür sorunlar sözleşmede açıkça Arkansas hukukuna tâbi kılınmıştı. Temyizde *C&M Farming* şirketi, tarafların, ICC tahkimini seçmekle, tahkim anlaşmasının taraflarının kim olduğu dâhil olmak üzere, doğacak her türlü uyuşmazlığın ICC Kuralları ve tatbikatı çerçevesinde çözüleceğini kabul etmiş olduklarını ve ICC tatbikatının bir parçası olduğunun kabulü hâlinde grup şirketler doktrininin uygulanması için bunun yeteceğini ileri sürdü. Temyiz Mahkemesi tahkim anlaşmasının taraflarının belirlenmesinin, usûl hukukuna değil, maddî hukuka ilişkin bir mesele olduğuna hükmetti. Mahkemeye göre tahkim anlaşmasının Arkansas hukukuna tâbi olup olmadığı meselesi söz konusuydu. Bundan ötürü hakem heyetinin, tarafların müşterek iradesinden çıkarılsın yahut çıkarılmasın, bir başka hukuku uygulaması için yeterli dayanak yoktu. Hakem heyetinin yaklaşımından ortaya çıkan hukuk, sözleşmenin tâbi olduğu hukuk yahut tahkim yeri hukuku değil bizzat grup şirketler doktrininin kendisiydi. Grup şirketler doktrini bağlamında Arkansas hukuku ile İngiliz hukuku aynıydı. İngiliz hukuku meseleyi, anlaşmaya uygulanmak üzere seçilen hukuka tâbi olarak görmekteydi ve bu durum, İngiliz hukukunda yeri olmayan grup şirketler doktrininin uygulanmasını engellemekteydi.⁵⁰⁰ Hakem kararının, *C&M* şirketler grubuna üye olan ve fakat tahkim anlaşmasına taraf olmayan şirketlerin maruz kaldığı zararın tazminine ilişkin kısmı, yargılama yetkisinin bulunmaması nedeniyle iptal edildi. Mahkemeye göre temsil teorisinin uygulanmasına dayanak teşkil edecek vakıalar da mevcut değildi. *C&M Farming*

⁴⁹⁹ Godwin N38; Woolhouse, **Group of Companies**, s.436; Leadley, Williams s.113; Tweeddale, Tweeddale, s.162.

⁵⁰⁰ Woolhouse, **Group of Companies**, s.437–438.

tahkim yargılamasında temsil teorisini ileri sürmemiştir ve mahkeme tarafından da belirtildiği üzere, temsil söz konusu olsaydı, *C&M Farming*'in grup şirketler doktrinine dayanmasına gerek kalmazdı. Tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşme açıkça Arkansas hukukuna tâbi tutulmuştu fakat tahkim anlaşmasına yönelik bir hukuk seçimi söz konusu değildi. New York Konvansiyonu m.V/1/a'ya ve 1961 tarihli Avrupa Konvansiyonu m.IX/I'ya göre, taraflarca belirli bir hukuka tâbi kılınmayan tahkim anlaşmaları tahkim yeri hukukuna tâbidir. Mahkeme, tahkim anlaşmasının Arkansas hukukuna tâbi olduğu konusunda yanılrsa dahi, tahkim yeri olarak İngiliz hukuku uygulanacak ve aynı sonuçla karşılaşılacaktı.⁵⁰¹

Müstakil bir *grup şirketler hukukuna* sahip bulunmayan, fakat grup şirketler vakiasının ve bu vakianın önemli hukukî sonuçlarının bulunduğu⁵⁰² İngiltere'de grup şirketler teorisine ilişkin davalardan biri de *Caparo Group Ltd v. Fagor Arrasate Sociedad Cooperativa* davasıdır. İspanyol şirketi *Fagor* ve Hindistan şirketi *CML* arasında baskı makinelerinin alım satımına ilişkin bir sözleşme akdedilmişti. Ödeme yapılmaması üzerine doğan uyuşmazlıkta *Fagor*, *CML*'nin %60 hissesine sahip bulunan *Caparo*'nun sorumluluğuna gitmiştir. Davaya bakan hâkim, sözleşmenin ve tahkim şartının İngiliz hukukuna tâbi olduğuna ve İngiliz hukuku uyarınca sözleşmeye ve tahkim şartına taraf olanların *Fagor*'dan yahut *CML*'den farklı olduğuna karar verilebilmesinin mümkün bulunmadığına karar verdi. Bu itibarla *Caparo*'nun sözleşmeye ve tahkim şartına taraf olduğuna karar verilebilmesi mümkün değildi. Bu davada mahkeme, *Caparo*'nun, grup şirketler doktrinine istinaden tahkim yargılamasına taraf sıfatıyla dâhil edilmesini kabul etmemiştir. Davaya konu olaylar çerçevesinde mahkeme *Caparo*'nun tahkim anlaşmasına taraf olmadığına karar vermiş ve İngiliz hukukunda farklı bir sonuca ulaşılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.⁵⁰³

⁵⁰¹ Woolhouse, **Group of Companies**, s.439–442.

⁵⁰² Daniel D. Prentice, “Some Aspects of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol:13, 1999, s.305.

⁵⁰³ Melnyk s.59; Leadley, Williams s.112; Stewart R. Schackleton, “English Arbitration and International Practice”, **International Arbitration Law Review**, Vol:5, No:2, 2002, s.68.

iv. Değerlendirme

Grup şirketler doktrininin uygulanması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde esas teşkil eden gerekçe şöyledir: *uluslararası nitelikli bir sözleşmeye konulan tahkim şartı, sözleşmenin ifasına ve sözleşmeden doğabilecek uyumsuzluğa doğrudan karışan taraflara, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye taraf olmasalar dahi, konuları ve davranışları, tahkim şartının ve kapsamının farkında oldukları varsayımını güçlendirmesi koşuluyla uygulanmasını gerektiren kendine has geçerliliğe ve hükümlere sahiptir.*⁵⁰⁴

Resmî yargıya nazaran istisnaî bir konum arz eden ihtiyarî tahkimin tek dayanağı, tarafların tahkime gitme yönündeki anlaşmasıdır. Böyle bir iradenin ve bu yönde bir anlaşmanın bulunmaması durumunda yürütülen tahkim yargılamasının ve verilen hakem kararının mesnedi kalmaz. Tahkime gitme yönündeki iradenin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulması mümkündür. Yani aslolan, tarafların tahkime gitme iradesinin açık veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulup konulmadığının belirlenmesidir. Buna göre tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut *tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve tarafların tahkime gitmeye rıza gösterdiğini tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan* zımnî bir irade beyanının bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili mümkün değildir.

Mahkemelerin ve hakem heyetlerinin, grup şirketler teorisine istinaden tahkim şartının üçüncü kişilere teşmiline *hükmettiği ve hükmetmediği* davalarda yer verdiği gerekçeleri, bu prensipler doğrultusunda tek tek ele alırsak:

- *Kis France* davasında ana şirketlerin, ticarî ve finansal kararlarına uymak durumunda olan yan şirketlerine karşı hâkim rol oynamasının ve bu anlamda yan şirketlerin, tamamen başkasının emrindeki kişi konumunda bulunmasının, tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik bir irade beyanı yahut bir tutum veya davranış olarak kabulü mümkün olmadığından, yan şirketler tarafından akdedilen tahkim

⁵⁰⁴ Boisseson, Clay s.153.

şartının ana şirkete teşmili için yeterli olmayacağı kanısındayız. Bu bağlamda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 29.1.1996 tarihli kararında yer verilen; grup şirketler doktrininin, tahkime gitme yönünde müstakil bir irade beyanı bulunmadıkça, tahkim şartının grubun diğer bir şirketine teşmilini haklı kılmaya tek başına yeterli olmadığı düşüncesine iştirak ediyoruz.

- *Sponsor AB* davasında: şirketler grubuna ait bazı şirketler tarafından akdedilen tahkim şartının, tahkim şartı ihtiva eden sözleşmenin akdedilmesi, ifası veya feshinde oynadıkları rol yüzünden ve aslında bir şirketler grubunun, her bir şirketin gruptan bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen, varlığı uluslararası ticarî örf âdet tarafından tanındığı için mahkemelerce nazara alınması zorunlu olan tek bir ekonomik realiteye sahip bulunduğu gerekçesiyle, grubun diğer şirketlerine teşmilini yerinde bulmamaktayız. Benzer şekilde *Smith/Enron* davasında; yan şirketler arasındaki menfaat özdeşliğinin ve gruba dâhil şirketlere tek bir birim muamelesi yapılmasının, tahkim şartının üçüncü kişilere teşmilinin gerekçesi olarak kullanılmasını doğru bulmuyoruz. Zira tahkim şartı ihtiva eden sözleşmenin akdedilmesi, ifası veya feshinde oynadıkları rol sadece esas sözleşmeye yönelik hareketler olarak değerlendirilebilir; tahkim şartına yönelik rıza anlamına gelecek bir irade beyanı yahut tutum veya davranış bulunmamaktadır. Şirketler arasında menfaat özdeşliği bulunması da bu sonucu değiştirmez. Ayrıca bir şirketler grubuna dâhil şirketlerin, *ekonomik* bakış açısıyla tek bir birim olarak görülmesi, hukuken farklı tüzel kişilikler teşkil eden bu şirketlere *hukukî* açıdan tek bir birim muamelesi yapılmasını gerekli kılmaz. Bu konuda: aralarında kurumsal bağlar bulunduğu, aslında tek bir kimliğin mevcut olduğu ve ikinci şirketin tamamen birinci şirkete bağlı bulunduğu ileri sürülen iki şirketin hukuken birbirinden bağımsız olduğuna; sözleşmenin kurulmasından sonra ikinci davalının, tahkim anlaşmasına taraf olduğu ve bu yüzden de onu onaylayacağı izlenimi biracak surette davrandığı iddiası hakkında, ikinci davalının başkanının, sözleşmeyi ve davacıya yazdığı mektupları birinci davalının nam ve hesabına imzaladığı ve ayrıca anlaşmanın ifası bakımından ikinci davalının tarafında bulunduğu müdahalelerin, hukukî açıdan, anlaşmanın onaylanması olarak kabul edilemeyeceğine hükmedilen 4504 sayılı ICC kararını yerinde buluyoruz.

- *Dow Chemical* davasında: alıcının bireysel şirketlerle değil bir gruba alışveriş yapması; grubun, gruba dâhil şirketlerden işin yerine getirilmesi bakımından en uygun olanlarını kullanması ve bu şirketlere grubun diğer birimlerine ait hakları kullanma izni vermek suretiyle görevini en randımanlı biçimde örgütlemesi; gruba dâhil şirketlerin, sözleşmenin müzakere edilmesi veya yürürlüğe konulması safhalarında aktif biçimde yer alması bize göre tahkim şartının üçüncü kişiye teşmili için yeterli değildir. Çünkü bahse konu hareketlerin hiçbiri, tahkim anlaşmasına *açıkça* yahut tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* rıza gösterildiği sonucunu doğuracak nitelikte değildir. 6673 sayılı ICC davasında, ana şirketin, sözleşmeye taraf olmamasına rağmen, sözleşmeye konu *know-how* lisansının sahibi olduğu ve dolayısıyla davalıya atfedilen ihlâller yüzünden zarara uğradığı iddiası hakkında belirtildiği üzere; davacının, lisansı davalıya verilen fikrî mülkiyet haklarına sahip olabilmesi, uyuşmazlığın kaynaklandığı ve tahkim şartı içeren anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerin sahibi hâline getirmez.
- *Korsnas Marma* davasında: bir sözleşmenin ifasında doğrudan rol oynayan kişilerin bu sözleşmeden kaynaklanacak bir uyuşmazlıkta tahkim şartından haberdar olmamalarının mümkün olmamasının, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili için yeterli sayılmasını yerinde bulmamaktayız. Tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmenin ifasında rol oynaması ve bundan ötürü, tahkim şartından haberdar olmadığına öne sürülemeyeceği varsayımının, tahkim anlaşmasına yönelik *açık* veya *zımnî* bir irade beyanının yerini tutması mümkün olmadığından, tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili için yeterli değildir. Benzer şekilde 6519 sayılı ICC davasında verilen ve tahkim şartının, grup şirketler teorisine istinaden, şirketler grubunun, sözleşmenin imzalanmasıyla sonuçlanan müzakerelerde etkin biçimde rol oynayan veya protokolle doğrudan ilgili olan şirketlerine uygulanabileceğini öngören hakem kararına katılmıyoruz. Bu konuda, 4972 sayılı ICC kararında yer verildiği üzere: sözleşmenin müzakerelerinde ve ifasında oynadığı rolün, üçüncü kişiyi tahkim anlaşmasının tarafı hâline getirmeyeceği kanaatindeyiz.
- *Sunkist Growers* davasında yer verilen, şirketler arasındaki yakın ilişki ve üçüncü kişi konumundaki ana şirketin sözleşmedeki yükümlülük ve görevlerinde iddia edilen kusurlar arasındaki bağlantının; *J.J. Ryan & Sons* davasında yer verilen:

ana şirkete ve yan şirketine yönelik iddiaların aynı vakıalara dayanmasının ve tabiatları itibariyle birbirlerinden ayrılamıyor olmasının, ana şirketin mahkemeye gitmeye zorlanması hâlinde tahkim yargılamasının anlamsız kalmasının ve tahkim yanlısı federal politikaya karşı gelinmiş olunmasının tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili için yeterli olması mümkün değildir. Tahkim anlaşmasına yönelik *açık* yahut *zımnî* bir irade beyanı bulunmadıkça tahkim şartının üçüncü kişilere teşmil edilme imkânı yoktur ve bir ülkede hâkim olan tahkim yanlısı politika dahi, tahkime gitmeye rıza göstermeyen kişilerin tahkime tâbi kılınmasını haklı gösteremez. Bu konuda; *Wharf Cable*'ın diğer *Wharf* şirketlerinden farklı bir hukukî varlık olması ve tahkim şartını içeren sözleşmenin, ana şirket veya diğer yan şirketler değil, bizzat *Wharf Cable* tarafından imzalanmış bulunması karşısında tahkim şartının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olmadığı ve tahkim yanlısı politikanın dahi bu sonucu değiştirmeyeceği sonucuna varılan *Wharf* kararını destekliyoruz.

- *Concordia Project Management* davasında, tahkim şartının teşmili konusundaki liberalleşmeye ve teşmilin vuku bulmaması hâlinde uyuşmazlığın hakkaniyetsiz bir neticeyle sona ereceği endişesine istinaden vuku bulan teşmil, tahkimin akdî / ihtiyarî yapısının görmezden gelinmesi veya ikinci plana atılmasından ötürü tahkim müessesesinin yozlaştırıldığı endişesi duymamıza neden olmaktadır.
- 1434 sayılı ICC davasında görüldüğü üzere: alıcının bireysel şirketlerle değil, bir grupla alışveriş yapmasının; grubun, gruba dâhil şirketlerden işin yerine getirilmesi bakımından en uygun olanlarını kullanmasının; satıcı veya sağlayıcı ifayı garanti ettiği takdirde alıcının, karşı tarafta hangi birimlerin hangi edimleri yüklediğini sorgulayacak durumda olmamasının tahkim şartının üçüncü kişiye teşmilini temin etmeyeceği kanaatindeyiz. Bu konuda, 4402 sayılı ICC davasında benimsenen, hiç kimsenin, rızası hilâfına, doğal hâkiminden mahrum bırakılamayacağı, yan şirketin tahkim anlaşmasına ve tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeye bizzat veya bir temsilci marifetiyle taraf olmadığını, anlaşmanın imzalanması esnasında davacıların, işin ana şirket tarafından değil, yan şirket tarafından ifa edileceğini bildikleri ve ana şirketi anlaşmaya dâhil etme niyetine sahip olmaları hâlinde imzadan önce bunu yapmalarının gerektiği yönündeki düşünceye iştirak ediyoruz.

- 5730 sayılı ICC davasında: *Bay (A)*'nın sahip olduğu tüm şirketlerin, üçüncü kişilerin gözünde, ona bağlı şirketler grubunu oluşturduğu; *Bay (A)*'nın, üçüncü kişilerin gözünde, farklı şirketleri arasında karmaşa yarattığı ve özellikle çeşitli şirketlerin yönetim ve hesaplarının hiç durmadan karıştığı ve davacının baştan itibaren *girişim (C)* ile ve dolayısıyla *Bay (A)* ile iş yaptığı gerekçeleriyle *Bay (A)*'ya teşmil edilmesini doğru bulmuyoruz. Bize göre tahkimin kaynağı, kişilerin üçüncü kişilerin gözünde oluşturdukları izlenim değil, tahkim anlaşmasıdır ve bir hile yahut suistimalin söz konusu olması da tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini temin etmez.
- *Holiday Inn* davasında: sözleşmenin müzakerelerinin, yan şirketin henüz kurulmadığı dönemde ana şirket tarafından yürütülmesinin ve sözleşmenin tarafı olmayan ana şirketin, tahkim şartı içeren sözleşmenin yan şirketi tarafından ifasını garanti etmesinin; müzakereler ana şirket tarafından yürütülmesine rağmen sözleşme yan şirket tarafından akdedildiği için ve garanti taahhüdünün kapsamına tahkim şartına taraf olmanın girdiğinin açık ve net olmaması karşısında, yan şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının ana şirkete teşmili için yeterli olmadığı kanısındayız.
- *Marine Drive Complex* davasında: *Bay (B)*'nin, tahkim anlaşmasına taraf olan şirketin başhissedarı ve başkanı olması ve projenin yönetim ve finansmanında başrolü oynamasının, tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik bir irade beyanı yahut bir tutum veya davranış olarak kabulü imkânı bulunmadığı için, tahkim şartının başhissedara teşmili için yeterli olmayacağı kanısındayız.
- 2375 sayılı ICC davasında: ana şirketlerin, sadece kendileri için değil, aynı zamanda yan şirketleri için de açıkça taahhütte bulunması ve (B) ile (D) tarafından imzalanan protokolden, her iki grubun hükmeden ve hükmedilen şirketlerinin birbirinden ayrılmaz surette bağlandıkları bir bütün, karmaşık bir hak ve yükümlülükler şebekesi oluşturdukları sonucunun çıkması karşısında, sözleşmede yer alan tahkim şartının bu karmaşık bağlantılardan izole edilmesinin makûl bulunmaması yönündeki karara iştirak etmiyoruz. Bu konuda, numarasını bilmediğimiz ICC kararında görüldüğü üzere; mahallî mevzuatlara uygunluğu sağlamak amacıyla ana şirketlerin yurt dışında yan şirketler kurmalarının, ana şirket ile yan şirket arasında bütünsel bir özdeşlik bulunduğu veya yan şirketin

ana şirketin temsilcisi olarak hareket ettiği sonucuna götürmeyeceği; (1)nolu davalının çalışanlarının, (2)nolu şirketin yönetim kurulu üyesi olmasının, (1)nolu şirketin, sözleşmenin ifası esnasında (2)nolu davalı namına müdahalede bulunmasının ve bazı toplantıların (2)nolu davalının ofisinde yapılmış olmasının, (1)nolu davalının kendi yönetici kadrosuna ve personeline sahip bulunması karşısında bu sonucu etkilemeyeceği ve tarafların, sözleşmeden doğan statülerini değiştiremeyeceği düşüncesine katılıyoruz.

- *Thixomat* davasında görüldüğü üzere; taleplerin, âkit tarafların yükümlülükleriyle içiçe geçmiş olmasının ve biri mahkemelerde diğeri tahkimde yürütülecek birbirinin kopyası iki yargılama yerine tek bir tahkim yargılamasının daha makûl bulunmasının, tahkim şartının üçüncü kişiye teşmili için gerekçe yapılmasını hatalı buluyoruz. Resmî yargıda ileri sürülen taleplerin, tahkim anlaşmasına taraf olanların yükümlülükleriyle içiçe geçmiş olması, tahkim anlaşmasına tâbi olmaya yönelik bir irade beyanı bulunmadıkça, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili için yeterli gerekçe teşkil etmez. Öte yandan, usûl ekonomisine ait görünen ve çatışan kararların ortaya çıkmaması gagesine yönelen birinci gerekçenin de, tahkime yönelik açık yahut zımnî bir irade beyanı bulunması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi tahkimin akdî/iradî yapısına zarar verecek nitelik taşıdığı kanısındayız.
- *Lawson Fabrics* davasında: davacının davalı şirket aleyhindeki taleplerinin çözümünün, davalının ana şirketi aleyhine mahkemede ileri sürülen taleplerin çözümüne bağlı olması ve ana şirket aleyhindeki taleplerin mahkemede görülmesine müsaade edilmesinin, esasen tahkime tâbi bulunan talepler için mahkemelerin yetkisinin hayata döndürülmesi anlamına geleceği gerekçesiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edilmesini doğru bulmuyoruz. Bize göre bir uyuşmazlığın tahkim marifetiyle çözülebilmesi için hem bahse konu uyuşmazlığın ve bu uyuşmazlığın konusunu teşkil eden hukukî ilişkinin tahkim anlaşmasının kapsamına girmesi, hem de uyuşmazlığın taraflarının bu uyuşmazlığı tahkime götürmeye rıza göstermiş olması şarttır. Bu iki şart birarada bulunmadıkça, bir uyuşmazlığın tahkime götürülmesi mümkün değildir. Uyuşmazlık konusu hukukî ilişki tahkim şartının kapsamına girmekle beraber,

uyuşmazlığın tarafı olan kişiler tahkime gitme iradesini ortaya koymamışsa, bu kişiler bakımından resmî yargıya gidilmesi kaçınılmazdır.

- *Peterson Farms* davasına konu hakem kararında belirtildiği üzere: *Peterson*'un, sözleşmenin müzakereleri ve inikadı esnasında *C&M şirketler grubu*yla iş yaptığı farkında olmasının ve asıl niyetinin *C&M şirketler grubu*yla anlaşma yapmak olmasının, fakat *C&M şirketler grubu* hukukî bir kişiliğe sahip olmadığı ve bu nedenle kendi adına sözleşme yapamayacağı için, *C&M Farming şirketinin*, sözleşmeyi, *C&M şirketler grubunun* adına ve onların temsilcisi olarak akdetmiş bulunmasının; *Peterson*'un, bir bütün olarak gruba sözleşme akdettiğini ve sözleşme konusunun, *C&M şirketler grubuna* üye tüm şirketlerin dâhil olduğu bir birleşik operasyonda kullanılacağını bilmesinin; sözleşmenin müzakeresi, ifası ve feshindeki koşullar tarafların müşterek iradelerinin üçüncü kişileri anlaşmayla bağlamak yönünde olduğunu ortaya koyduğu takdirde, şirketler grubuna dâhil bir şirket tarafından akdedilen bir tahkim anlaşmasının şirketler grubunun diğer şirketlerini de bağlayacağı yönündeki yaklaşımın, bir şirketler grubu tek bir ekonomik bütün teşkil ettiği için, tüm tarafların müşterek iradesine ve uluslararası ticarî örf ve âdetlere uygun olduğu takdirde, gruba dâhil bir şirket tarafından akdedilen bir sözleşmenin, grubun diğer üye şirketlerini de bağlayabileceği görüşüne katılmıyoruz. Bu bakımdan, 9517 sayılı ICC davasında benimsenen; üçüncü kişilerin, bir sözleşmeye ve bu sözleşmede yer alan tahkim şartına taraf olduğunun kabulü için, bütün tarafların ve üçüncü kişinin, zımnî de olsa, müşterek iradelerinin mevcudiyetine ilişkin delillere ihtiyaç bulunduğu, ne var ki tahkim anlaşmasının taraflarının ve üçüncü kişilerin aynı gruba üye olmasının veya bir hissedarın hâkimiyetinin, tahkim şartının üçüncü kişiye teşmilini haklı kılmaya yeterli olmayacağı yönündeki görüşe iştirak etmekteyiz.
- Uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin tarafı olmayı seçebilecek durumda bulunan ana şirketin, bunun yerine, kendi menfaatini düşünmenin bir sonucu olarak, bu işlemi bir yan şirketi vasıtasıyla yerine getirmeyi, sözleşmenin ifasından uzak kalmayı ve sadece gözetim rolünü üstlenmeyi tercih etmesi karşısında; şimdi sadece menfaati gerektiriyor diye bu sözleşmede yer alan tahkim şartına istinat etmesine müsaade edilemeyeceği sonucuna varılan *Adams v. Cape Industries* kararına iştirak ediyoruz.

Kanatımızca grup şirketler teorisi, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne yönelik iradenin ortaya konulması zorunluluğunu ortadan kaldıracak kuvvete sahip değildir. Meselenin çözümünde odak noktası, Alman hukukunda kabul edildiği üzere, tahkim anlaşması yapma niyetinin bulunup bulunmadığı ve böyle bir niyetin bulunması hâlinde ise bunun gerektiği gibi ortaya konulup konulmadığı olmalıdır. Bir diğer ifadeyle tahkim anlaşmasına yönelik iradenin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmamak kaydıyla *zımnen* ortaya konulması gerekmektedir. Bu husustaki ispat külfeti, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edilmesi gerektiğini iddia eden tarafa aittir.⁵⁰⁵ Bu bağlamda, bazı kararlarda yer verildiği üzere, *tahkim şartından haberdar olunduğunun* ortaya konulması yeterli olmayacaktır. Tahkim anlaşmasına yönelik iradenin tereddüde mahâl bırakmayacak surette zımnen ortaya konulmuş olduğunun kabulü için, iradeyi ortaya koyduğu kabul edilen tutum ve davranışların *tahkim anlaşmasına yönelik* olması gereklidir; tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmeye yönelen tutum ve davranışlar, tahkim anlaşmasının geçerliliğini temin etmeyecektir.

Bu itibarla tahkim anlaşmasının, grup şirketler teorisine istinaden üçüncü kişilere teşmil edildiği bir tahkim yargılamasının ve böyle bir yargılama neticesinde verilen hakem kararının hukukî mesnedi bulunmamaktadır ve verilen hakem kararı, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmayışından ötürü mahkemelerce iptal edilmeli yahut tenfizi talep edilmişse bu talep reddedilmelidir.

Grup şirketler teorisinin ortaya çıkmasına neden olan: ticarî teşebbüslerin, ticarî faaliyetlerini, bir ana şirketin ve birden çok *yan* şirketin yer alması şeklinde yapılandırması; bunların bazılarında yan şirketler tamamen farklı sahalarda faaliyet göstermekteyken; bazılarında ise sadece ana şirketleri tarafından yapılan geniş kapsamlı bir işin bir kısmını, ana şirketin talimatları doğrultusunda hareket etmek üzere üstlenmesi; finansal, vergisel, hukuksal sorumluluğa veya muhasebeye ilişkin olan ve diğer ticarî nedenler yüzünden, sözleşmeyi imzalayan şirket veya şirketlerle

⁵⁰⁵ Jarvin, **Group of Companies**, s.204; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.297.

onu ifa eden şirket veya şirketlerin her zaman aynı olmaması gibi nedenlerin geçerliliğine ise *Adams v. Cape Industries* kararında zikredilen şu gerekçeyle karşı çıkmaktayız: “*Arzu edilsin yahut edilmesin, şirket yapısını bu surette kullanma hakkı şirketler hukukunda mevcuttur.*” Bu gibi durumların ortaya çıkması hâlinde diğer âkit taraf, ileride doğabilecek uyuşmazlıklarda ana şirketin veya yan şirketlerin de tahkim yargılamasında taraf olarak yer almasını arzu etmekteyse, tahkim anlaşmasının, bu sonucu temin edecek surette kaleme alınmasını sağlamalıdır.

d. Ortaklık İçi Tahkim Anlaşmalarının Üçüncü Kişi Konumundaki Üyelere Teşmili

Ortaklık içi ilişkilerin uzun süreli hukukî ilişki niteliği taşıması, genelde karmaşık bir yapıya sahip olması ve aynı zamanda içe dönük bir nitelik arz etmesi nedeniyle, bu tür ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından bir tahkim anlaşması akdedilmesi, başta Almanya ve İsviçre’de olmak üzere⁵⁰⁶ makûl karşılanmakta ve sıkça vuku bulmaktadır.⁵⁰⁷

Ortaklık içi tahkim anlaşması, bir ticarî ortaklığın üyelerinin, ortaklık sözleşmesine koyduğu tahkim anlaşmasıdır. Bu anlaşmaya göre, *ortaklık dâhilinde* ortaya çıkan bütün uyuşmazlıklar mahkemelerin yetkisinden alınarak hakemlerin yetkisi dâhiline sokulmaktadır. Bu tür tahkim anlaşmalarının ortaklık tüzüğüne konulması da mümkündür. Bütün bu durumlarda, tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasını kabul etmeyen yeni ortaklara veya üyelere teşmil edilip edilmeyeceği önemli bir mesele olarak ortaya çıkmış olur. Meselâ bir ortağın, sahip olduğu hisseyi bir üçüncü kişiye devretmesi hâlinde, yeni ortağın tahkim şartıyla bağlı olup olmadığı sorusu ortaya çıkar. Ayrıca bir ortaklığın hissedarları arasında şöyle bir sorun da doğabilir: tüzükte değişiklik yapmaya yetecek sayıda çoğunluk tarafından, ortaklığın iç işleyişine ilişkin tüm uyuşmazlıkları tahkime havale eden bir tahkim

⁵⁰⁶ Raeschke-Kessler s.59–60.

⁵⁰⁷ Günther R. Roth, “Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen”, **Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag**, Aschendorff Verlag Münster, 1987, s.318.

şartının kabul edilmesi hâlinde, tahkim şartının kabul edilmesine karşı çıkanlar bu tahkim şartıyla bağlı olacak mıdır?⁵⁰⁸

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 10. kitabında (§1025–1066) yer alan Alman tahkim mevzuatı yenilenmiş ve UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alan yeni mevzuat 1.1.1998'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Yeni mevzuat, ortaklık içi uyuşmazlıklara ilişkin hükümler ihtiva etmemesi nedeniyle eleştirilmiştir.⁵⁰⁹ Alman ortaklık hukuku doktrininde, ortaklığa sonradan dâhil olan kişilerin ortaklık tüzüğünde daha önceden mevcut bulunan tahkim şartıyla bağlı olacakları kabul edilmektedir.⁵¹⁰ Bu durum, Alman Yüksek Mahkemesinin, eski tahkim mevzuatı çerçevesinde geliştirdiği bir yaklaşımla gerekçelendirilmektedir: tahkim anlaşması, ortaklık sıfatının talî ve fer'i nitelikteki bir hakkı olarak kabul edilir ve Alman Medenî Kanunu⁵¹¹ §401 hükmünün altında yatan temel prensibe istinaden, ortaklık sözleşmesine bağlı olarak otomatikman intikal ederek tüm yeni ortakları bağlar.⁵¹² Bahse konu hükme göre, haklar, temlik eden ve temellük eden arasında yapılacak bir sözleşme ile temlik edilebilir ve bir kişinin hak ve yükümlülüklerini halefiyet yoluyla elde eden kişi de tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelir. Tahkim anlaşması, yeni ortağa geçen hakkın bir vasfı kabul edilmekte ve bahse konu hakka eklenerek bu hakla birlikte intikal etmektedir. Bu yüzden, bir ortaklığa ait bir hissenin hamili hâline gelen kişi, kendisinden önce ortaklık sözleşmesine konulmuş bulunan ortaklık içi tahkim anlaşmasıyla bağlı olacaktır.⁵¹³ Bir diğer gerekçe olarak, yeni hissedarın, tüzüğe göz atmak suretiyle tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden haberdar olma imkânına sahip bulunması gösterilmektedir.⁵¹⁴ Ne var ki; ortaklık içi tahkim anlaşmasının yeni ortaklara teşmilinin, sadece ortaklık alanına ait haklar bakımından söz konusu olduğu ve ortaklık alanı dışında kalan hakları kapsamayacağı

⁵⁰⁸ Wenger s.332, 352; Sandrock, **Non-Signatories under German Law**, s.423–424.

⁵⁰⁹ Karsten Schmidt, "Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht als prozessuale Legitimationsprobleme – Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht", **BB**, 2001, s.1857.

⁵¹⁰ Lörcher, Lörcher, Lörcher s.12–13.

⁵¹¹ <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>

⁵¹² Sandrock, **Non-Signatories under German Law**, s.427–428.

⁵¹³ Sandrock, **Non-Signatories under German Law**, s.432–433.

⁵¹⁴ Sandrock, **Non-Signatories under German Law**, s.434–435.

unutulmamalıdır.⁵¹⁵ Aksi görüş ise BGB §401 hükmünün burada uygulanma alanı bulmayacağını; tahkim şartının, ‘hissedar’ statüsünün eki olarak görülemeyeceğini; mevcut bir ortaklığa sonradan hissedar olunması hâlinde mevcut bir hissedarlık statüsünün devralınmasının değil, yeni bir hissedarlık statüsünün tesisinin söz konusu olduğunu ve yeni hissedarların halef olmadığını savunmaktadır.⁵¹⁶

Ortaklık tüzüğünde yer alan tahkim şartı bakımından ortaya çıkan diğer bir mesele, ortaklık organize edildikten sonra tüzüğe konulan bir ortaklık içi tahkim anlaşmasının, genel kurulda tahkim anlaşmasının kabul edilmemesi yönünde oy kullanan bir hissedarı bağlayıp bağlamayacağıdır. Kural olarak, ortaklık tüzüğüne konulan tahkim şartına muhalefet eden tarafların bu tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacakları kabul edilmektedir.⁵¹⁷ Zira bu durumda, itirazda bulunan üyenin kendisini bir hakem heyetinin yargılama yetkisine tâbi kılmaya yönelik bir beyanda bulunmadığı aşikârdır. Aksine, tahkim şartını açıkça reddetmiştir. İmparatorluk Mahkemesinin⁵¹⁸ ve daha sonra Federal Mahkemenin⁵¹⁹ benzer sonuçlara vardığı iki kararda, bir kurumun kuruluş sözleşmesinde veya tüzüğünde yer alan ve kurumla üyeleri arasında doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören bir tahkim şartı bakımından, bu tahkim şartının sözleşmeye veya tüzüğe konulmasında iradeleri bulunmayan üyelerin, üçüncü kişi lehdar niteliği taşıdıklarına karar verilmiştir.⁵²⁰ Öte yandan Alman Yüksek Mahkemesinin, birlik içi tahkim anlaşmaları konusundaki 2000 tarihli kararının⁵²¹, ortaklık içi tahkim anlaşmalarına kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir.⁵²² Karara konu olayda, Alman çoban köpeklerinin yetiştirilmesine ilişkin bir birlik ile üyelerinden biri arasında bir uyuşmazlık doğmuştur. Bu üyenin mahkemede dava açmasından önce yapılan genel kurul toplantısında çoğunluk kararıyla birlik içi tahkim anlaşması kabul edilmiştir.

⁵¹⁵ Sandroock, **Non–Signatories under German Law**, s.436 ve aynı yerde dn.44.

⁵¹⁶ Mathias Habersack, “Die Personengesellschaft und ihre Mitglieder in der Schiedsgerichtspraxis”, **SchiedsVZ**, 2003, Heft:6, s.244.

⁵¹⁷ Lörcher, Lörcher, Lörcher s.12–13.

⁵¹⁸ **RGZ** 108, s.374.

⁵¹⁹ 48 **BGHZ** s.35, 43.

⁵²⁰ Schlosser s.323; Schütze, Tscherning, Wais s.31; Sandroock, **Group of Companies**, s.636–637.

⁵²¹ 144 **BGHZ** s.146.

⁵²² Sandroock, **Non–Signatories under German Law**, s.436–437.

Birlikle çatışan üye bu tahkim anlaşmasına karşı oy kullanmıştır. Alman Yüksek Mahkemesi, tahkim anlaşmasının, sadece lehte oy kullanan üyeler bakımından bağlayıcı olabileceği ve tahkim anlaşmasının aleyhinde oy kullanan üyenin, tahkime gitme iradesine hiçbir zaman sahip olmadığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığına karar vermiştir.⁵²³ Buna karşılık aksi görüşe göre, ortaklık sözleşmesine yahut tüzüğüne sonradan tahkim şartı konulması, taraflarca aksi öngörülmedikçe, mevcut sözleşme veya tüzükte değişiklik yapılmasına ilişkin genel kurallara tâbidir ve bu şekilde benimsenen bir tahkim şartı bütün hissedarları bağlayacaktır.⁵²⁴

İsviçre hukukunda, ortaklık tüzüğünde yer alan hükümlerin bağlayıcılığının, sözleşmeden değil ortaklık hukukuna has bazı yöntemlerden kaynaklandığı ve bu itibarla bu hükümlere rıza göstermeyen kişileri de bağlayacağı kabul edilmektedir. Bu prensibin ortaklık tüzüğünde yer alan tahkim anlaşmaları bakımından da cari olup olmadığı tartışmalıdır. Hisse alımı suretiyle ortaklığın yeni hissedarı hâline gelen bir kişinin, ortaklık tüzüğü hükümlerine ve dolayısıyla bu hükümler arasında yer alan tahkim şartına rıza gösterdiği kabul edilmektedir.⁵²⁵

Meseleyi açık bir hükümle düzenlemeyi tercih eden İtalyan hukukunda, 1.1.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Ortaklık Usûl Kanunu m.34 hükmü uyarınca, ortaklık tüzüğüne konulan tahkim anlaşmaları bütün ortak ve hissedarlar bakımından bağlayıcıdır.⁵²⁶ Benzer şekilde Polonya Medenî Usûl Kanunu⁵²⁷ hükümlerine göre, ortaklık tüzüğünde yer alan tahkim şartları bütün ortaklar ve hissedarlar bakımından bağlayıcıdır.⁵²⁸ Ne var ki bu durumlarda ihtiyarî tahkimden söz edebilmek kanımızca mümkün değildir.

Türk hukukunda, ortaklık içi tahkim anlaşmalarının hukukî rejimini tayin eden yasal hükümler bulunmamaktadır. Bu itibarla, ortaklık içi tahkim

⁵²³ Sandrock, **Non-Signatories under German Law**, s.437-438.

⁵²⁴ Habersack s.245.

⁵²⁵ Wenger s.332, 352-353.

⁵²⁶ Anglani s.117.

⁵²⁷ <http://bap-ppsp.lex.pl/serwis/kodeks/akty/64.43.296.htm>

⁵²⁸ Hartung, Petruczenko s.172.

anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmil edilip edilemeyeceği sorusunun cevabı, tahkim hukuku çerçevesinde verilmek durumundadır.

Ortaklık içi tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili meselesi, tahkim anlaşmasına tâbi bulunan bir ortaklık hissesinin üçüncü kişilere devri yahut ortaklık tüzüğüne oyçokluğuyla konulan tahkim şartının, oylamada muhalif oy kullanan ortaklar bakımından geçerli olup olmadığı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Birinci durumda tipik bir cüzî halefiyet hâli söz konusu olduğundan dolayı, çalışmamızın cüzî halefiyetle ilgili kısmında vardığımız sonuçlara atıfta bulunmakla yetiniyoruz. İkinci mesele bakımından, ortaklık tüzüğüne konulan tahkim şartının, ortaklık hukukuna ait prensiplerden ötürü, oylamada tahkim şartına muhalefet eden ortakları da bağlaması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Zira ortaklık içi tahkim anlaşmaları bakımından da, tahkimin akdî/ihtiyarî yapısını görmezden gelmenin yahut tahkimin iradî niteliğinden ayrılmanın mümkün olmadığı ve tahkime gitme iradesine sahip bulunmayan, hele ki ortaklık tüzüğüne konulan tahkim anlaşmasını kabul etmeme yönündeki iradesini, aleyhte oy kullanmak suretiyle açıkça koymuş bir kişinin tahkim şartıyla tâbi tutulma imkânı bulunmadığı kanaatindeyiz. Bu bakımdan tahkim şartına açıkça yahut zımnen rıza göstermeyen hissedarların, tahkim şartı bakımından üçüncü kişi lehdar statüsünde bulunduğunu kabul etmek de mümkün değildir. Bu itibarla tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasına rıza göstermeyen hissedarlara teşmil edildiği bir tahkim yargılamasının ve böyle bir yargılama neticesinde verilen hakem kararının hukukî dayanağının bulunmadığı ve verilen hakem kararının, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmayışından ötürü, mahkemelerce iptal edilmesi yahut tenfizinin reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. Halefiyet

a. Genel Olarak

Küllî yahut cüzî devirler vuku bulduğunda, devire konu hakka ilişkin bulunan tahkim şartının taraflarının kim olduğu sorusuyla karşılaşılmaktadır: (A)'nın, (B) ile akdettiği ve tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmeyi (C)'ye devretmesinden sonra bir uyumsuzlıkla karşılaşılmaması hâlinde (B)'ye karşı tahkim yoluna başvuracak kişinin,

sözleşmenin yeni tarafı sıfatıyla ve bundan ötürü tahkim şartının da yeni tarafı olarak (C) mi, yoksa tahkim şartının kuruluşunda aslolan irade beyanının sahibi (A) mı olduğu tereddüt uyandırmaktadır.⁵²⁹

Halefiyet, genel olarak, selefın haklarının, borçlar hukukuna ait bir işlemle halefe devri olarak görülmekte ve tahkim anlaşması, ileri sürülen maddî talebi takip eden bir hüküm olduğu için, tahkim anlaşmasıyla bağlanmaya yönelik ayrı bir irade açıklaması gerekli görülmemektedir.⁵³⁰ Doktrinde, küllî halefiyet ile cüzî halefiyet arasında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde bir vasıta olmak bakımından bir fark bulunmadığı; gerek bir malvarlığının bütünüyle üçüncü kişilere geçtiği küllî halefiyette, gerekse alacağın temlik gibi cüzî halefiyet hallerinde, tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan haleflerin, kendilerinin yahut sözleşmenin diğer tarafının muvafakati aranmaksızın otomatikman tahkim anlaşmasının tarafı hâline geleceği ileri sürülmektedir.⁵³¹ Zira küllî yahut cüzî halefiyet hallerinde halef, selefın sahip olduğu dava hakkına aynı şekilde sahip olacağı ve halefiyet yalnız maddî hukuk yönünden değil usûl hukuku yönünden de hakların halefe geçmesi sonucunu doğuracağı için, selefın akdetmiş bulunduğu tahkim şartına dayanarak halefin tahkim yargılamasında davacı veya davalı olarak yer alabileceğinin kabulü gerekir.⁵³²

Buna karşılık, meselâ İsviçre hukukunda, bir kişinin, bir başka kişinin hukukî durumunu elde ettiği halefiyet neticesinde, bu hukukî durumun kapsamına tahkim şartının da girip girmediği sorusuna verilecek cevabın, tarafların iradesine dayanması gerektiği kabul edilmektedir. Taraflar eğer kişisel ilişkileri yahut kişisel özellikleri yüzünden tahkim anlaşması yapmışlarsa veya aralarındaki hakkın, birbirlerinin rızası bulunmaksızın halefiyete konu yapılmayacağını kararlaştırmışlarsa, tahkim anlaşmasının halefiyet esasına binaen intikal etmeyeceği kabul edilmektedir. Buna

⁵²⁹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.263.

⁵³⁰ Hosking, **Third Party**, s.509; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.81.

⁵³¹ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.VI, İstanbul, 2001, s.5982; Keser Berber s.100, 221–222; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.264.

⁵³² Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s.212.

karşılık tahkim şartının, halefiyete konu haktan ayrılmasının mümkün olmadığı hallerde tahkim şartının halefe intikal edeceği kabul edilmektedir.⁵³³

b. Küllî Halefiyet

i. Genel Olarak

Küllî halefiyet, '*malvarlığının hak ve borçlarıyla birlikte bir bütün olarak intikali*' şeklinde tarif edilmektedir.⁵³⁴ Bu hak ve borçların arasında tahkim anlaşmasına tâbi bulunanlar söz konusu olduğunda, tahkim anlaşmasının akıbeti tereddüt konusu olmaktadır.

Bu başlık altında ele alınacak meselelerin başında, tahkim anlaşmasının gerçek kişi tarafından akdedilmesi ve bu gerçek kişinin ölmesi hâlinde tahkim anlaşmasının mirasçılara intikal edip etmeyeceği gelir. Tahkim anlaşmasının bir şirket tarafından akdedilmesi ve daha sonra bu şirketin, şirket evliliği yahut nevi değiştirme gibi muamelelere konu teşkil etmesi gibi hallerde tahkim anlaşmasının akıbetinin ne olacağı da bu kapsamda ele alınacaktır. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin söz konusu olduğu hallerden biri de iflâstır. İflâs eden tarafın akdetmiş bulunduğu bir tahkim anlaşmasının iflâstan nasıl etkileneceği sorusuyla karşılaşılır. Acaba tahkim yargılamasını, iflâs eden tarafın yerine iflâs masasının yürütmesi hâlinde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili mi söz konusudur?

ii. Anglo Sakson Hukuku

İngiliz hukukunda ölüm, önceleri tahkim anlaşmalarının infisahına yol açmaktaydı. Bu kural 1934 tarihli reform kanunuyla değiştirilmiş, bu değişikliğin tahkim bağlamındaki etkisi 1950 tarihli Tahkim Kanununda yer bulmuş ve 1996 tarihli Tahkim Kanununda da yer almıştır. 1996 tarihli düzenlemenin, 1950 tarihli düzenlemeden farkı, taraflarca aksinin kararlaştırılabilesidir. 1996 tarihli Tahkim

⁵³³ Wenger s.353–355.

⁵³⁴ Oğuzman, Öz s.198.

Kanunu §8 hükmü uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırmadıkça, tahkim anlaşmaları, taraflarının ölmesiyle infisah etmez ve ölenin mirasçılarını bağlar.⁵³⁵

Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin iflâsı, tahkim anlaşmasının ve tahkim anlaşmasının ilişkin olduğu esas sözleşmenin infisahına neden olmaz. Bununla birlikte iflâs idaresi, kârlı bulmadığı sözleşmeleri reddetme hakkına sahiptir ve iflâs idaresinin bir sözleşme hakkındaki onay veya ret kararı, bu sözleşmeye ilişkin tahkim şartının mukadderatını da tayin eder. İflâs idaresi sözleşmeyi onayladığı takdirde, sözleşmeye ilişkin tahkim şartı da iflâs idaresine karşı veya iflâs idaresi tarafından icra edilebilir. Fakat bu hükümler tahkim anlaşmasının iflâstan sonra yapılmış olması hâlinde uygulanma alanı bulmaz. İflâs prosedürü başladıktan sonra, hakkında iflâs talep edilenin malvarlığı dondurulur ve malvarlığını etkileyecek sözleşme akdetme yetkisi ortadan kalkar; meğerki mahkemenin veya iflâs idaresinin izni alınmış olsun.⁵³⁶

ABD hukukunda, *Corcoran v. Ardra Insurance Co Ltd* davasında⁵³⁷ ortaya çıkan mesele, acz hâlindeki bir sigorta şirketinin iflâs masasının, acz hâlindeki sigorta şirketine ait ve yabancı bir sigorta şirketi aleyhindeki talepleri tahkim yoluyla ileri sürmeye zorlanıp zorlanamayacağıydı. Mahkeme, tahkim şartlarının ve bunlara tâbi olduğu iddia edilen uyuşmazlığın New York hukukuna göre ifaya ve sulhe müsait olmaması nedeniyle iflâs masasının buna zorlanamayacağına karar verdi. Zira ABD hukuku, sigorta meselelerinin eyalet hukukları tarafından karara bağlanmasını öngörmekteydi ve bu yüzden meseleye New York hukuku uygulanmalıydı. Mahkeme, *Corcoran*'ın, esas âkit tarafları reasürans sözleşmesi yapmaya iten ticarî menfaatleri takip etme yetkisinin bulunmadığına karar verdi. *Corcoran*'ın, *Nassau*'nun yerine geçmiş olmasının tek nedeni, *Nassau*'nun artık mevcut olmayıştı. Yasal düzenleme, iflâs masasına, tahkim yargılamasında taraf olarak yer alma yetkisi vermediği için tahkim şartının ifası New York Konvansiyonu m.II

⁵³⁵ Merkin s.87.

⁵³⁶ Merkin s.87–88; Tweeddale, Tweeddale, s.553.

⁵³⁷ 77 NY 2d s.225 (1990).

hükmü anlamında mümkün değildi ve talepler de yerel hukuk uyarınca tahkime elverişli değildi.⁵³⁸

Dayhoff v. H. J. Heinz Co davasına⁵³⁹ konu olayda şeker distribütörü *Dayhoff*, şeker tedarikçisi şirketin satılması üzerine bir lisans ve iki distribütörlük sözleşmesine dayanan bir dava açmış ve davalı olarak şeker tedarikçisinin hem eski sahibini hem de yeni sahibini göstermiştir. Eski ve yeni tedarikçiler, lisans sözleşmesinde yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme, yeni tedarikçinin itirazını, tahkim şartının tarafı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.⁵⁴⁰

Productos Mercantiles e Industriales SA v. Faberge USA Inc davası⁵⁴¹, davacı Guetamala şirketi *Productos Mercantiles e Industriales SA (Prome)* lehine ve ABD şirketi *Faberge USA Inc (Faberge)* ile bunun halefi Salvador şirketi *Industrias Unisola SA (Unisola)* aleyhine verilen bir hakem kararının tenfizine ilişkindi. Tahkime konu uyuşmazlık, *Faberge* ve *Prome* arasındaki sözleşmenin feshinden doğmuştu. New York'da AAA Kuralları çerçevesinde yürütülen tahkim yargılamasında, *Unisola*, *Faberge*'in temellük edeni olarak yargılamaya dâhil olmuş ve hakem kararıyla bağlanmaya rıza göstermiştir. Ne var ki davalıların, *Prome*'un lehine çıkan⁵⁴² hakem kararını yerine getirmeyi reddetmesi üzerine *Prome*, kararın tenfizi için dava açmış ve kararın sadece *Faberge* ve *Unisola* aleyhine değil, aynı zamanda *Unisola*'nın yan şirketi *Unilever US Inc (Unilever)* aleyhine de tenfizini talep etmiştir. *Unilever*, tahkim yargılamasına taraf olmasa da, *Unilever*'in maaşlı avukatı, *Faberge* ve *Unisola*'yı tahkim yargılamasında temsil etmiş ve tahkim yargılamasında sunduğu dilekçede, *Faberge*'in Orta Amerika'daki işlerinin *Unisola*'ya devrinden önce *Unilever*'in, *Faberge*'in dünya çapındaki işlerini aldığı

⁵³⁸ Michael F Hoellering., "Consolidated Arbitration: Will It Result in Increased Efficiency or an Affront to Party Autonomy?" **Dispute Resolution Journal**, Vol:52, January 1997, s.44.

⁵³⁹ 86 F.3d s.1287 (3d Cir 1996).

⁵⁴⁰ Townsend s.24.

⁵⁴¹ 23 F.3d s.41 (2d Cir.1994).

⁵⁴² Neil E. McDonell, "Obtaining Arbitral Awards under the Inter-American Convention", **Dispute Resolution Journal**, Vol:50, January 1995, s.19.

belirtmişti. Buna istinaden *Prome*, *Unilever*'in, *Faberge*'in halefi olduğunu ve tahkim şartı ile hakem kararıyla bağlı bulunduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, *Prome*'un talebini kabul etmiş ve hakem kararının, *Faberge*, *Unisola* ve *Unilever* aleyhine tenfizine karar vermiştir. Mahkemeye göre, hakem kararları, kural olarak, tahkime taraf olmayan kişiler aleyhine tenfiz edilemez. Ne var ki bu kuralın, üçüncü kişinin, tahkime taraf olan kişinin *alter egos* olması veya tahkim yargılamasında ihtiyarî ve aktif bir biçimde yer alması gibi istisnaları mevcuttur. Mahkeme, maaşlı avukatının tahkim yargılamasında oynadığı rolden ötürü *Unilever*'in tahkim yargılamasında dolaylı olarak yer almasının bir sonucu olarak ve ayrıca bu avukatın, *Unilever*'in *Faberge*'in işlerini aldığı yönündeki beyanından ötürü *Unilever*'in *Faberge*'in halefi olduğu yönündeki kabule istinaden *Unilever*'in tahkim anlaşması bakımından halef olduğuna ve bu yüzden de hakem kararıyla bağlı bulunduğu sonucuna varmıştır.⁵⁴³

Illinois Bölge Mahkemesinin önüne gelen *Marco Antonio Marchetto and Sergio Marchetto v. DeKalb Genetics Corporation, Dekalb Energy Company, DeKalb–Pfizer Genetics and Pfizer Genetics Inc* davasına⁵⁴⁴ konu olayda, tarımsal ürünlerin üretim ve satımıyla iştigal eden bir İtalyan şirketi olan *DeKalb Italiana SpA*, 1963 senesinde %50'si *DeKalb Agricultural Association*'a ve diğer %50'si *Antonio Marchetto* ve *Sergio Marchetto*'ya ait olacak şekilde kurulmuştu. Tahkim şartı da ihtiva eden ortaklık sözleşmesinde, diğer ortakların izni olmaksızın ve öncelikle diğer ortaklara teklif edilmeksizin hisse satışı yapılmayacağını öngören bir hüküm mevcuttu. 1982 senesinde *DeKalb Agricultural Association* ismini *DeKalb Corporation* olarak değiştirmiş ve *DeKalb Italiana SpA*'da sahip olduğu hisseleri, *DeKalb Corporation* ile *Pfizer Genetics Inc* arasında kurulan bir ortaklık olan *DeKalb–Pfizer Genetics*'e devretmişti. Altı sene sonra *DeKalb Corporation*, halka açık üç şirket şeklinde tekrar organize olmuştur: *DeKalb Corporation*'un halefi olan *DeKalb Energy*; *DeKalb Genetics* ve *Pride Petroleum Services Inc*. Şirketin hisselerinin ortaklık sözleşmesine aykırı bir biçimde satıldığı iddiasıyla, *Antonio Marchetto* ve *Sergio Marchetto* tarafından *DeKalb Energy* aleyhine mahkemede

⁵⁴³ McDonell s.20–22.

⁵⁴⁴ YBCA, Vol:15, 1990, s.581 vd.

dava açılmıştır. Tahkim itirazıyla karşılaşan mahkeme, *DeKalb Energy*'nin, tahkim şartının yer aldığı ortaklık sözleşmesinin tarafı olan *DeKalb Agriculture*'ın küllî halefi olduğu gerekçesiyle tahkim şartına tâbi olduğuna karar vermiş ve tahkim itirazını reddetmiştir.

iii. Kıta Avrupası Hukuku

Alman hukukunda, küllî halefiyet hallerinde, halefi olunan hakkın tahkim anlaşmasına tâbi olması durumunda, küllî halefin bu tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağı kabul edilmektedir.⁵⁴⁵ Tahkim anlaşmasına taraf bir şirketin bir başka şirkete devri hâlinde, devralan şirket tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelir. Mirasbırakanın, ölümünden önce akdettiği tahkim anlaşması da mirasçılara intikal eder.⁵⁴⁶ Tahkim anlaşmasının taraflarından biri hakkında iflâs kararı verilmesi, tahkim anlaşması üzerinde herhangi bir etki doğurmaz. İflâs idaresi, iflâsa tâbi tutulan tarafın namına tahkim yargılamasına dâhil olur.⁵⁴⁷

Bir olayda, Federal Alman menşeli bir şirket, Çekoslovakya'da yürütülen bir tahkim yargılamasında yer almış ve hakem kararında, Çekoslovak davacıya bir miktar ödeme yapmasına hükmedilmiştir. Hakem kararının tenfizinin talep edildiği esnada Federal Alman şirket tasfiye hâlinde olduğu için tenfiz talebi Federal Alman şirketin ortaklarına yöneltilmiş ve mahkemece tenfize karar verilmiştir. Yine Federal Almanya'da yürütülen ve bir Federal Alman şirketi aleyhine Romanya'da verilen hakem kararının tenfizi davasında tenfiz talebi, Federal Alman şirketin, hakem kararı verildikten sonra vuku bulan el değiştirmesine istinaden yeni sahibine yöneltilmiş ve mahkemece, hakem kararının, tahkim anlaşmasına ve tahkim yargılamasına taraf olmayan bu kişi aleyhine tenfizine karar verilmiştir.⁵⁴⁸

Tahkim yerinin İsviçre olduğu 1803 sayılı ICC davasına konu olayda Pakistan Devleti tarafından kurulmuş ve tamamen bu devlete ait bulunan *East*

⁵⁴⁵ Schwab, Walter s.62; Schlosser s.326–327; Reithmann, Hausmann s.1864.

⁵⁴⁶ Schütze, Tscherning, Wais s.32.

⁵⁴⁷ Schütze, Tscherning, Wais s.85.

⁵⁴⁸ Pieter Sanders, "Commentary", *YBCA*, Vol:2, 1977, s.255.

Pakistan Industrial Development Corporation ile Fransız şirketi *Société de Grands Travaux de Marseille* arasında 1965 senesinde akdedilen ve tahkim şartı da ihtiva eden doğalgaz boru hattı inşa sözleşmesi söz konusuydu. Doğu Pakistan bölgesinde Bangladeş'in 1971 senesinde bağımsızlığını ilân etmesi üzerine Bangladeş Devlet Başkanı, *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın, *Bangladesh Industrial Development Corporation* hâline geldiğini, *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın tüm hisselerinin, personelinin, yönetim kurulunun ve danışmanlarının otomatikman *Bangladesh Industrial Development Corporation*'a ait hâle geldiğini öngören ve ayrıca *East Pakistan Industrial Development Corporation* ile Fransız şirketi *Société de Grands Travaux de Marseille* arasında yürütülmekte olan tahkim yargılamasının geçersiz olduğunu ve *Bangladesh Industrial Development Corporation* aleyhine hakem kararı verilemeyeceğini beyan eden bir kararname yayınlamıştır. Bunun üzerine Fransız şirketi *Société de Grands Travaux de Marseille*, *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın, tahkim yargılamasına dâhil edilmesini talep etmiştir. Daha sonra çıkan bir kararnameyle, *East Pakistan Industrial Development Corporation* tarafından taahhüt edilmiş borçların *Bangladesh Industrial Development Corporation*'a atfedilmesinin kabul edilmeyeceği öngörülmüş, bir sonraki kararnameyle ise *Bangladesh Industrial Development Corporation* tasfiye edilmiş ve tüm malvarlığı Bangladeş Devletine devredilmiştir. Bunun üzerine Fransız şirketi *Société de Grands Travaux de Marseille*, tahkim yargılamasının *East Pakistan Industrial Development Corporation* aleyhine yürütülmesini ve Bangladeş Devletinin ve/veya *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın, ya *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yanında yahut da *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yerine 'davalı' sıfatıyla davaya dâhil edilmesini talep etmiştir. Davaya bakan hakem, 15.12.1972 tarihli kararıyla, *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın, *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yerine 'davalı' sıfatıyla davaya dâhil edilmesine ve Bangladeş Devletinin de ikinci davalı olarak davada yer almasına karar vermiştir. Hakem, *East Pakistan Industrial Development Corporation* bakımından bir küllî yahut cüzî halefiyet durumunun söz konusu olup olmadığının, bahse konu şirketin faaliyet merkezinin bulunduğu Bangladeş hukukuna göre tayin edilmesi gerektiği, Bangladeş Devlet Başkanı

tarafından vaz edilen kararnameler çerçevesinde *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın tüm hak ve yükümlülüklerinin *Bangladesh Industrial Development Corporation*'a geçmiş bulunması karşısında, *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın uyuşmazlığa konu sözleşmenin tarafı hâline geldiği ve tahkim yargılamasına *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yerine dâhil edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.⁵⁴⁹

Bangladeş Devleti ve *Bangladesh Industrial Development Corporation* tarafından Cenevre mahkemelerinde açılan davayla, yukarıda anlatılan hakem kararının iptali talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi, *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın talebini, hukukî kişilikten yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiş; Bangladeş Devletinin talebini ise, hakemin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişiyi tahkim yargılamasına dâhil etme hakkı bulunmadığı gerekçesiyle kabul etmiştir. *Société de Grands Travaux de Marseille* kararı temyiz etmiş ve Temyiz Mahkemesi, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilebilmesi için, üçüncü kişiyle taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın bulunması gerektiği gerekçesiyle temyiz talebini reddederek kararı onamıştır.⁵⁵⁰

Zhejiang Province Garment Import and Export Company v. Siemssen & Co Trading Limited davasına⁵⁵¹ konu olayda, *Siemssen* ile *China National Textiles Import and Export Corporation Zhejiang Garments Branch* arasında akdedilen ve tahkim şartı da ihtiva eden alım satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın görüldüğü tahkim yargılamasına, davalı olarak gösterilen *Siemssen* katılmamıştır. Tahkim yargılamasında *Zhejiang Province Garment Import and Export Company* lehine verilen kararın tenfizinin talep edilmesi üzerine *Siemssen*, *Zhejiang Province Garment Import and Export Company*'nin tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ve karşılıklı olarak tahkim anlaşması akdettikleri kişi tarafından ileri sürülmüş bir tahkim talebine muhatap olmadıklarını ileri sürerek tenfiz talebine karşı çıkmıştır.

⁵⁴⁹ **YBCA**, Vol:5, 1980, s.178–181; Lucy F. Reed, “Experience of Practical Problems of Enforcement”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.565–566.

⁵⁵⁰ **YBCA**, Vol:5, 1980, s.217–219.

⁵⁵¹ **YBCA**, Vol:18, 1993, s.389 vd.

Davacı vekili, *China National Textiles Import and Export Corporation Zhejiang Garments Branch*'ın isminin *Zhejiang Province Garment Import and Export Company* olarak değiştirildiğini gösteren bir belge ibraz etmiştir. Hakem heyeti, bütün meselenin, davacının, sözleşmeyi akdettiği tarih ile tahkim yargılamasını başlattığı tarih arasında ismini değiştirmesi ve lehine aldığı hakem kararını tenfiz etmek istemesinden ibaret olduğunu işaret ederek, bu bakımdan tenfize engel bir durum bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Paul Würth v. V/O Tyazhpromexport davasına⁵⁵² konu olayda, *Paul Würth*, Moskova mahkemelerine müracat ederek, Stockholm'de verilmiş bir hakem kararının *Tyazhpromexport* aleyhine tenfizini talep etmiştir. *Tyazhpromexport* tenfiz talebine karşı çıkmış ve yeniden yapılandığını gerekçe göstererek, davalı olarak kendisinin yerine *GPVO Technointorg* şirketinin konulması gerektiğini öne sürmüştür. Mahkeme, tenfiz davasında *Tyazhpromexport*'un yerine *GPVO Technointorg*'un geçmesi gerektiği yönündeki iddianın nazara alınamayacağını, tenfizin tâbi olduğu New York Konvansiyonu'nda sınırlı sayıda sayılmış bulunan tenfiz şartları arasında böyle bir tenfiz engelini yer almadığını, *Tyazhpromexport*'un hukukî kişiliğini kaybetmediğini ve hâlen varlığını koruduğunu; taraflar arasında herhangi bir halefiyet hâlinin de bulunmadığını belirterek *Tyazhpromexport*'un talebini reddetmiş ve hakem kararının tenfizine karar vermiştir.⁵⁵³

Hollanda Medenî Usûl Kanunu m.1032 hükmü uyarınca, tahkim şartının taraflarından birinin ölümü, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim şartının hükümsüz hâle gelmesine veya hakem heyetinin dağılmasına yol açmaz.⁵⁵⁴ İsveç hukukunda da; ölüm, iflâs veya şirket evliliği gibi küllî halefiyet hallerinde küllî halefin, kalan âkit taraf olarak tahkim şartıyla bağlı olacağı kabul edilmektedir.⁵⁵⁵

⁵⁵² **YBCA**, Vol:23, 1998, s.738 vd.

⁵⁵³ Alexander S. Komarov, "Enforcement Experience in the Russian Federation", **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.586.

⁵⁵⁴ Van Den Berg, **Netherlands**, s.10.

⁵⁵⁵ Hobér s.360.

Finlandiya Yüksek Mahkemesinin önüne gelen *Ky Finexim O. Ivanoff v. Ferromet Aussenhandelsunternehmen* davasına konu olayda⁵⁵⁶ beş adet sözleşme çerçevesinde *Ferromet* tarafından *Finexim*’e çelik satılmıştır. Sözleşmelere, tahkim şartı da ihtiva eden standart şartlar atıf yoluyla ithal edilmiştir. Çeliklerin tesliminden bir süre sonra *Finexim* iflâs edince *Ferromet*, iflâs masasından çeliklerin iadesini talep etmiştir. Ne var ki iflâs masası, çelikleri bir başka şirkete satmıştır. Bunun üzerine *Ferromet*, tahkime müracaatla, çeliklerin kendisine iade edilmesini veya bedelinin ödenmesini talep etmiştir. Hakem heyeti, standart şartlar arasında yer alan tahkim şartının iflâs masasını bağlamayacağı itirazını reddetmiştir. *Ferromet* hakem kararının tenfizini talep etmiş ve bu talep mahkemece kabul edilmiştir. Kararın götürüldüğü Yüksek Mahkeme; *Finexim* aleyhine verilen hakem kararının *Finexim*’in iflâs masası aleyhine icrasının mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevabın, ülkesellik prensibi gereğince Fin hukukuna tâbi olması gerektiğini ve hakem kararı sadece *Finexim* aleyhine verilmiş olsa dahi, *Finexim*’in iflâs masası tahkim yargılamasında yer aldığı için hakem kararının iflâs masası aleyhine verilmiş sayılabileceğini belirterek kararı onamıştır.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu m.11/B uyarınca, tahkim yargılamasının taraflarından birinin taraf olma niteliğini kaybetmesi hâlinde, hakemler tarafından tahkim yargılaması ertelenir ve tahkim yargılamasının devam edebilmesi için ilgililere bildirimde bulunulur. Bildirimde bulunulanlar, tahkim yargılamasına devam etmek istediklerini açıkça bildirmedikleri takdirde, tahkim yargılaması sona erer. Buna karşılık, doktrinde, tahkim yargılamasına taraf olan gerçek kişinin ölmesi durumunda, ölen kişinin mirasçılarının bildirimde bulunulmasının, tahkim yargılamasına devam edilebilmesi için yeterli olduğu da ileri sürülmektedir.⁵⁵⁷

Türk şirketler hukukunda, şirketlerin farklı yöntemlerle birleşmesine cevaz verilmektedir. Birleşmenin, bir şirketin, diğer bir şirketin işletmesi üzerindeki hâkimiyetini, hisse veya malvarlığı devri vasıtasıyla devralması şeklinde

⁵⁵⁶ YBCA, Vol:16, 1991, s.536 vd.

⁵⁵⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.162.

gerçekleşmesi hâlinde⁵⁵⁸; her iki şirket de tüzel kişiliklerini muhafaza edecektir. Buna karşılık, birleşmenin, bir şirketin tüzel kişiliğinin diğer bir şirketin tüzel kişiliği içerisinde erimesi yahut birleşmeye konu şirketlerin tüzel kişiliklerini kaybetmeleri ve yeni bir tüzel kişinin meydana gelmesi şeklinde cereyan etmesi hâlinde, TTK m.151 uyarınca, kalan yahut yeni kurulan şirket, ortadan kalkan şirketlerin yerine geçer ve ortadan kalkan şirketlerin tüm hak ve borçları, küllî halefiyet prensibi uyarınca, kalan yahut yeni kurulan şirkete intikal eder. Nev'i değiştirme hallerinde, yeni nev'e çevrilen şirketin eskisinin devamı olduğu açıkça düzenlenmiştir (TTK m.152).

Türk hukuku bakımından, iflâsın açılmasıyla, müflisin haczedilebilen bütün mal ve hakları, kendiliğinden bir topluluk teşkil eder ve bir çeşit özel mamelek hâline gelir ki buna *iflâs masası* adı verilir.⁵⁵⁹ Müflis, iflâs etmekle, medenî haklardan yararlanma (hak) ve medenî hakları kullanma (fiil) ehliyetini kaybetmiş olmaz. Ancak iflâsın açılmasıyla, iflâs masasına giren mal ve haklar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıntıya uğrar. Müflis, masa malları satılıncaya kadar onların maliki kalmaya devam ettiği halde, bu mallar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi artık iflâs masasına aittir. İflâs masası da bu tasarruf yetkisini, kanunî temsilcisi olan iflâs idaresi vasıtasıyla kullanır.⁵⁶⁰ Aynı şekilde müflis, hak ve fiil ehliyetlerini kaybetmediği için, dava ve taraf ehliyetlerini de kaybetmez ne var ki masa malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlandığından, masa ile ilgili davalar hakkındaki *dava takip yetkisi*, artık müflise değil iflâs idaresine ait olur.⁵⁶¹ İflâs idaresi, müflisin veya alacaklılarının temsilcisi değildir; iflâs masasının kanunî temsilcisi (İİK m.226/I) yani organıdır. Masanın idare ve tasfiyesi için gerekli bütün işlemlerde (meselâ dava takip etmek, yeni dava açmak gibi) masayı iflâs idaresi temsil eder.⁵⁶²

⁵⁵⁸ İsmail Esin, S. Tunç Lokmanhekim, **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, 2003, s.5.

⁵⁵⁹ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ankara, 2005, s.562.

⁵⁶⁰ Kuru, Arslan, Yılmaz s.572.

⁵⁶¹ Kuru, Arslan, Yılmaz s.579.

⁵⁶² Kuru, Arslan, Yılmaz s.623.

iv. Değerlendirme

İçtihatlarla bakıldığında, mamelekin hak ve borçlarıyla birlikte bir bütün olarak intikali şeklinde tarif edilen⁵⁶³ küllî halefiyetin, bu hak ve borçların arasında tahkim anlaşmasına tâbi bulunanlar söz konusu olduğunda, tahkim anlaşmasının halefe intikaline yol açacağı görüşü ağır basmaktadır.

Uyuşmazlıkların asıl çözüm yeri mahkemeler olduğu için, ihtiyarî tahkimin tek dayanağı, tarafların tahkime gitme yönündeki iradeleri ve bu iradelerin meydana getirdiği tahkim anlaşmasıdır. Bu yönde bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, tahkim yargılamasının ve hakem kararının mesnedi kalmaz. Tahkime gitme yönündeki iradenin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulması mümkündür. Bir başka ifadeyle, aslolan, tarafların tahkime gitme iradesinin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulup konulmadığının belirlenmesidir. Buna göre tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve tarafların tahkime gitmeye rıza gösterdiğini tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan zımnî bir irade beyanının bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının halefiyet prensibine istinaden intikali mümkün değildir.

Kanaatimizce, tahkim anlaşmasını akdeden gerçek kişinin ölmesi hâlinde tahkim anlaşması infisah etmiş sayılmalıdır. Zira mirasçılar diğer âkit tarafla yahut diğer âkit taraf mirasçılarla tahkime gitme iradesine sahip bulunmuyor olabilir. Eğer bulunuyorlarsa, yeni bir tahkim anlaşması kurulmuş sayılır. Tahkim anlaşması hiç kimseye iradesi hilâfına empoze edilmemelidir. Neticede tahkim anlaşmasının infisahi, meselenin çözümsüz kaldığı anlamına gelmez ve uyuşmazlık, yetkili mahkeme tarafından çözüme kavuşturulur.

Tahkim anlaşmasını akdeden şirketin, nev'ini değiştirmesi hâlinde, yeni nev'e çevrilen şirket, eskisinin devamı olduğu için (TTK m.152), tahkim şartıyla bağlı

⁵⁶³ Oğuzman, Öz s.198.

olacaktır. Tahkim anlaşmasını akdeden şirketin, tüzel kişiliğinin ortadan kalkmasına yol açmayacak surette bir şirket evliliği gerçekleştirmesi hâlinde, tahkim anlaşmasıyla bağlı olan tüzel kişilik olduğu için, tahkim anlaşmasının hukukî rejiminde herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Buna karşılık, birleşmenin, bir şirketin tüzel kişiliğinin diğer bir şirketin tüzel kişiliği içerisinde erimesi yahut birleşmeye konu şirketlerin tüzel kişiliklerinden yeni bir tüzel kişinin meydana gelmesi şeklinde cereyan etmesi hâlinde, kalan yahut yeni kurulan şirketin tüzel kişiliği yeni ve farklı bir tüzel kişilik teşkil ettiği için, tahkim anlaşmasıyla bağlı olması söz konusu değildir. Bununla birlikte şirketin akdettiği tahkim anlaşmasıyla şirket sahibinin bağlı olması söz konusu olmadığı için şirketin sahibinin değişmesinin yahut şirketin tasfiye hâlinde bulunmasının hukuken bir etkisi bulunmayacaktır.

Kanaatimizce iflâs eden tarafın akdetmiş bulunduğu bir tahkim anlaşmasının iflâs masasına teşmili söz konusu değildir. Gerek Türk hukuku gerekse yer verilen diğer hukuklar uyarınca müflis, dava veya taraf ehliyetlerini kaybetmemektedir. Sadece dava takip yetkisi iflâs idaresine intikal etmektedir. İflâs idaresi, *iflâs masası* adı verilen, müflisin haczedilebilen bütün mal ve haklarının kendiliğinden teşkil ettiği topluluğun bir organı olması ve masayı temsilen hareket etmesi itibariyle zaten çalışmamızda yer verdiğimiz anlamda *üçüncü kişi* değildir.

Bu itibarla tahkim anlaşmasının, küllî halefîyet esasına binaen üçüncü kişilere teşmil edildiği bir tahkim yargılamasının ve böyle bir yargılama neticesinde verilen hakem kararının hukukî mesnedi bulunmamaktadır ve verilen hakem kararı, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmayışından ötürü mahkemelerce iptal edilmeli yahut tenfizi talep edilmişse bu talep reddedilmelidir.

c. Cüzî Halefîyet

i. Genel Olarak

Bu kısımda cevabını arayacağımız sorular: tahkim şartı ihtiva eden konişmentonun devri hâlinde devralanın bu tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağı;

tahkim şartına tâbi kılınmış bir alacağın temlikî hâlinde tahkim şartının, temellük edene, temlik edilen hakla birlikte otomatikman intikal edip etmeyeceği ve sigortalının, zarar verene karşı sahip olduğu haklar arasında bir tahkim şartı bulunması ihtimalinde, sigortacının bu tahkim şartına tâbi bulunup bulunmadığıdır.

ii. Tahkim Şartı İçeren Konişmentonun Devri

(1) Genel Olarak

Ticarî bir aktör olarak taşıyan, para ve zaman kaygılarıyla, taşıma sözleşmesinden (*çarterparti*) kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini ister. Bu yüzden uyuşmazlıkların mahkemeler yerine tahkimde çözülmesi amacıyla çarterpartie tahkim şartı konulması yerleşmiş bir uygulamadır.⁵⁶⁴ Yükü temsil eden konişmentolar ise, bu yükün taşınmasına ilişkin sözleşmeler kapsamında tanzim edildikleri için, genelde bu sözleşmenin hükümlerine atıfta bulunulması yoluyla düzenlenmektedir. Yani konişmentonun hüküm ve şartları ayrıntılı olarak tanzim edilmemekte, yalnızca ilgili çarter sözleşmesine bir atıf yapılmasıyla yetinilmektedir.⁵⁶⁵ Bu durumda karşımıza çıkan mesele, bir sözleşmede yahut diğer herhangi bir belgede yer alan bir tahkim anlaşmasının, bu sözleşmeye yahut belgeye atıf yapılması suretiyle, atıfta bulunan belgeye ithalinin mümkün olup olmadığıdır. Buraya kadarki mesele, esasen, yapılan atfın yeterli olup olmadığını ve atıfta bulunulan hükümlerin, sözleşmenin bir parçasını teşkil edip etmediğini yorumlamaktan ibarettir.⁵⁶⁶ Diğer taraftan, taşınan mal, kendisini temsil eden konişmentonun üçüncü kişilere devri yoluyla, taşıma sözleşmesine taraf olmayan kişilere geçmektedir. Taşımadan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, taşıma sözleşmesindeki tahkim şartının, taşıma sözleşmesine taraf olmayan ve fakat

⁵⁶⁴ Idil Elveris, “Binding Third Parties with Arbitration Clauses in the Charter Parties: A Comparison of Turkish and American Cases”, **The Maritime Lawyer**, Vol. 22, Summer 1998, s.625; Ülgener, **Çarter Sözleşmeleri**, s.601.

⁵⁶⁵ Ülgener, **Tahkim Klotlarının Uygulanması**, s.59.

⁵⁶⁶ Hosking, **Third Party**, s.538.

konişmentonun hâmile olan üçüncü kişiler bakımından geçerli ve bağlayıcı olup olmayacağı sorusuyla karşılaşılmaktadır.⁵⁶⁷

Aslında burada ele alınacak olan meselenin esasını, tahkim şartı ihtiva eden konişmentonun devri hâlinde devralanın bu tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağı sorusu teşkil eder. Ne var ki tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla akdedilmesi, bu bölüm için arz ettiği önemden ötürü, öncelikle ele alınacaktır. Daha sonra ise, asıl mesele olan, tahkim şartı içeren konişmentonun sonraki hâimleri bakımından tahkim şartının geçerliliği meselesi incelenecektir.

(2) Tahkim Anlaşmasının Atıf Yoluyla İthal Vasıtasıyla Akdedilmesi

Milletlerarası deniz ticaretinde büyük sıklıkla kullanılan genel işlem şartlarında ve standart sözleşmelerde yer alan kurallar arasında genellikle tahkim şartı da bulunmaktadır. Dünya çapında kullanılan, belirli bir temele oturmuş ve tecrübelerle dayanılarak hazırlanmış bu standart sözleşmeler sayesinde taraflar sadece aralarındaki ilişkinin özelliklerinin gerektirdiği değişiklikleri yapmak suretiyle hızlı ve güvenli bir biçimde anlaşmaya varmaktadır.⁵⁶⁸ Ticarî sözleşmelerin önemli bir kısmı, sektörel veya meslekî kuruluşlara yahut taraflardan birine ait genel şartlara veya standart sözleşmelere atıfta bulunulması suretiyle akdedilmektedir. Atıfta bulunulan belgede, diğer hükümlerin yanında bir tahkim şartının bulunması hâlinde, bu tahkim şartının geçerliliği tartışma konusu olmaktadır.⁵⁶⁹

Prensip olarak, atıf yoluyla sözleşmeye ithal edilen hükümlerin '*sözleşme hükmü*' niteliği kazandığı kabul edilmektedir. Bu hükümler, taraf iradelerinin aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanması konusunda uyuşması ile sözleşmeye dâhil

⁵⁶⁷ Şanlı, **Nomer'e Armağan**, s.776; Alexander Bravar, "Deniz Hukuku İhtilâfları Hakkında Tahkime İlişkin Bazı Meseleler", Çeviren: Şebnem Akipek, Mertol Can, **BATİDER**, S:19, No:2, 1997, s.116-117; Ülgener, **Çarter Sözleşmeleri**, s.601.

⁵⁶⁸ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.37-38.

⁵⁶⁹ Domenico Di Pietro, "Incorporation of Arbitration Clauses by Reference", **Journal of International Arbitration**, Vol:21, No:5, 2004, s.439; Fouchard, Gaillard, Goldman s.272.

edilirler ve sözleşmenin bir parçası hâline gelirler.⁵⁷⁰ Bir sözleşmede, standart şartlarda yer alan bir tahkim şartına açıkça atıf yapılması hemen hemen hiç sorun doğurmaz. Buna karşılık, standart şartlara yapılan atıfta tahkim şartının zikredilmemesi farklı sonuçlara yol açabilir. Bazılarına göre bu genel atıf geçerli bir tahkim şartı oluşturmaya yetmezken⁵⁷¹, bazıları tarafların genel şartlara aşına olduğunu ve atıf yapılan genel şartlar içindeki tahkim şartının bağlayıcı olacağını ileri sürmektedir.⁵⁷²

Meselâ Hamburg Kuralları m.22/II bağlamında *yazılılık*, tahkim anlaşmasının imzalanmasını gerektirmez. Fakat tahkim şartının, konişmentoda bizzat yahut özel olarak atıfta bulunulması yoluyla yer alması gerekir ve standart sözleşme şartlarına yapılan genel bir atıf yeterli olmaz.⁵⁷³

UNCITRAL Model Kanunu m.7/2 hükmüne göre, bir sözleşmede, yazılı bir tahkim şartının yer aldığı belgeye atıfta bulunulduğu takdirde, sözleşmenin yazılı olması ve atfın, tahkim şartını sözleşmenin bir parçası yapma niyeti taşıması hallerinde geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş sayılır. Doktrinde, bir yandan bu hükmün, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını karşıladığı ileri sürülmekteyken⁵⁷⁴ diğer yandan, tahkim şartının yer aldığı belgeye atıfta bulunulması yoluyla geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılabilmesi için gereken şartları belirtmemiş olması itibariyle yetersiz olduğu da iddia edilmektedir.⁵⁷⁵ Ayrıca tahkim anlaşmasının kabul mü yoksa ret mi edildiği hususunun teyidinin gerekip gerekmediğinin de hükümde düzenlenmemesi bir eksiklik olarak görülmektedir.⁵⁷⁶

⁵⁷⁰ Nuray Ekşi, “Kanunlar İhtilâfı Alanında ‘Incorporation’”, **MHB, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL’E Armağan**, 1999–2000, S.1–2, s.290; Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.27.

⁵⁷¹ Lindacher s.170; Julian Cooke, John D. Kimball, Timothy Young, David Martowski, Andrew Taylor, Leroy Lambert, **Voyage Charters**, 2nd Edition, 2001, s.451–452; Burckhardt s.223.

⁵⁷² Guillermo Aguilar Alvarez, “Article II(2) of the New York Convention and the Courts”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.76; EKŞİ, **Tahkim Anlaşmaları**, s.38’de zikredilen yazarlar.

⁵⁷³ Ralf Richter, “Validity of Arbitration Clauses (Hamburg Rules)”, **ICCA Congress Series No:1**, Ed: Pieter Sanders, Kluwer Law International 1982, s.338.

⁵⁷⁴ Szurski, Cremades s.61.

⁵⁷⁵ Wenger s.348.

⁵⁷⁶ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.61.

New York Konvansiyonu hükümleri, tahkim anlaşmasının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla kurulmasına ilişkin özel bir hüküm içermediği ve m.II/2 hükmünün, taraflarca teati edilen belgelerde tahkim şartı yer almamakla birlikte başka bir belgede yer alan bir tahkim şartına açıkça atıfta bulunulması yahut tahkim şartı içeren bir belgeye tahkim şartı açıkça zikredilmeksizin atıfta bulunulması hallerinde uygulanıp uygulanmayacağına açık olmadığı ifade edilmektedir.⁵⁷⁷

Konuyu New York Konvansiyonu çerçevesinde inceleyen bir yazara göre meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekir: bir sözleşmenin arka sayfasında yer alan standart şartlara yapılan atıf ve ayrı bir belgede yer alan standart şartlara yapılan atıf.⁵⁷⁸

Yazara göre, sözleşmenin arka sayfasında yer alan ve tahkim şartı içeren standart şartlara yapılan genel bir atıf, New York Konvansiyonu bakımından geçerli bir tahkim anlaşması kurulması için yeterlidir. Şartların, sözleşmenin arka sayfasında yer alması, tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden haberdar olabilmeleri bakımından taraflara yeterli imkânı sunmaktadır. New York Mahkemeleri tarafından karara bağlanan *Ferrara v. United Grain Growers* davasında⁵⁷⁹ İtalyan davalı, North American Export Grain Association 5 nolu standart sözleşmesinin arka sayfasındaki standart şartlar arasında bulunan tahkim şartıyla bağlı olmadığını, zira bahse konu tahkim şartının, İtalyan Medenî Kanunu⁵⁸⁰ m.1341–1342 hükümleri uyarınca tasdik edilmediğini ve ayrıca müzakereler esnasında zikredilmediği için tahkim şartından haberdar olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme, New York Konvansiyonu'nun, İtalyan MK'nın uygulanma imkânını bertaraf ettiğini işaret ederek ve sözleşmenin ön sayfasında yer alan “*Arka sayfadaki kural ve şartlara bakınız*” ibaresinin taraflara tahkim şartından haberdar olabilmeleri bakımından yeterli imkânı sunduğunu

⁵⁷⁷ Di Pietro s.441.

⁵⁷⁸ Van Den Berg, **New York Convention**, s.215–216.

⁵⁷⁹ Van Den Berg, **New York Convention**, s.216'dan alınmıştır.

⁵⁸⁰ **Publicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale**, no.79 del 4.4.1942.

belirterek davalının itirazını reddetmiştir.⁵⁸¹ Floransa mahkemeleri tarafından karara bağlanan *Bobbie Brooks v. Lanificio Walter Banci* davasına⁵⁸² konu olayda, mahkeme, arka sayfada yer alan ve aralarında tahkim şartı da bulunan hükümlere ön sayfanın alt kısmında atıfta bulunan satın alma siparişlerinin, New York Konvansiyonu m.II/2 hükmünü karşıladığına hükmetmiştir.

Atıfta bulunulan ve aralarında tahkim şartının da yer aldığı şartların ayrı bir belgede yer alması hâlinde ise, yapılan atıfta tahkim şartının zikredilmiş olup olmamasına göre farklı sonuçlara varılacağı ileri sürülmektedir. Tahkim şartının zikredildiği bir atıf söz konusu olduğunda m.II hükmünün gereklerinin yerine getirildiği ve tahkim şartının mevcudiyeti konusunda tarafların dikkatinin yeterli ölçüde çekildiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, tahkim şartı içeren standart şartlara yapılan atfın genel bir atıf olması, yani atıfta tahkim şartının zikredilmemesi hâlinde m.II hükmünün gereklerinin yerine getirilmediği kabul edilmektedir.⁵⁸³

New York Konvansiyonu m.II hükmünün tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla kurulmasını da ihata ettiği kabul edildiği kararlarda, atıf yoluyla ithalin Konvansiyonun ruhuna ve amaçlarına uygun olduğunu ortaya koymak için farklı gerekçelere dayanılmıştır. Bu kararların ortak noktası, tarafların, yapılan atfın hükümlerinden haberdar olduğunu ortaya koyan delillerin varlığı hâlinde, tahkim anlaşmasının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesidir. Tarafların haberdar oluşunun ortaya konulmasında; atfın niteliği, tarafların statüsü ve tarafların ait olduğu sektörün âdetleri nazara alınmakta; atfın, belirli bir sektör bakımından tecrübe sahibi profesyonel kişilerce yapılmış olması ile tamamen tecrübesiz yahut az tecrübeli kişilerce yapılmış olması arasında ayırım yapılmaktadır. Benzer biçimde, sözleşmenin aynı taraflar arasında akdedilmiş bir başka sözleşmeye atıfta bulunması ile taraflarca bilindiği o derece net olmayan kurallara atıfta bulunulması hallerinde farklı sonuçlara varılmaktadır.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ Van Den Berg, **New York Convention**, s.216.

⁵⁸² Van Den Berg, **New York Convention**, s.217'den alınmıştır.

⁵⁸³ Van Den Berg, **New York Convention**, s.217–219.

⁵⁸⁴ Vischer, Huber, Oser s.658; Di Pietro s.442; Burckhardt s.222–223.

Konişmentoda, tahkim şartı da içeren çarterpartiye yapılan genel atfin karara bağlandığı İsviçre'deki *Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Company* davasında⁵⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, New York Konvansiyonu m.II hükmünün bu konu hakkında sessiz kaldığını, bu yüzden bu atfin, m.II hükmünün amacı ve korumaya çalıştığı menfaat ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, Konvansiyonun amacı, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü kolaylaştırmak ve uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını nazara almaktır. Bununla birlikte m.II hükmü, tarafların, mahkemeye gitme hakkından feragat ettiklerinin farkında olmalarını sağlamaya çalışmaktadır. Mahkeme, tarafların uzun süredir varolan şirketler olmaları ve hidrokarbonların ticareti ve taşınması konusunda yeterince tecrübeli olmaları karşısında, petrol taşınmasında kullanılan standart şartlara aşına olduklarına karar vermiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bu karardan beş yıl sonra verdiği bir başka kararda⁵⁸⁶ genel şartlara, tahkim şartı zikredilmeksizin yapılan genel atfin geçerli bir tahkim şartı kurulması için yeterli olduğuna hükmederek görüşünü pekiştirmiştir.⁵⁸⁷

İsviçre hukukunda, atıf yoluyla ithal vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşması kurulduğunun kabulü için, bu sonucun iyiniyet prensibine uygun düşmesi⁵⁸⁸ ve makûl olması⁵⁸⁹ gerektiği belirtilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, *Compagnie de Navigation et Transports SA v. Mediterranean Shipping Company* davasında⁵⁹⁰, yükleten tarafından imzalanmamış ve imzalanan herhangi bir belgede de açıkça atıfta bulunulmamış bir konişmentonun arka yüzünde yer alan genel şartlar arasındaki tahkim şartının geçerliliğini tayin ederken benzer argümanlar kullanmıştır. Mahkeme, bazı hallerde belirli bir davranışın, iyiniyet kuralı uyarınca şekil zorunluluğuna uygunluğu temin edebileceği sonucuna vararak tahkim şartını geçerli kabul etmiştir. Mahkemeye göre, uzun zamandır süregelen bir iş ilişkisine sahip bulunan taraflar, aralarındaki bu iş ilişkisini, esasen tahkim şartı içeren genel şartlar

⁵⁸⁵ YBCA, Vol:11, 1986, s.532.

⁵⁸⁶ YBCA, Vol:15, 1990, s.509.

⁵⁸⁷ Alvarez s.76-77.

⁵⁸⁸ Wenger s.348.

⁵⁸⁹ Burckhardt s.225.

⁵⁹⁰ YBCA, Vol:21, 1996, s.690.

üzerine inşa etmektedir. Taşıyan, yıllardır birlikte çalıştığı yükletenin, bizzat doldurduğu ve arka yüzünde tahkim şartı da dâhil olmak üzere genel şartları içeren akdî belgeleri onayladığına iyiniyetle inanmakta haklıdır.⁵⁹¹

Çarterparti hükümlerinin atıf yoluyla konişmentoya ithalinin, yüzyıldan uzun bir süredir içtihatlarla konu olduğu⁵⁹² İngiliz hukukunda, bir çarterpartinin hükümlerini atıf yoluyla ithal eden bir konişmentonun kapsamına tahkim şartının da dâhil olup olmadığı, her davada ayrı yapılması gereken bir yorum meselesi olarak kabul edilmektedir. Meselenin kalbinde, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmak için, yapılan atıfta tahkim anlaşmasının özel olarak belirtilmesinin gerekli olup olmadığı ve atıf yoluyla ithal edilen bir tahkim anlaşmasının Tahkim Kanunu (1996) anlamında yazılı bir anlaşma teşkil edip etmediği soruları yer almaktadır.⁵⁹³

Atıf yoluyla ithal vasıtasıyla akdedilen bir tahkim anlaşmasının, Tahkim Kanunu (1996) anlamında yazılı bir anlaşma teşkil edip etmediği sorusunun cevabını, Tahkim Kanunu (1996) §6/2 hükmü vermektedir. Bahse konu hükme göre, bir sözleşmede, yazılı bir tahkim anlaşmasına yahut tahkim şartı ihtiva eden bir belgeye yapılan atıf, tahkim şartını sözleşmenin parçası hâline getirecek nitelikteyse bir tahkim anlaşması teşkil eder.⁵⁹⁴ Yapılan atıfta tahkim anlaşmasının özel olarak belirtilmesine gerek olup olmadığı hakkında ise: mahkemelerin yargılama yetkisini bertaraf etmek için iradenin çok açık biçimde ortaya konulmuş olmasının gerekli bulunduğu, zira tahkim anlaşmalarının yazılı olarak yapılması konusunda Tahkim Kanununda öngörülen zorunluluğun amacının, tarafların, bilinçli olarak ve kesin biçimde aksini kararlaştırmadıkça, haklarını korumak amacıyla mahkemelere başvurmaktan vazgeçmeleri yönünde bir anlaşma yaptıklarının kabul edilemeyeceğini vurgulamak olduğu ifade edilmektedir⁵⁹⁵. Tahkim şartının atıf yoluyla ithali için, tahkim şartına özel olarak atıfta bulunan ayrı ve belirli bir metin

⁵⁹¹ Di Pietro s.442–443.

⁵⁹² *Gray v. Carr*, **LR**, 1871, s.6.

⁵⁹³ Hosking, **Third Party**, s.539.

⁵⁹⁴ Hosking, **Third Party**, s.539–540.

⁵⁹⁵ *Aughton Ltd v. M.F. Kent Services Ltd*, **Building Law Rep.** Vol:57, 1997, s.87.

bulunmalıdır; tahkim şartının talî nitelik arz ettiği sözleşmenin hüküm ve şartlarına yapılan genel atıf yeterli değildir⁵⁹⁶. Çarterpartiden doğabilecek uyuşmazlıklara dair tahkim şartı, çarterparti hükümlerini atıf yoluyla konişmentoya ithal etmeye yönelik genel nitelikli bir atıf hükmü (misâl: “*bütün şartlar ve hükümler çarterpartideki gibidir*”) kapsamında konişmento kapsamına ithal edilmiş olmaz. Zira böyle bir atfın kapsamına yükleme, taşıma ve teslim ilişkili hükümlerin girdiği ve sonuçlarını usûl hukukunda doğuran bir hüküm olarak tahkim şartının, taşıma ile doğrudan ilgili olmadığı kabul edilmektedir.⁵⁹⁷

Yapılan genel atfın kapsamına tahkim anlaşmasının girmeyeceği sonucuna varılan, 1899 tarihli *Hamilton & Sons v. Mackie & Co* davasına⁵⁹⁸ konu sözleşmede, sözleşmeden doğacak tüm uyuşmazlıkların tahkime havale edilmesi öngörülmüştü. Sözleşmeye paralel olarak düzenlenen konişmentoda sözleşme hükümlerine atıf yapılmaktaydı. Uyuşmazlık, sözleşme hükümlerini konişmentoya ithal eden atıf hükmünün kapsamına sözleşmedeki tahkim şartının da girip girmediği noktasında toplanmıştı. Mahkeme, sözleşme hükümlerinin, konişmentoya uygun oldukları oranda atıf hükmünün kapsamına gireceğine ve tahkim şartının bunlar arasında yer alamayacağına karar vermiştir.⁵⁹⁹

Tahkime gitme iradesinin tereddüde mahâl bırakılmaksızın ortaya konulması gerektiği sonucuna varılan, 1964 tarihli *Merak* davasında⁶⁰⁰ söz konusu olan *Nubaltwood* standart çarter partisi, konişmentoların “...*all other terms, conditions, clauses including cl.32 as per cp*” şeklinde düzenlenmesini şartı koşmuşken, olayda

⁵⁹⁶ *Aughton Ltd v. M.F. Kent Services Ltd*, **Building Law Rep.** Vol:57, 1997, s.92.

⁵⁹⁷ Paul Todd, “Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading”, **Journal of Business Law**, July 1997, s.331–332; Hosking, **Third Party**, s.539–540; Steward C. Boyd, Andrew S. Burrows, David Foxton, **Scrutton on Charterparties and Bills of Lading**, 20th Edition, Sweet & Maxwell, London, 1996, s.79–80.

⁵⁹⁸ Todd s.341 ve Ülgener, **Tahkim Kızların Uygulanması**, s.71’den alınmıştır.

⁵⁹⁹ Mahkeme, 1912 tarihli *T. W. Thomas & Co Ltd v. Portsea Steamship Co Ltd* davasında (AC 1912 s.1) aynı görüşü tekrar etmiş ve aksi sonuca varılabilmesi için, atfın kapsamında tahkim şartının da yer aldığı atıf hükmünde açıkça belirtilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Todd s.335; Ülgener, **Tahkim Kızların Uygulanması**, s.71).

⁶⁰⁰ LLR 1964/2, s.327 vd.

buna uygun konişmento dzenlenmemişti.⁶⁰¹ Aslında bütün tarafların tahkim şartından haberdar olduğu ve onu atıf yoluyla konişmento kapsamına ithal etme iradelerinin bulunduğu kabul edilmekteydi. Fakat taraflar, atıf hükmünde, tahkim şartının yer aldığı 32 sayılı klozu değil, yanlışlıkla 30 sayılı klozu zikrettikleri için, tahkim şartının konişmento kapsamına ithal edilmemiş olduğu sonucuna varılmıştır.⁶⁰²

Tahkim şartı içeren standart sözleşmeye yapılan genel atfin kapsamına tahkim şartının girmediği sonucuna varılan *Hall & Tawse South Ltd v. Ivory Gate Ltd* davasında⁶⁰³ tahkim şartı içeren bir standart sözleşmeye atıfta bulunmak suretiyle hazırlanan bir iş teklifinin yer aldığı niyet mektubu söz konusuydu. Taraflar, yüklenicinin işe başlamak suretiyle niyet mektubunu kabul etmesi üzerine şeklen bir sözleşme akdetmediler. Mahkeme, *Aughton* kararına atıfta bulunarak, tarafların, tahkim şartını atıf yoluyla ithal etme iradelerini açıkça göstermeleri gerektiğine karar verdi. Tarafların esas sözleşmeye ilişkin niyetlerini gösteren niyet mektubu, atıf yoluyla ithalin gerçekleştiğinin kabulü için yeterli görülmemiştir.⁶⁰⁴

Tahkim şartı ihtiva eden standart sözleşmeye yapılan genel nitelikli atfin kapsamına tahkim şartının dâhil olmadığı sonucuna varılan *Stanstead Shipping Co Ltd v. Shenzen Nantian Oil Mills Co Ltd* davasında⁶⁰⁵ mahkeme, *Norgrain* standart sözleşmesinin arka yüzünde yer alan tahkim şartının, taraflar arasında tanzim edilen *Norgrain* tipi konişmentoya atıf yoluyla ithal edilmediğine karar vermiştir. Konişmentoda, taşıma şartları için çarterpartinin ön yüzüne atıf yapılmaktaydı fakat arka yüzüne ilişkin bir kayıt mevcut değildi. Mahkeme, hakemlerin yargılama yetkisinin bulunmadığı yönündeki hakem kararının doğru olduğuna hükmetmiştir.

⁶⁰¹ Ülgener, **Tahkim Klozlarının Uygulanması**, s.71.

⁶⁰² Todd s.344–345; Rabe, Prüssmann s.365; Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.119.

⁶⁰³ CILL 1998/2, s.1376.

⁶⁰⁴ Shackleton, **Global Warming**, s.120.

⁶⁰⁵ Merkin s.123'den alınmıştır.

Tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye yapılan atıfta tahkim şartının da zikredilmesi hâlinde tahkim şartının atıf yoluyla ithâl edilmiş olacağı sonucuna varılan *Welex AG v. Rosa Maritime Ltd* davasında⁶⁰⁶; “*Uygulanacak hukuk ve tahkim kizlarđ da dâhil olmak üzere bütün hüküm, koşul ve muafiyetler ... tarihli çarterpartideki gibidir*” hükmünü içeren bir konişmento söz konusuydu. Çarterpartinin icra edilip edilmediğı konusunda bir uyuşmazlık doğdu ve geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğı iddiasını desteklemek amacıyla mahkemeye ibraz edilen tek belge, tahkim şartının yer aldığı çarterpartiyi teyit eden teleks mesajıydı. Mahkeme, teleks mesajının, konişmentoda tarif edilen çarterparti olmak için gerekli şartları haiz olduğuna ve bu nedenle çarterpartide yer alan tahkim şartının konişmentoya ithal edildiğine karar vermiştir.⁶⁰⁷

ABD’de, atıf yoluyla ithalin, esasen, tarafların bir tahkim anlaşması yaratmaya niyet edip etmediklerine ilişkin olduğđ kabul edilmektedir. Atıf yoluyla ithal ihtiyarî bir müessesedir; bir hükmü, sözleşmede tekrarlamaksızın benimsemenin bir yoludur ve iradenin diğerk ortaya konulma biçimlerinden ayırt edilmesi olanaksızdır.⁶⁰⁸

Bir tahkim anlaşmasının, atıf yoluyla ithal vasıtasıyla kurulmasının, gerek tahkim anlaşması ihtiva eden bir sözleşmeye gerekse tahkim şartı ihtiva eden bir dizi kurallara atıfta bulunulması yoluyla gerçekleştirilebileceğı konusunda genel kabul mevcuttur. Ne var ki, tahkim anlaşmasını ithal eden atıf metninde tahkim anlaşmasının özel olarak zikredilmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. *Progressive Casualty Insurance Co v. CA Reaseguradora Nacional de Venezuela* davasında⁶⁰⁹ ABD Temyiz Mahkemesi, FAA’nın tahkim yanlısı politikasına atıfta bulunarak, her iki tarafça imzalanan sigorta poliçesinin, tahkim şartı içeren ihtiyarî reasürans sözleşmesine, tahkim şartı özel olarak zikredilmeksizin tâbi kılınması hâlinde geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulmuş bulunduğı sonucuna varmıştır.

⁶⁰⁶ EWHC 2002, s.762.

⁶⁰⁷ Merkin s.123.

⁶⁰⁸ Hosking, **Third Party**, s.541.

⁶⁰⁹ 991 F.2d s.42 (2d Cir. 1993).

Buna karşılık, *Cargill Inc v. Golden Chariot* davasında⁶¹⁰, atıf yoluyla ithalin kapsamına tahkim şartının da dâhil olduğunun kabulü için, yapılan atıfta tahkim şartının açıkça zikredilmesinin gerekli olduğuna karar verilmiştir.⁶¹¹

Tahkim şartının atıf yoluyla ithâl edilebilmesi için, tarafların tahkime gitme yönündeki iradelerinin hiçbir tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya konulması gerektiğinin altının çizildiği *Misr Insurance Co v. MV Har Sinai* davasına⁶¹² konu olayda gemi sahibi, tahkim şartı ihtiva eden bir zaman çarter sözleşmesi akdetmişti. Kiracı ise yine aynı standart sözleşmeyi esas alarak, tahkim şartı ihtiva etmeyen bir alt zaman çarter sözleşmesi akdetmişti. Alt kiracı tarafından tanzim edilen konişmentoda, çarter sözleşmesine atıfta bulunulmaktaydı. ABD mahkemeleri, konişmento hâmilinin tahkim yoluna başvurmak zorunda olmadığını, zira iki ayrı çarter sözleşmesi bulunduğunu belirterek ve konişmentoda bu sözleşmelerden hangisine atıf yapıldığının belirli olmadığına karar vererek, tahkim şartının konişmento hâmiline karşı ileri sürülemeyeceği sonucuna varmıştır.⁶¹³

Tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye yapılan genel nitelikteki atfın kapsamına tahkim şartının da dâhil olduğu sonucuna varılan *Japan Sun Oil Co v. M/V Maasdiijk* davasında⁶¹⁴ çarterpartinin, tahkim şartı içeren ilâvesi, çarterpartinin akdedilmesinden sonra ve fakat konişmentonun hazırlanmasından önce tamamlanmıştı. Konişmento, çarterpartinin hükümlerini, çarterpartinin akdedildiği tarihi belirtmek suretiyle atıf yoluyla ithal etmekteydi fakat ilâvenin akdedilme tarihi zikredilmemişti. Ortada sadece bir tane çarterparti bulunduğu gerekçesiyle, ilâvenin de atıf yoluyla ithal kapsamında yer aldığına karar verilmiştir.⁶¹⁵

Tahkim şartı ihtiva eden sözleşmeye yapılan genel nitelikli atfın kapsamına tahkim şartının da girdiği sonucuna varılan *Steel Warehouse Co v. Abalone Shipping*

⁶¹⁰ 31 F.3d s.316 (5th Cir. 1994).

⁶¹¹ Hosking, **Third Party**, s.541–542.

⁶¹² 1978 AMC s.1223.

⁶¹³ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.113.

⁶¹⁴ 864 F.Supp. s.561; 1995 AMC s.726 (ED La. 1994).

⁶¹⁵ Bagot, Henderson s.454.

Ltd davasında⁶¹⁶ ABD menşeli alıcı ile İngiliz satıcı arasında çelik boru alımına ilişkin sözleşme akdedilmişti. Borular Bulgaristan’da üretilecek ve bir çarterparti kapsamında deniz yoluyla ABD’ye taşınacaktı. Taşıma esnasında borular deniz suyundan zarar görmüş ve alıcı tarafından ABD mahkemelerinde bir dava açılmıştır. Satıcı ve onun yan şirketi olan taşıyıcı şirket, çarterpartiyeye atıf yapılması suretiyle CONGEN tipi konişmentoya ithal edilen tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme, alıcının bu tahkim şartından yeteri kadar haberdar olduğuna, zira bu tahkim şartının CONGEN tipi konişmentolarda mutaden yer aldığına karar vermek suretiyle tahkim itirazını kabul etmiştir.⁶¹⁷

Tahkim şartı ihtiva eden sözleşmeye, tahkim şartı zikredilmeksizin yapılan atfın kapsamına tahkim şartının da dâhil olduğu sonucuna varılan *Bartley v. Jefferson Parish School Board* davasında⁶¹⁸ esas yüklenici, işverene ve alt yüklenicilerden birine karşı mahkemede açtığı davayla, inşa sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın tahkime tâbi olduğuna karar verilmesini talep etmiştir. Alt yüklenici, kendisi ile esas yüklenici arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmalıkların tahkime götürülmesinin öngörülmediğini iddia etmiştir. Alt sözleşmede yer alan, esas sözleşmeye yönelik atıf hükmü uyarınca “...bütün plânlara, şartlara, ekler, teklif ve sözleşme bu sözleşmenin parçası hâline getirilmiştir.” Mahkeme, her ne kadar alt yüklenici esas sözleşmede yer alan tahkim şartını imzalamamış olsa da, alt sözleşmenin, tahkim şartının yer aldığı esas sözleşme hükümlerini atıf yoluyla ithal ettiğine işaret ederek bu iddiayı reddetmiştir.^{619 620}

⁶¹⁶ 141 **F.3d** s.234 (4th Cir.1998).

⁶¹⁷ Murray s.351–352.

⁶¹⁸ 302 **So. 2d** s.280 (La 1974).

⁶¹⁹ Dileo s.48–49.

⁶²⁰ Aynı sonuca varılan *Import Export Steel Corp v. Mississippi Valley Barge Line Co* davasına [351 **F.2d** s.503–506 (2d Cir.1965)] konu olayda, bir denizcilik şirketi, bir çarterparti çerçevesinde işletilen bir gemiyi, acentasından bir alt sözleşmeyle kiralamış ve acentanın bu çarterpartiden kaynaklanan tüm hak ve yükümlülüklerine sahip olmuştur. Denizcilik şirketi tarafından tanzim edilen konişmentolarda bu alt sözleşmeye atıfta bulunulmakta ve alt sözleşmenin bütün hükümleri konişmento kapsamına ithal edilmekteydi. Taşınan malda hasar meydana gelmesi üzerine mahkemede açılan davada mahkeme, alt sözleşmeye yönelik atıf kapsamında tahkim şartının, konişmento kapsamına ithal edildiği ve alt kiracının tahkime gitmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (Schlösser s.128; Townsend s.20; Eisen s.45 dn.12).

Milletlerarası Mal Satışı Hakkında BM Konvansiyonunun uygulandığı *Filanto* davasında⁶²¹ davalı *Chilewich* bir ABD şirketi idi. O zamanki Sovyetler Birliği'nde bulunan alıcıya ayakkabı temin etmeyi taahhüt etmişti. *Chilewich* bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifa etmek için, bir İtalyan ayakkabı üreticisi olan *Filanto* ile bir sözleşme akdetmiştir. *Filanto* ile akdedilen bu sözleşme, tahkim şartı ihtiva eden bir Rus satım sözleşmesinin hükümlerini atıf yoluyla ithal etmekteydi. Mahkeme, *Filanto*'nun tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna hükmederken, müzakerelerin veya ticarî örf âdetin nazara alınmasına müsaade eden m.8/3 ve öneride bulunulanın öneriye yönelik rızasını ortaya koyan bir beyan veya davranışının kabul teşkil edebileceği hakkındaki m.18/1 gibi, Konvansiyon kapsamında yer alan yorum kurallarından faydalanmış ve FAA'nın tahkim yanlısı politikasına da atıf yapmıştır.⁶²²

Tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye yapılan genel atfın kapsamına tahkim şartının da girdiği sonucunun hâsıl olduğu, Ontario mahkemelerinin önüne gelen bir ICC hakem kararının iptali davasına konu olayda; Meksika şirketi (D)'nin hâkimiyetindeki Meksika şirketi (A) ile Küba şirketi (B) arasında, Küba şirketi (C)'nin %49 hissesinin alımına ilişkin bir sözleşme akdedilmiştir. Daha sonra, İtalyan şirketi (F) ve Hollandalı yan şirketi (G) ile (D) arasında, (A)'nın %25 hissesinin satımına ilişkin olan, (D)'nin bütün yükümlülükleri bakımından Meksika şirketi (E)'nin müşterek ve müteselsil sorumluluğunu tesis eden ve ICC tahkim şartı içeren bir abonelik sözleşmesi akdedilmiştir. (E) sözleşmeyi imzalamış ve onaylamıştır. (D), (A) ve (E) şirketleri *Javier Garza Calderón*'a aitti. Abonelik sözleşmesinin ekinde *Garza*, (D) tarafından üstlenilen bütün yükümlülükleri müşterek ve müteselsil olarak taahhüt etmiştir. Daha sonra (F), *Garza*'nın hâkimiyetindeki bir başka Meksika şirketi olan (H)'nin, (D)'nin başhissedarı olduğunu öğrenmiştir. Taraflar, Meksikalı şirketler üzerindeki hisse sahipliğini birbirine bağlayan ikinci bir ek sözleşme akdetmiştir. Bu ek sözleşme, (D)'nin,

⁶²¹ *Filanto, SpA v. Chilewich Int'l Corp.*, 789 F.Supp. s.1229 (SDNY 1992).

⁶²² Susan L. Karamanian, "The Road to the Tribunal and Beyond: International Commercial Arbitration and United States Courts", *George Washington International Law Review*, Vol:34, 2002, s.71-72; Hosking, *Third Party*, s.544.

sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine genel olarak atıfta bulunmakta ve *Garza*'nın, (A) ve (D)'nin ana şirketine ve (D) veya (A)'da hissedar olan yan şirketlere yapılan atıflar dâhilinde ele alınacağı öngörmekteydi. Bir uyuşmazlık doğması üzerine (F) tarafından, (D), (E), (H) ve *Garza* aleyhine Ottawa'da ICC tahkimi başlatıldı ve (F), (D) ile arasındaki abonelik sözleşmesinin feshiyle zararının tazminini talep etti. (D), hakem heyetinin yargılama yetkisine; (E), (H) ve *Garza* bakımından itirazda bulundu. Hakem heyeti bütün davalılar bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğuna hükmederek abonelik sözleşmesinin feshine ve davalıların, (F)'nin 291 milyon ABD Dolarlık yatırımının geri çevrilmesinden, 14 milyon ABD Doları mahrum kalınan kârdan ve faizden müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna karar verdi. Davalılar Ontario mahkemelerinde, hakemlerin yargılama yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle hakem kararına karşı itirazda bulundular. Ontario mahkemesi, itirazı reddetmiş ve hakem heyetinin tüm davalılar bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğuna hükmetmiştir. Hâkim, hakem kararında yer alan; tarafların, abonelik sözleşmesine ek sözleşmeleri akdetmek suretiyle kendilerini tahkim anlaşmasıyla bağladığı yönündeki saptamayı benimsemiş ve tahkim şartının atıf yoluyla ithal teorisinin uygulanması suretiyle akdedildiğinin kabulü için UNCITRAL Model Kanunu m.7'ye dayanarak, esas sözleşmede tahkim şartına açıkça atıfta bulunulmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Hâkim ayrıca abonelik sözleşmesinde ve buna ek sözleşmelerde yapılan genel atıfları geniş yorumlamış ve (E) ile *Garza*'nın, (D) tarafından üstlenilen yükümlülükler kapsamında tahkime gitme yükümlülüğüne de tâbi olduğuna karar vermiştir.⁶²³

Fransız Medenî Usûl Kanunu m.1443/1 hükmüne göre, esas sözleşmede, tahkim anlaşması ihtiva eden bir belgeye atıfta bulunulması hâlinde geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş sayılır. Fransız hukuku, tahkim anlaşmasının dar yorumlanmasını reddetmekte⁶²⁴ ve Fransız mahkemeleri, atıf yoluyla ithal bakımından tahkim anlaşmasına herhangi bir sözleşme imişçesine yaklaşmakta ısrar etmektedir. Bu yüzden, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla

⁶²³ Stewart R. Shackleton, "Case Comment: Canada", *International Arbitration Law Review*, Vol:3, No:1, 2000, N.9-12.

⁶²⁴ Fouchard, Gaillard, Goldman s.260-261.

akdedilmesi meselesi, tarafların, aralarındaki uyuşmazlıkları tahkime tâbi kılma iradelerinin mevcudiyeti ve kapsamı açısından incelenmektedir. Bu iradenin mevcudiyet ve kapsamının yorumunun, tahkim anlaşmalarının yorumuna ilişkin, genişletici yahut daraltıcı olmayan genel prensipler vasıtasıyla yapılması gerektiği kabul edilmektedir.⁶²⁵

Tahkim şartının yer aldığı standart şartlara yapılan genel nitelikli atfın, geçerli bir tahkim anlaşmasının teşkili için yeterli görülmediği *Société Dreistern Werk v. Société Crouzier* davasına⁶²⁶ konu olayda, taraflar, tahkim şartı içeren 188 Sayılı UNEC Genel Şartlarına atıfta bulunan bir satım sözleşmesi akdetmiştir. Tahkim şartı, Nancy Temyiz Mahkemesi tarafından geçersiz kabul edilmiştir. Ne var ki *Cour de Cassation*, tahkim şartının geçerliliğine ilişkin kararın, tarafların, tahkim şartı içeren UNEC genel şartlarına gerçekten aşına olup olmadıkları saptanmaksızın alınamayacağına hükmederek kararı bozmuştur.⁶²⁷

Tahkim şartının yer aldığı standart şartlara yapılan genel nitelikli atfın kapsamına tahkim şartının dâhil olup olmadığının tayininde, tarafların belirli bir sektörde sahip oldukları tecrübenin nazara alınması gerektiği sonucuna varılan, *Bomar Oil* davasından kaynaklanan kararlar serisine konu olayda, Tunuslu petrol şirketi *Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières (ETAP)*, teleks mesajlarıyla kurulan ve tahkim şartı içeren standart şartlara atıfta bulunan sözleşme gereğince *Bomar*'a ham petrol satmayı taahhüt etmiştir. Uyuşmazlık doğduğunda *Bomar*, kendisi bakımından bağlayıcı bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle tahkim yargılamasında yer almayı reddetmiş, *ETAP* ise, tahkim şartının atıf yoluyla sözleşmeye ithal edildiğini iddia etmiştir. Hakem kararına göre de atıf yoluyla kurulmuş geçerli bir tahkim anlaşması mevcuttu.⁶²⁸ Paris Temyiz Mahkemesi, New York Konvansiyonu m.II hükmünün, anlaşmada belirsizlik bulunmadığı sürece, tahkim anlaşmasının atıf yoluyla ithâl vasıtasıyla kurulmasına engel olmayacağına ve

⁶²⁵ Hosking, **Third Party**, s.542.

⁶²⁶ **Rev.Arb.** 1991/2, s.291.

⁶²⁷ Di Pietro s.450.

⁶²⁸ Lamm, *Aqua* s.729; Fouchard, Gaillard, Goldman s.277; Hosking, **Third Party**, s.542.

burada tarafların, hatırı sayılır ölçüde petrol endüstrisi tecrübesi bulunduğuna karar vererek hakem kararını onamıştır.⁶²⁹ Bu karar, New York Konvansiyonunun, tarafların mutlak yazılı şartlardan haberdar olmalarını sağlayan uzun süreli bir iş ilişkisinin yokluğu hâlinde tahkim şartının sözleşmede zikredilmesini gerektirdiği gerekçesiyle *Cour de Cassation* tarafından bozulmuştur.⁶³⁰ Ne var ki Versailles Temyiz Mahkemesi⁶³¹, bu tür bir şartın mevcudiyetinin ana sözleşmede zikredilmemesi hâlinde, iradîlik prensibinin, tahkim anlaşmasına dayanan tarafın, diğer tarafın ana sözleşmeyi akdettiği esnada tahkim şartından haberdar olduğunu ispatlamasını gerektirdiğine hükmederek, hakem kararını iptal etmemiştir. Bu davadaki taraflar tacir olduğundan, her tür ispat vasıtası caizdi. Versailles Temyiz Mahkemesi buna bağlı olarak teleks mesajlarının teatisine ve tarafların işadamları basiretine istinaden, tarafların tahkim şartından haberdar olduğuna ve tahkim şartının sözleşmeye atıf yoluyla geçerli olarak ithal edilmiş bulunduğuna karar vermiştir.⁶³²

Fransız mahkemelerinin, atıf yoluyla ithal edilen tahkim şartının mevcudiyetini benimsemeyi reddettiği *Psichikon Compania Naviera Panama v. SIER* davasındaki⁶³³ vakıalar, iradenin mevcudiyeti konusunda gerçek şüpheler ortaya koymaktaydı. Bu davada, donatan, diğer tarafın haberi olmaksızın sözleşmede tek taraflı değişiklikler yapmıştı; bu yüzden Saint Denis de la Réunion Temyiz Mahkemesi tahkim şartının atıf yoluyla geçerli olarak ithal edilmediğine karar vermiş ve bu karar *Cour de Cassation* tarafından onanmıştır.⁶³⁴

Alman hukukunda, ZPO §1031/IV hükmü uyarınca, tahkim şartı ihtiva eden charterpartie atıfta bulunan konişmentonun, bahse konu tahkim şartına tâbi

⁶²⁹ CA Paris, 29.1.1987, *Bomar Oil v. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières*, **Rev.Arb.** 1987, s.482; **YBCA**, Vol:13, 1988, s.466.

⁶³⁰ Cass. 11.10.1989, *Bomar Oil v. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières*, **Rev.Arb.** 1990, s.134.

⁶³¹ CA Versailles, 23.1.1991, *Bomar Oil v. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières*, **Rev.Arb.** 1991, s.291.

⁶³² Di Pietro s.444–445; Hosking, **Third Party**, s.543; Alvarez s.77–78; Van Houtte, **Consent to Arbitration**, s.5.

⁶³³ **Rev.Arb.** 1992, s.553.

⁶³⁴ Fouchard, Gaillard, Goldman s.279–280; Hosking, **Third Party**, s.543.

olabilmesi için, çarterparti hükümlerine yapılan atıfta tahkim şartının da açıkça zikredilmesi gereklidir.⁶³⁵

Tahkim şartının yer aldığı standart sözleşmeye yapılan genel nitelikli atfın, geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması için yeterli olmadığı sonucuna varılan, Macaristan Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi tarafından Budapeşte’de verilen hakem kararının tenfizi davasında; tahkim anlaşmasının yer aldığı standart sözleşmeye yapılan atfı içeren belgelerin taraflarca imzalanması suretiyle ve fakat standart şartlara sahip tarafın bunları diğer tarafa göndermemesi karşısında geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığı tartışma konusu olmuştu.⁶³⁶ Meseleyi, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliği kapsamında mütalâa eden ve Macar hukukunu uygulamak suretiyle sonuca giden tenfiz mahkemesi, Macar hukukunun, tahkim şartının yer aldığı standart sözleşmeye yapılan genel atfın, geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulması için yeterli görmediğini; bununla birlikte davacı tarafından dava dilekçesinde bir anlaşmanın varlığının iddia edilmesine davalının cevap dilekçesinde itiraz etmemesi yoluyla geçerli bir anlaşmanın kurulmuş olacağını öngördüğünü işaret ederek, davalının cevap dilekçesinde tahkim anlaşmasının varlığına itiraz etmeyişine istinaden tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmiştir. Hatta mahkeme, bu hükmü, hukukun genel bir prensibi olarak da nitelendirmiştir.⁶³⁷

İspanya Yüksek Mahkemesi 30.1.1986 tarihli bir kararında⁶³⁸ tahkim şartı içeren genel şartlara yapılan genel atfın; taraflar arasındaki ilişkinin uzun süredir devam ediyor olması, genel şartların önerildiği tarafın, diğer tarafın bu sözleşme şartları çerçevesinde faaliyet gösterdiğini bilmesi ve genel şartların önerildiği tarafın, malları hiçbir ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin kabul etmesi karşısında geçerli bir tahkim şartı kurmaya yeterli olduğunu belirtmiştir.⁶³⁹

⁶³⁵ Rabe, Prüssmann s.365; Ülgener, **Çarter Sözleşmeleri**, s.614.

⁶³⁶ Gusy s.368–369.

⁶³⁷ Gusy s.374.

⁶³⁸ **YBCA**, Vol:13, 1988, s.512.

⁶³⁹ Alvarez s.78 dn.36.

İtalyan Medenî Usûl Kanunu⁶⁴⁰ m.833/2 hükmüne göre, taraflarca sözleşmeye atıf yoluyla ithal edilen genel şartlar içinde yer alan tahkim şartı, tarafların tahkim şartından haberdar olması veya olağan bir çabayla haberdar olabilecek durumda bulunması şartıyla geçerlidir. İtalyan Yüksek Mahkemesi tarafından karara bağlanan *Conceria Madera Srl v. Fortstar Leather Ltd* davasında⁶⁴¹ taraflar, tahkim şartı içeren *International Tanners Council and the International Council of Hides, Skins and Leather Traders Associations* standart şartlarına genel atıfta bulunan bir sözleşme akdetmiştir. İtalyan mahkemesi, özel atfın yokluğu hâlinde tahkim şartının geçerli olarak ithal edilemeyeceği iddiasını reddetmiştir. Mahkeme, her iki tarafın da deneyimli tacirler olması ve standart şartlardan haberdar olmadıklarını iddia etmemiş olmamaları karşısında, taraflarca yapılan atfın geçerli bir tahkim şartı meydana getirdiğine karar vermiştir. Mahkemenin analizinin odak noktası, m.833/2 hükmüne uygun olarak, tarafların deneyimli tacirler olması ve standart sözleşmeye yapılan atfın, tahkim şartının atıf yoluyla ithaline yol açacağını bilmek durumunda bulunmalarıdır.⁶⁴²

Yunan hukukunda 1999 yılına dek konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle mahkemelerin, uluslararası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda yorum yaptıkları ve konişmentoda, tahkim şartı ihtiva eden bir başka belgeye atıfta bulunulması hâlinde bu atfın, objektif ölçülere ve somut hukukî ilişkiyle ilgili uluslararası ticarî örf âdete göre anlaşılabilir ve açık olmasını aradıkları ifade edilmektedir. 1999 yılında yürürlüğe giren ve UNCITRAL Model Kanunu'nu esas alan 2735 sayılı Yunan Milletlerarası Ticarî Tahkim Kanunu⁶⁴³ m.7/6 hükmü, konişmentoda çarterpartideki tahkim şartına açıkça atıfta bulunulması hâlinde geçerli bir tahkim anlaşmasının yapılmış olacağını öngörmüştür.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ *Gazzetta Ufficiale*, n.253 del 28.10.1940.

⁶⁴¹ *YBCA*, Vol:27, 2002, s.500.

⁶⁴² Di Pietro s.450–451.

⁶⁴³ *Revue Hellenique de Droit International*, Vol:52, 1999/2, s.586 vd.

⁶⁴⁴ Ekşi, *Tahkim Anlaşmaları*, s.122–123.

Türk MTK m.4/2 hükmü uyarınca, asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılmış olması hâlinde geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılacaktır. Bu düzenleme neticesinde artık Türk hukukunda tahkim şartı içeren bir belgeye yapılan genel bir atfın geçerli bir tahkim anlaşması kurmaya yeteceği ve tahkim anlaşmasının bu atıfta özel olarak zikredilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir.⁶⁴⁵

Aksi görüş uyarınca, tahkim şartı içeren bir belgeye, bu belgeyi sözleşmenin bir parçası yapmak amacıyla yapılan genel atıflar kural olarak sadece bu belgede yer alan maddî hukuk karakterli şartlara ilişkindir ve tahkim şartı bu kapsama girmez. Zira tahkim anlaşması, esas sözleşmenin içinde bir şart biçiminde düzenlense dahi, niteliği itibariyle istisnaî ve maddî hükümlerden bağımsız bir anlaşmadır. Bu itibarla, tahkim şartı içeren bir belgeye, bu belgeyi sözleşmenin bir parçası hâline getirmek amacıyla yapılan atfın kapsamına tahkim şartının da girmesi arzu ediliyorsa, atıf hükmünde tahkim anlaşmasının zikredilmesi suretiyle özel atıf yapılması gereklidir.⁶⁴⁶

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 1997 senesinde verdiği bir karara⁶⁴⁷ konu olayda, taraflar arasında yürütülen sözleşme müzakereleri esnasında davacı, davalıya gönderdiği yazıda, işlenmemiş yağa ihtiyaçları bulunduğunu belirterek CIF Tekirdağ fiyatının ne olduğunu sormuş ve diğer şartların 500 nolu FOSFA 54 sözleşmesine tâbi olduğunu bildirmiş; gelen cevap üzerine gönderdiği yazıda da ayçiçek yağı siparişi vermiş ve yağın niteliğini belirterek, diğer koşulların FOSFA 54'e tâbi olduğunu bildirmiş, bunun üzerine davalı tarafından iki adet sözleşme düzenlenerek davacıya gönderilmiştir. Davalı bu sözleşmeyi imzalamadığını ve bu nedenle geçerli bir tahkim şartı bulunmadığını ileri sürmüştü de Yargıtay, davalı tarafından davacıya gönderilen muhtelif yazılardan, taraflar arasında satım sözleşmesinin kurulduğunun kabulünün gerektiğini ve davalının davacıya gönderdiği yazılarda diğer koşulların FOSFA kurallarına tâbi olduğunu kabul ettiğinden ve yazışmalara göre geçerli bir

⁶⁴⁵ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s.1038–1039.

⁶⁴⁶ Şanlı, **Nomer'e Armağan**, s.774.

⁶⁴⁷ Y 19. HD E.1996/9619, K.1997/4669, T.8.5.1997; **YKD** 1997/11, s.1772–1775.

sözleşme kurulduğundan, taraflar arasında New York Konvansiyonu m.II anlamında geçerli bir tahkim şartı bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu karar daha sonra 5.4.1998 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla⁶⁴⁸ onanmıştır.

Doktrinde, bir sözleşmenin kapsamına atıf yoluyla ithal edilen tahkim anlaşmalarının geçerliliği meselesinin, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği kapsamında mütalâa edilmesi gerektiği de öne sürülmektedir. Bununla birlikte tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğinin, tarafların tahkim iradesinin bulunup bulunmadığıyla da yakından bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Zira şekil zorunluluğu, tarafların tahkim üzerinde bilinçli bir şekilde anlaşmalarını temin amacını gütmektedir.⁶⁴⁹

New York Konvansiyonu'nun, tahkim anlaşmalarının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla kurulmasını da kapsamına aldığı benimsendiği kararlarda, atıf yoluyla ithalin Konvansiyona uygun olduğunu ortaya koymak için değişik gerekçelere istinat edilmiştir. Bu kararların müşterek özelliği, tarafların, yapılan atfın hükümlerinden haberdar olduğunu ortaya koyan delillerin bulunması durumunda, tahkim anlaşmasının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesidir. Tarafların haberdar oluşunun ortaya konulmasında; tarafların statüsü, atfın niteliği ve tarafların ait olduğu sektörün âdetleri nazara alınmaktadır. Meselâ belirli bir sektör bakımından tecrübe sahibi profesyonel kişilerce yapılmış olması ile tamamen tecrübesiz yahut az tecrübeli kişilerce yapılmış olması arasında ayırım yapılmaktadır. Keza uzun zamandır süregelen bir iş ilişkisine sahip bulunan tarafların, aralarındaki bu iş ilişkisini, esasen tahkim şartı içeren genel şartlar üzerine inşa etmiş olmaları da fark yaratmaktadır.

Bir tahkim anlaşmasının, bir hükmü, sözleşmede tekrarlamaksızın benimsemenin bir yolu olan *atıf yoluyla ithal* vasıtasıyla kurulup kurulmadığı, esasen, tarafların bir tahkim anlaşması yapmaya niyet edip etmediklerine ilişkindir. Bu yüzden, tahkim anlaşmalarının *atıf yoluyla ithal* vasıtasıyla akdedilmesi meselesi,

⁶⁴⁸ Y HGK E.1998/19-256, K.1998/279, T.15.04.1998: Nomer, Ekşi, Öztekin s.619.

⁶⁴⁹ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.43-44.

tarafının, aralarındaki uyuşmazlıkları tahkime tâbi kılma iradelerinin mevcudiyeti ve kapsamı açısından incelenmelidir. Bu iradenin mevcudiyet ve kapsamının yorumu konusunda ise, tahkim anlaşmalarının sahip olduğu *istisnâî* karakteri hesaba katan yorum prensiplerinin takip edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yapılan atıfta tahkim anlaşmasının özel olarak belirtilmesine gerek olup olmadığı hakkında ise, mahkemelerin yargılama yetkisini bertaraf etmek için iradenin çok açık biçimde ortaya konulmuş olmasının gerekli bulunduğu, zira tahkim anlaşmalarının yazılı olarak yapılması konusundaki kuralın amacının, tarafların, bilinçli olarak ve kesin biçimde aksini kararlaştırmadıkça, haklarını korumak amacıyla mahkemelere başvurmadan vazgeçmeleri yönünde bir anlaşma yaptıklarının kabul edilemeyeceğini vurgulamak olduğu görüşüne katılmaktayız. Bize göre, tahkim şartının atıf yoluyla ithali için, tahkim şartına özel olarak atıfta bulunan ayrı ve belirli bir metin bulunmalıdır; tahkim şartının talî nitelik arz ettiği sözleşmenin hüküm ve şartlarına yapılan genel atıf, geçerli bir tahkim anlaşması akdedildiğinin kabulü için yeterli değildir. Zira böyle bir atfın kapsamına maddî hukuk sözleşmesinin esasına ilişkin hükümlerin girdiği ve tahkim şartının bu hükümlerden olmadığı görüşüne iştirak ediyoruz. Tarafların deneyimli tacirler olması, aralarındaki ilişkinin uzun süredir devam ediyor olması, genel şartların önerildiği tarafın, diğer tarafın bu sözleşme şartları çerçevesinde faaliyet gösterdiğini bilmesi, genel şartların önerildiği tarafın malları hiçbir ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin kabul etmesi de tahkim anlaşmasına yönelik iradenin *açıkça* yahut tereddüde mahâl bırakmamak kaydıyla *zımnen* ifşa edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz yahut bu zorunluluğun gereğini yerine getirmiş olmaz. Bu itibarla, çarterpartiden doğabilecek uyuşmazlıklara dair tahkim şartının, çarterparti hükümlerini atıf yoluyla konişmentoya ithal etmeye yönelik genel nitelikli bir atıf hükmü çerçevesinde konişmento kapsamına ithal edilmiş olmayacağı kanısındayız.

(3) Konişmentonun Devri

(a) Genel Olarak

Bu kısımda ele alınacak mesele, tahkim şartı ihtiva eden bir konişmentoyu devir yoluyla iktisap eden kişilerin, bu tahkim şartıyla bağlı olup olmadığıdır.

Konişmentoda, iradesini açıkça ortaya koyan yalnızca bir taraf bulunduğundan, konişmento keşide edildiği esnada konişmento hâmilinin veya sonraki hâmillerin iradelerinin ortaya konulması mümkün değildir. Yükleten konişmentoyu devrettiğinde, alıcının yahut cirantanın, konişmentonun içeriğine ilişkin bir beyanda bulunması da söz konusu değildir.⁶⁵⁰ Bu itibarla konişmentoda yer alan tahkim şartının, konişmentonun hâmilleri üzerinde sahip olacağı etki tereddüt uyandırmaktadır.

(b) Anglo Sakson Hukuku

ABD mahkemelerinin içtihatları, genel olarak, çarterpartideki tahkim şartının, konişmento hâmili üçüncü kişiler bakımından bağlayıcı olduğu yönündedir. *Lowry & Co v. SS Nadir* davasında⁶⁵¹ Türkiye'den ABD'ye şeker taşınması söz konusuydu. Yük hasara maruz kaldı ve gönderilen, konişmentoda, çarterpartiye yapılan atfın, kendisini tahkimle bağlamak için yeterli olmadığını ve tahkim şartının sadece donatan ile kiracı arasındaki taleplere ilişkin olduğunu iddia ederek New York mahkemelerinde, Türk taşıyandan, zararını tazmin etmesini talep etti. Çarterpartideki tahkim şartı şöyleydi: “*Bu sözleşmeden kaynaklanan bütün uyuşmazlıklar hakemlere havale edilecektir.*” Mahkemeye göre, çarterpartilerle birlikte kullanılacak olan konişmentoda yer alan atf klozu, çarterpartideki bütün şart ve hükümlerin konişmentoya dâhil edildiğini ortaya koyduğundan, yeterince genişti. Ayrıca konişmentodaki navlun klozu, navlun bedelinin 19.9.1962 tarihli çarterpartideki gibi ödeneceğini öngörerek çarterpartiye atf yapmıştı. Böylece mahkeme, tahkim şartının, *donatan* veya *kiracıdan* değil, *taraf*lardan ve *davalıdan* bahsettiğine hükmetmiş ve gönderilenin iddiasını reddederek, taşıyan aleyhindeki talebini tahkim yoluyla ileri sürülmesi gerektiğine karar vermiştir^{652, 653}.

⁶⁵⁰ Richter s.338.

⁶⁵¹ 223 **F.Supp.** s.871; 1965 **AMC** s.1340 (SDNY 1963).

⁶⁵² *Elveris* s.629–630; *Bravar* s.119.

⁶⁵³ *Alucentro Div Dell'Alusuisse Italia SpA v. M/V Hafnia* davasında [785 **F.Supp.** s.155 (MD Fla. 1991)] davalı donatan, yüke ilişkin olarak mahkemede açılan davada, konişmentodaki tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Konişmento, davaya taraf olmayanlar arasında akdedilmiş bulunan ve tahkim şartı ihtiva eden çarterpartinin hükümlerini atf yoluyla ithal etmişti. Mahkeme, tahkim şartının lafzının, tahkim şartının sadece donatan ve kiracı arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olduğunu ortaya koymayıp genel bir ifade tarzıyla çarterpartiden

Konişmentoya atıf yoluyla ithal edilen tahkim şartının lafzının, “...*bu sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıklara uygulanır*” şeklinde olmasından ötürü, sözleşmeye ilişkin hizmetlere dâhil olan üçüncü kişilerin taleplerinin de tahkim şartının kapsamına girdiğine karar verilen *Ventura Maritime Co v. ADM Export Co* davasına⁶⁵⁴ konu olayda, donatan, konişmentodan kaynaklanan bir uyuşmazlık hakkında dava açmış ve charterpartie taraf olmayan *ADM Export* aleyhine, tahıl yüküne ilişkin iddialarda bulunmuştur. *ADM Export*, yükü buharla dezenfekte etmiş ve fakat *Ventura*, yükü temiz teslim aldığına ilişkin bir makbuz düzenlemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine *ADM Export*, karşı dava açarak temiz makbuzunun, tahıl ithalatı için bir koşul olan temiz bir konişmentonun önşartı olduğu gerekçesiyle tazminat talebinde bulunmuş ve tahıl yükünün uğradığı hasarı konişmento üzerine şerh ederek satış bedelinde indirim gitmiştir. *Ventura* ise *ADM Shipping* ile tanzim ettikleri konişmentoda yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuş ve mahkeme, charterparti *ADM Export* ile değil *ADM Shipping* ile yapılmış olmasına rağmen, karşı talebin tahkime tâbi olması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, davadaki tahkim şartında da görüldüğü üzere, ‘*bu sözleşmeden doğan bütün uyuşmazlıklar*’ı tahkime tâbi kılan geniş bir tahkim şartı, charterpartieyle bağlı oldukları takdirde üçüncü kişileri de kapsamına alır.⁶⁵⁵

ABD hukukunda, konişmentonun sonraki hâmillерinin, konişmentoda yer alan tahkim şartıyla bağlı olmayacağını öngören içtihatlar da mevcuttur. *Pacific Lumber & Shipping Co v. Star Shipping* davasında⁶⁵⁶ gönderen, konişmentoları geminin kalkışından hemen sonra elde etmişti. Konişmentolara, taşıyan tarafından tahkim şartı konulmuş ve gönderene tahkim şartını ne müzakere etme ne de kaldırma imkânı tanınmıştı. Bu nedenle, taşıyanın, derdest tahkim yargılamasının durdurulması talebi mahkemelerce reddedilmiştir; zira bahse konu konişmentoların,

kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamakta olduğu için, bu davadaki yük ilgilileri gibi üçüncü kişilerin tahkim şartıyla bağlı olduklarının kabul edilebileceğine karar vermiştir (McCormack s.79–80).

⁶⁵⁴ 44 F.2d s.807 (ED La. 1999).

⁶⁵⁵ Dileo s.49–50.

⁶⁵⁶ 464 F.Supp. s.1314; 1979 AMC s.2137 (WD Wash. 1979).

taşıyan tarafından tek taraflı olarak empoze edilen ve gönderen tarafından rıza gösterilmeyen anlaşmalar olduklarına karar verilmiştir.⁶⁵⁷

Tahkim şartının, sadece donatan ile kiracı arasındaki uyuşmazlıkların tahkime havalesini öngörecektir şekilde kaleme alınması hâlinde üçüncü kişileri bağlaması mümkün görülmemektedir. *Production Steel Co v. SS Francois* davasında⁶⁵⁸ mahkeme, bir konişmentonun, çarterpartideki bütün şart ve hükümlere tâbi kılındığını gösteren genel atfin, davacı yük sahibini, çarterpartinin taraflarının tâbi olduğu tahkim şartına tâbi kılmak için yeterli olmadığına karar vermiştir. Konişmentoda, çarterpartiye yapılan atfin amacı, çarterpartinin taraflarının hak ve yükümlülüklerini davacıya yüklemek değil; yükletenin ve gönderilenin, çarterpartiden doğan haklarını kullanmalarından doğabilecek bütün risk ve hasarı karşılayacaklarını teminat altına almaktır. Tahkim şartı, hükümlerinde açık ve net biçimde ortaya konulduğu üzere, sadece çarterpartinin taraflarına ilişkindir; yani sadece donatan ve kiracılar arasındaki uyuşmazlıklarla sınırlıdır. Böylece, bu tarz bir tahkim şartına atıfta bulunan tedavül kabiliyetine sahip bir konişmentonun hâmilinin, kiracı aleyhinde ve yüke ilişkin taleplerini, tahkim şartı sadece donatan ve kiracı arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olduğu için, tahkim yoluyla ileri sürmesi mümkün değildir.⁶⁵⁹

Tahkim şartının lafzının geniş olma zorunluluğunun yanında, bir konişmentonun, bir çarterpartiye açık bir dille ve spesifik olarak atıfta bulunması ve hâmilin bu atıf hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olması da aranmaktadır. *Associated Metals v. M/V Arktis Sky* davasında⁶⁶⁰, gönderilen, taşıyan aleyhine dava açmış ve taşıyan da tahkimde derdest bir dava bulunduğu itirazını ileri sürmüştü. Taşıyan ve taşıtan arasındaki çarterparti bir tahkim şartı içermekteydi ve taşıyan bu tahkim şartının atıf yoluyla konişmentoya dâhil edildiğini, bu yüzden gönderilen bakımından bağlayıcı olduğunu iddia etti. Mahkeme, konişmentodaki atfin yeterli

⁶⁵⁷ Bagot, Henderson s.454.

⁶⁵⁸ 204 **F.Supp.** s.200; 1968 **AMC** s.2529 (SDNY 1968).

⁶⁵⁹ Elveris s.630–631.

⁶⁶⁰ 1991 **AMC** s.1499 (SDNY 1991).

olmadığını benimseyerek talebi reddetmiştir. Konişmentonun ilk sayfasında, çarterpartideki bütün şart ve muafiyetlerin, konişmentonun kapsamına atıf yoluyla ithâl edildiği hükmü yer almaktaydı. Konişmentonun arka yüzünde, konişmentonun çarterpartiyle birlikte kullanılacağı hükmü mevcuttu. Ne var ki mahkeme, konişmentonun, çarterpartinin, atıf yoluyla ithâl etmek istediği bütün taraflarını zikretmediğini, ayrıca tanzim yerini ve zamanını da içermediğini işaret ederek, konişmentonun, hâmil durumundaki kişiye doğru çarterpartiyi bulabilmesi için yeterli bilgi vermediğini belirtmiştir.⁶⁶¹

İngiliz hukukunda prensip olarak tahkim şartlarının, çarterpartideki diğer şartlara nazaran *özel* bir muameleye tâbi tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu itibarla, kural olarak tahkim şartının konişmentonun sonraki hâmillerine intikal etmeyeceği benimsenmektedir. Bununla birlikte, konişmento hâmilinin; aynı zamanda kiracı olması veya çarterpartiyi görmüş bulunması yahut konişmento hâmilinin daha önceki ticarî faaliyetlerinde aynı sözleşmeleri kullanmış olması veyahut o çarterpartinin uluslararası ticarete çok yaygın bir biçimde kullanılması gibi bazı istisnaî hallerde çarterparti hükümlerinden haberdar olacağı ve bunun sonucunda tahkim şartıyla bağlı kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁶² Bununla birlikte tahkim şartının açıkça belirtilmediği bir atıf sonucunda sözleşmedeki tahkim şartının konişmento hâmili bakımından bağlayıcı olabilmesi için, konişmentodaki atıf hükmünün en azından “...*clauses*...” demek suretiyle navlun sözleşmesindeki tahkim şartını da kapsadığını yansıtması ve tahkim şartının böyle bir atfa konu teşkil edecek mahiyette düzenlenmiş olması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁶⁶³ *Miramar Maritime Corporation v. Holborn Oil Trading Ltd* davasında⁶⁶⁴ mahkeme, gönderilenin, açık irade beyanı bulunmadıkça çarterpartide yer alan yükümlülüklerle bağlı olmaması gerektiğine karar vererek gönderileni koruma amacını gütmüştür.⁶⁶⁵

⁶⁶¹ Elveris s.631.

⁶⁶² Todd s.339.

⁶⁶³ Ülgener, **Tahkim Klozlarının Uygulanması**, s.71–72.

⁶⁶⁴ **Lloyd’s Rep.** 1984/2, s.129.

⁶⁶⁵ Todd s.334.

Kanada Federal Mahkemesinin *Siderurgica Mendes & Mitsui v. The Ship 'The Sea Pearl'* kararına konu olayda, konişmentoların ciro edildiği davalı aynı zamanda çarterpartinin de tarafıydı. Konişmentolar, çarterpartinin tâbi olduğu bütün şart, hüküm ve istisnaları atıf yoluyla ithal etmekte ve tahkim şartı içeren çarterpartiyi de kapsayan önceki sözleşmelerin yerini alan bir hüküm içermekteydi. *The Sea Pearl*'ün kiracısı olan davacı, sadece konişmentoya dayanan bir talep ileri sürdü. Konişmentoların ciro edileni olan davalı, British Columbia Uluslararası Tahkim Kanunu çerçevesinde tahkim itirazında bulundu. Mahkeme, tahkim şartının, sadece konişmentonun esasıyla (yükleme, taşıma, teslim vb.) doğrudan ilgili olan çarterparti hükümlerini atıf yoluyla ithal ettiğine ve tahkim şartının taşıyan ve konişmentoların ciro edildiği kişi ile donatan arasındaki uyumsuzlukları kapsadığına karar vermiştir. Zira talep, sadece konişmentolara dayanıyor olsa dahi, donatanın, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesinden, ihmalinden ve sözleşmenin ihlâlinden kaynaklanmaktaydı.⁶⁶⁶

(c) Kıta Avrupası Hukuku

Alman hukukunda tahkim anlaşmasının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla geçerli bir biçimde kurulabilmesi için, atıf hükmünün, tahkim şartını da kapsamına aldığıнын tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ortaya konulması gerektiği ifade edilmektedir. Bir başka ifadeyle, hukukî durumun, konişmento hâmiline gösterilmesi ve konişmentonun sonraki hâmillerinin de konişmentoyu devralırken hukukî durumu yeterli açıklıkta anlayabilmesi gereklidir.⁶⁶⁷ Bu takdirde yükletenin, konişmento kapsamında sahip olduğu hak ve yükümlülükleri, konişmentoyu ciro etmek suretiyle cırantaya devrettiği kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, Alman hukukunda hâkim olan ve tahkim anlaşmasına tâbi bir kıymetli evrakın ciro edildiği kişinin, kıymetli evrakın tahkim anlaşmasına tâbi kılındığının evrak metninden anlaşılması hâlinde, bu tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağını kabul eden görüşle⁶⁶⁸ de uyumludur. Alman Yüksek

⁶⁶⁶ Branson s.45.

⁶⁶⁷ Ülgener, *Tahkim Klotlarının Uygulanması*, s.73.

⁶⁶⁸ Schwab, Walter s.62.

Mahkemesi, 1997 senesinde verdiği bir kararda⁶⁶⁹, tahkim şartının bu *hak ve yükümlülükler*le aynı anlama geldiğine; bu *hak ve yükümlülüklerin* bir parçasını, bir yönünü teşkil ettiğine ve bu yüzden gönderilenin tahkim şartıyla bağlı olduğuna hükmetmiştir.⁶⁷⁰ Hâkim görüş, yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi kaydıyla, konişmentonun sonraki hâmillерinin de konişmentoyla bağlı olacağı yönündedir.⁶⁷¹ Buna karşılık, yükleten ile taşıyan tarafından imzalanmış geçerli bir konişmentoda yer alan geçerli bir tahkim anlaşmasının alıcı bakımından bağlayıcılığı konusunda, alıcının tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağı ve fakat konişmentonun sonraki hâmillерinin tahkim şartıyla bağlı olmayacağı da iddia edilmektedir.⁶⁷²

Tahkim şartının, gönderileni bağlamayacağı yönündeki görüş ise Fransız mahkemeleri tarafından benimsenmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesinin içtihatları, gönderilenin tahkim şartıyla bağlı olması için tahkim şartından haberdar olması ve onu kabul etmiş bulunması gerektiği yönündedir.⁶⁷³ *Pschikon Compania* davasında⁶⁷⁴ *Cour de Cassation*, çarter sözleşmesinin genel şartlarını atıf yoluyla ithal eden konişmento hükmünün, gönderilenin tahkim şartına rıza gösterdiğini ortaya koymak bakımından yeterli olmadığına karar vermiştir. Karar, gönderilenin, çarter sözleşmesi hükümlerinden haberdar olup olmadığı meselesine, tahkim şartına rıza gösterip göstermediği meselesinden daha fazla önem verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. *Mediterranean Shipping* davasında⁶⁷⁵ *Cour de Cassation*, kiracının tahkim şartını kabul etmesinin, gönderileni bağlamayacağına karar vermiştir: gönderilen, malları teslim alırken taşıma sözleşmesiyle bağlanmasına rağmen, tahkim şartına yönelik özel bir irade gereklidir.⁶⁷⁶

⁶⁶⁹ NJW, 1998, s.371.

⁶⁷⁰ Johannes Trappe, “The Arbitration Clause in a Bill of Lading”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1999, s.341–342.

⁶⁷¹ Schlosser s.326.

⁶⁷² Manja Epping, *Die Schiedsvereinbarung im internationaler Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrecht*, Münchner Universitätsschriften 145, München 1999, s.65–67.

⁶⁷³ Trappe s.342.

⁶⁷⁴ *Rev.Arb.* 1992, s.553.

⁶⁷⁵ *Rev.Arb.* 1995, s.622.

⁶⁷⁶ Van Houtte, *Consent to Arbitration*, s.14–15.

Hollanda’da, *Petrasol v. Stolt Spur* davasında⁶⁷⁷, bütün hükümlerinin taşımayla ilgisi olan herkese uygulanacağı öngörülen bir charter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, konişmentonun hamili üçüncü kişi bakımından bağlayıcılığı hakkında karar vermek durumunda kalan Rotterdam mahkemesi, konişmentoda yer alan ve charter sözleşmesi hükümlerine atıfta bulunan hükmün yeterince açık olması ve özel olarak tahkim şartını zikretmesi karşısında, tahkim şartının üçüncü kişi bakımından bağlayıcı olduğuna karar vermiştir.⁶⁷⁸

İtalyan Yüksek Mahkemesi *Corte di Cassazione* 14.11.1981 tarihli ve 6035 sayılı bir kararında⁶⁷⁹ charterpartide yer alan tahkim şartının, açıkça rıza göstermediği takdirde konişmento hâmilini bağlamayacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, *Granitalia v. Agenzia Marittima Sorrentini* davasında verdiği 22.12.2000 tarihli kararında⁶⁸⁰ konişmentoda charterpartiye yapılan genel atfın, tahkim şartının konişmento kapsamına atıf yoluyla ithal edildiğinin kabulü için yeterli gerekçe teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, konişmentoda, tahkim şartı içeren bir başka belgeye yapılan genel bir atıf, bu tahkim şartını konişmentoya ithal etmez ve bundan dolayı bu tahkim şartına konişmentonun sonraki hamillerine karşı da başvurulamaz. Bu itibarla, taşıyan tarafından yükleten lehine keşide edilip malların alıcısına devredilen konişmentoda, charterparti hüküm, şart ve istisnalarına yapılan genel atıf, İtalyan mahkemelerinin yargılama yetkisini engellememektedir. Zira bunun için tahkim şartına açıkça atıfta bulunulması gereklidir.⁶⁸¹

Türk hukukunda, gönderilen veya konişmento hâmilisi ile taşıyan arasındaki ilişkilerde konişmento esas alınır (Türk Ticaret Kanunu⁶⁸² m.1110). Gönderilen veya konişmento hâmilisi ile taşıyan arasında, taşıma ilişkisinden doğan uyumsuzluklarda, taşıyan ile taşıtan arasında akdedilen taşıma sözleşmesinden ve bu sözleşmede yer

⁶⁷⁷ *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1996, s.35–37.

⁶⁷⁸ Van Houtte, *Consent to Arbitration*, s.15.

⁶⁷⁹ Andrea Giardina, “Court Decisions in Italy Interpreting and Implementing the New York Convention”, *Journal of International Arbitration*, Vol:7, No:2, June 1990, s.81’den alınmıştır.

⁶⁸⁰ *YBCA*, Vol:27, 2002, s.506.

⁶⁸¹ Di Pietro s.446.

⁶⁸² RG: 09.07.1956–9353.

alan tahkim şartından hareket edilmesi mümkün değildir. Konişmentoda yer alan ve çarter parti hükümlerini ithal eden, genel mahiyetteki bir atıf hükmünün de [misâl: “diğer bütün şartlar çarterpartideki gibidir” (*all other conditions as charter party*)] bu sonucu değiştirmeyeceği; zira böyle bir hükmün teslim, taşıma ücretinin ödenmesi, sürastarya ücreti gibi koşullara yönelik olduğu ve taşıyan ile konişmento hâmili arasında geçerli bir tahkim anlaşması kurulduğunun kabulü için yeterli olmadığı kabul edilmektedir.⁶⁸³

Doktrinde, çarterpartideki tahkim şartının konişmento hâmili bakımından geçerli sayılabilmesi için, konişmento hâmilinin, konişmentoyu devralması esnasında herhangi bir tereddüde yer vermeyecek biçimde tahkim şartının mevcudiyetinden haberdar olması gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁸⁴ Bu itibarla, çarterparti hükümlerini konişmento kapsamına ithal eden atıf hükmünde tahkim şartının da açıkça zikredilmesi ihtimalinde, taşıyan ile konişmento hâmili arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulduğu kabul edilmektedir. Zira bu halde konişmento hâmili, konişmentoyu iktisap ederken, onun çarter sözleşmesindeki tahkim şartına tâbi kılınmış olduğunu görmekte ve konişmentoyu, atıf yapılan bu klozla birlikte iktisap etmektedir.⁶⁸⁵

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1995 senesinde verdiği bir kararda⁶⁸⁶, tahkim şartı içeren çarterparti hükümlerini, tahkim şartını da zikretmek suretiyle konişmentoya ithal eden atıf hükmünün, konişmentonun sonraki hâmilleri bakımından da geçerli bir tahkim anlaşması kurulması için yeterli olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1997 senesinde verdiği bir başka kararda⁶⁸⁷, tahkim şartı ihtiva eden navlun sözleşmesiyle birlikte kullanılacağı

⁶⁸³ Şanlı, **Nomer’e Armağan**, s.776; Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.307–308.

⁶⁸⁴ Ülgener, **Çarter Sözleşmeleri**, s.615.

⁶⁸⁵ Şanlı, **Nomer’e Armağan**, s.777; Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.308; Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.114.

⁶⁸⁶ E.1995/1903, K.1995/4235, T.23.5.1995 (Şanlı, **Nomer’e Armağan**, s.779’den alınmıştır).

⁶⁸⁷ E.1996/6876, K.1997/754, T.27.2.1997; **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl:4, S:1–2, Mart–Haziran 1999, s.79. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.3.1999 tarihli bir başka kararında (E.386, K.2396, **Manisa Barosu Dergisi**, 1999, s.63–64), konişmentoyu ciro yoluyla devralan kişilerin konişmento şartları

öngörülen konişmentonun hâmilinin, konişmentoda navlun sözleşmesine yapılan atıf gereği tahkim şartıyla bağlı olacağına hükmetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, alıcı, bu atıftan dolayı, navlun sözleşmesindeki tahkim şartının taşıyanla gönderilen arasında kararlaştırılmış bulunduğunu ve kendisinin tahkim şartıyla bağlı olmayacağını ileri süremez.⁶⁸⁸

Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1998 senesinde verdiği bir kararda⁶⁸⁹, taşıyan ile gönderilen arasındaki münasebetlerde konişmentonun esas tutulacağını, konişmentonun bu şekilde taşıyan ile gönderilen arasındaki hukukî münasebetlerde tek başına esas olunca, temel ilişki olan navlun sözleşmesinden ayrı bir varlığa sahip hâle geldiğini, konişmentonun çarterpartiden farklı olarak bir kıymetli evrak olduğunu, olaydaki gibi emre yazılı düzenlenen konişmentonun ciro ve zilyetliğin devri ile intikal edebileceğini, ciro yoluyla konişmentonun meşru hâmilî hâline gelen gönderilenin, taşıyandan, eşyanın kendisine teslimini isteyebileceğini, taşıyanın da meşru hâmile karşı senedin geçerliliğine ilişkin olan veya senet metninden anlaşılan yahut hâmile karşı şahsen haiz olduğu defileri ileri sürebileceğini, konişmentoya tahkim şartı konulmasının önünde bir engel bulunmadığını ve hâmilin bu şartı kabul etmediği takdirde üzerini çizerek ciro etmesi gerektiğini, aksi halde bu tahkim şartının gönderileni bağlayacağını belirterek tahkim şartının gönderileni bağlayacağı sonucuna varmıştır.⁶⁹⁰

(d) Değerlendirme

Tahkim şartının lafzının, tahkim şartının sadece donatan ve kiracı arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olduğunu ortaya koymayıp genel bir ifade tarzıyla çarterpartiden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları kapsamakta olduğu için, yük ilgilileri gibi üçüncü kişilerin tahkim şartıyla bağlı olduklarının kabul edilebileceği yönündeki yaklaşıma katılmıyoruz. Kanaatimizce, tahkim anlaşmasının lafzında genel bir ifade

ile bağlanmış olacağına ve bu itibarla konişmentoda yer alan tahkim şartıyla da bağlı olacaklarına hükmetmiştir.

⁶⁸⁸ Ülgener, **Tahkim Klotlarının Uygulanması**, s.62–63.

⁶⁸⁹ E.1997/9447, K.1998/1703, T. 13.3.1998; **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl:4, S:1–2, Mart–Haziran 1999, s.78–79; Nomer, Ekşi, Öztekin s.612–613.

⁶⁹⁰ Kalpsüz, **Tahkim Anlaşması**, s.1037; Ülgener, **Tahkim Klotlarının Uygulanması**, s.61–62.

tarzının tercih edilmiş olması, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili için yeterli değildir. Zira genel ifade biçimi kullanılmış dahi olsa, ancak tahkim anlaşmasını akdeden ve onunla bağlanma iradesini ortaya koyan kişiler tahkim anlaşmasıyla bağlı olur.

Çarterpartideki tahkim şartının, konişmento hâmil bakımından geçerli sayılabilmesi için, konişmento hâmilinin, konişmentoyu devralması esnasında herhangi bir tereddüde yer vermeyecek biçimde tahkim şartının mevcudiyetinden haberdar olmasının yeterli olduğu yönündeki görüşe de katılmamaktayız. Zira burada asıl mesele, konişmento hâmilinin tahkim şartından haberdar olup olmadığı değil; bu tahkim şartıyla bağlanmaya yönelik iradesini *açıkça* veya tereddüde yer bırakmayacak surette *zımnen* ortaya koymuş olup olmadığıdır. Bu itibarla, çarterparti hükümlerini konişmento kapsamına ithal eden atıf hükmünde tahkim şartının da açıkça zikredilmesi ihtimalinde, konişmento hâmilinin, konişmentoyu iktisap ederken, onun tahkim şartına tâbi kılınmış olduğunu görmekte ve konişmentoyu bu klotla birlikte iktisap etmekte olduğu gerekçesiyle taşıyan ile konişmento hâmilisi arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulduğu görüşü yerinde değildir. Zira bu görüş, konişmento hâmilinin, tahkim şartı içeren konişmentoyu iktisap etmek suretiyle tahkim şartıyla bağlanmayı da kabul ettiğini farz etmektedir. Bir başka ifadeyle bu görüş, tahkim şartının farazî (varsayıma dayalı) bir irade beyanıyla akdedildiği esasına dayanmaktadır. Tahkimin sahip olduğu istisnâî karakterden ötürü, tahkime gitmeye yönelik iradenin ya açıkça ya da tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulması gerektiğinden, farazî (varsayıma dayalı) bir tahkim iradesinin kabulü mümkün olmayıp, bu kabule dayanan bir tahkim anlaşmasına istinaden yürütülen tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararları da, itiraza uğradıkları takdirde, geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığından ötürü ya iptal müeyyidesine maruz kalabilir yahut da tenfizine engel olunabilir. Bu itibarla konişmento hâmilinin, çarterpartiyi görmüş bulunması veya daha önceki ticarî faaliyetlerinde aynı sözleşmeleri kullanmış olması yahut o çarterpartinin uluslararası ticarete çok yaygın bir biçimde kullanılması da, vardığımız sonucu değiştirmeyecektir.

Konişmento hâmillерinin, konişmentoda yer alan tahkim şartıyla bağlı olup olmadığı konusunda, konişmento hâmilinin tahkim şartıyla bağlı olması için tahkim şartından haberdar olması ve onu kabul etmiş bulunması gerektiği yönündeki Fransız *Cour de Cassation* 'un içtihatlarını ve İtalyan *Corte di Cassazione* 'nin, çarterpartide yer alan tahkim şartının, açıkça rıza göstermediği takdirde konişmento hâmilini bağlamayacağı yönündeki içtihadını doğru bulmaktayız. Aslolan, tahkim şartından haberdar olup olunmadığı değil, tahkim şartına rıza gösterilip gösterilmediğidir. Bu itibarla Türk Yargıtayının içtihatlarında benimsenen görüşlere de katılmamaktayız.

Uyuşmazlıkların asıl çözüm yeri mahkemelerdir ve bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü için bir tahkim anlaşmasının varlığı şarttır. Tahkim anlaşmasına yönelik iradenin açıkça veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette zımnen ifşa edilmesi gerektiğinden, Yargıtayımızın, hâmilin konişmentoda yer alan tahkim şartını kabul etmediği takdirde üzerini çizerek ciro etmesi gerektiği, aksi halde bu tahkim şartıyla bağlı olacağı yönündeki içtihadı da, tahkimin istisnaî karakteriyle bağdaşmamaktadır.

iii. Alacağın Temliki

(1) Genel Olarak

Uluslararası ticarî faaliyetlerin aktörlerinin, bu faaliyetleri kapsamındaki akdî ilişkilerden doğan hakları üçüncü kişilere temlik etmeleri mutlak bir uygulamadır. Bu tür sözleşmeden doğan hakların temlikinin, sözleşmenin bir tahkim şartı ihtiva etmesi durumunda, tahkim şartının, temellük edene, temlik edilen hakla birlikte otomatikman intikal edip etmeyeceği sorusuyla karşılaşılır⁶⁹¹. Hukuk sistemlerinin çoğunda sözleşmede bir tahkim şartının yer alması sözleşmenin temlikine engel teşkil etmez. Buradaki mesele, uyuşmazlığın kaynaklandığı ve tahkim şartı ihtiva eden sözleşmenin temlikinin, temlik eden, temellük eden ve sözleşmenin diğer tarafı üzerinde sahip olacağı etkidir⁶⁹².

⁶⁹¹ Girsberger, Hausmaninger s.122.

⁶⁹² Jarvin, **Group of Companies**, s.183–184.

Yenileme (*novatio*) işleminden farklı olarak, alacağın temlikinde borçlunun rızası gerekli değildir. Fakat uluslararası ticarî tahkim, esas itibarıyla iradî/ihtiyarî olduğu için, belirli bir kişiyle, özel ve ihtiyarî bir yargılama usûlüne tâbi olmak konusunda irade beyanında bulunan bir borçluya, tercihi olmayan bir başka kişiyle tahkime gitmesi yönünde bir yükümlülük getirmenin mümkün olup olmadığı; diğer açıdan bakıldığında ise, bir sözleşmeden doğan maddî bir hakkı temellük eden kimseye, bu hakka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkime gitme yükümlülüğünün getirilip getirilemeyeceği soruları gündeme gelmektedir.⁶⁹³

Tahkim yargılamasında, diğer tarafın, temlik edenin *taraf* olarak kalmasını istemesinin türlü sebepleri olabilir ve bu bakımdan tenfiz konusu ön plana çıkar. Meselâ, tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşme hiç malvarlığı bulunmayan bir şirkete temlik edilmiş olabilir. Böyle bir şirket aleyhine alınacak bir hakem kararı diğer tarafın işine yaramayacaktır.⁶⁹⁴ Bu tür durumlarda diğer âkit taraf, temlik edenle muhatap olmak isteyecektir. Öte yandan, diğer âkit taraf, alacağın temlikinin, temlike konu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkları tahkime götürme iradesinde herhangi bir değişikliğe yol açmadığını öne sürerek, temellük edenle de tahkime gitmek isteyebilir.

Tahkime ilişkin, New York Konvansiyonu veya Avrupa Konvansiyonu gibi uluslararası anlaşmalar ve ICC Tahkim Kuralları gibi kurumsal kurallar, tahkim anlaşmasının temellük edene intikali konusunda özel bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Bu yüzden hakemler ve doktrin, intikal meselesinin çözümü için mahallî mevzuatlara müracaat etmektedir. Mesele hakkında karar veren hakem heyetlerinin önemli bir kısmı, bilhassa ICC nezaretinde faaliyette bulunanlar, temellük edenin tahkim şartıyla bağlı olacağına karar vermiştir.⁶⁹⁵ 1704 sayılı davada tahkim yeri Belçika ve uyuşmazlık bir Fransız şirketle bir Hindistan şirketi arasında idi. Hakem, gerek talebin dayandığı bonoya uygulanan Fransız hukukuna gerekse tahkim yeri olan Belçika hukukuna göre yeni hâmilin, eski hâmil ve borçlu

⁶⁹³ Veeder s.283–284.

⁶⁹⁴ Jarvin, **Group of Companies**, s.185.

⁶⁹⁵ Girsberger, Hausmaninger s.135.

arasındaki tahkim şartıyla bağı ve bu tahkim şartına başvurma hakkına sahip olduğuna karar vermiştir⁶⁹⁶. Benzer şekilde, 2626 sayılı davada hakem heyeti, temellük edenin esas taraflarca kararlaştırılan tahkim şartıyla bağı olduğuna Alman hukuku uyarınca karar vermiştir. Karara göre, tahkim anlaşmaları sadece tarafları arasında geçerli değildir ve temellük eden bakımından da hüküm doğurur. Doktrinde yukarıdaki kararlarda varılan sonuçlara iştirak edilmekle birlikte, tahkim şartının, açık rızası bulunmadıkça temellük edeni bağlamayacağını kabul edenler de mevcuttur.⁶⁹⁷

Tahkim anlaşmasının, temellük edene, temlik edilen hakkın kapsamında otomatikman intikal edip etmeyeceği meselesinde farklı yaklaşımlar söz konusudur. Kıta Avrupası sistemine sahip ülkelerde kural olarak tahkim anlaşmasının temlik edilen hakkın fer'isi olarak temellük edene otomatikman intikal ettiği kabul edilmekteyken, Anglo Sakson sistemine sahip bazı ülke mahkemelerinde tahkim anlaşmasının sadece temellük edenin açıkça rıza göstermesi hâlinde intikal edeceği kabul edilmektedir.⁶⁹⁸

(2) Anglo Sakson Hukuku

Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığının kabul edildiği İngiliz hukukunda ilk akla gelen, bu prensibin kabulünün bir sonucu olarak, maddî bir hakkın temlikinin, bu hakka ilişkin tahkim şartının otomatikman intikalini kapsamayacağıdır.⁶⁹⁹ *Cottage Club* davasında⁷⁰⁰ mahkeme, tahkim anlaşmasının şahsî nitelikte bir sözleşme olduğu gerekçesiyle, temellük edene intikal etmeyeceğine karar vermiş ve tahkim şartının esas taraflar arasında kaldığı sonucuna varmıştır. *Shayler v. Woolf* davasında⁷⁰¹ ise tahkim şartının temlik kapsamında olduğu ve temellük edeni bağlayacağı sonucuna varılmıştır. Bu konuda doktrinde de farklı görüşler savunulmaktadır. Bir görüş, tahkim şartının mevcudiyetinin, temellük

⁶⁹⁶ Rubino–Sammartano s.183; Girsberger, Hausmaninger s.133; Hosking, **Third Party**, s.499.

⁶⁹⁷ Girsberger, Hausmaninger s.133 ve dn.74–75.

⁶⁹⁸ Girsberger, Hausmaninger s.149.

⁶⁹⁹ Veeder s.285.

⁷⁰⁰ *Cottage Club Estates Ltd v. Woodside Estates Co Ltd*, **KB**, 1928/2, s.463.

⁷⁰¹ **Ch**, 1946, s.320.

edenin geçerli bir talep hakkı kazanmasını engellememesine rağmen, temellük edenin bu hakkını tahkim yoluyla değil resmî yargı yoluyla ileri sürmesi gerektiğini, zira davalının tahkim anlaşmasını temlik edenle yapmış bulunması karşısında, temellük edenin esas sözleşmedeki tahkim şartıyla bağlı olmaması gerektiğini savunurken; diğer görüş ise tahkim şartının temellük edeni bağlayacağını ileri sürmektedir. Şu anda hâkim olan ve İngiliz Mülkiyet Kanunu⁷⁰² (1925) §136'ya istinat eden yaklaşıma göre, bir hakkın temlik, aksi yönde bir sözleşme bulunmadıkça, bu hakka ilişkin tüm dava haklarını kapsar. Bahse konu dava haklarının kapsamına, tahkime gitmenin ve dava konusu hakka ilişkin bir hakem kararı elde etmenin de dâhil olduğu kabul edilmekte ve temellük eden, *'tahkime gitme yükümlülüğü kabul edilmeksizin temlik edilen hakka istinat edilemeyeceği'* düşüncesiyle tahkim şartıyla bağlı kılınmaktadır.⁷⁰³

İngiliz Mülkiyet Kanunu (1925) §136 uyarınca temlik, kesin ve yazılı olmalı ve diğer tarafa bildirimde bulunulmalıdır. Bu şartların yerine getirilmesi hâlinde, temellük eden, tahkim şartını kendi adına icra yetkisine sahip olur. Esas sözleşmenin, kişisel hizmetin yahut temlik mümkün olmayan diğer bir edimin ifasını öngörmesi hâlinde geçerli bir temlikten söz edilemez.⁷⁰⁴ İngiliz hukuku, sözleşmenin nisbîliği konusunda katı bir yaklaşıma sahiptir. Mülkiyet Kanunu'nda öngörülen bildirim ve yazılı şekil zorunlulukları, temellük edenin temlike rıza gösterdiğini ve borçlunun temlikten yeterince haberdar edildiğini garanti etme kaygılarına işaret eden hususlardır.⁷⁰⁵

İngiliz hukukunda akdî temlik konusunda *'kanuna göre temlik'* ve *'hakkaniyete göre temlik'* ayırımı yapılmaktadır. Bu ayırımı göre, Mülkiyet Kanunu (1925) §136'daki şartlara uygun olarak gerçekleştirilen temlik *'kanuna göre temlik'* kabul edilmektedir; bu şartlardan birini yahut birkaçını taşımayan bir temlik ise

⁷⁰² http://www.paclii.org/vu/legis/vu-uk_act/lopa1925198/

⁷⁰³ Veeder s.286; Merkin s.91; Hosking, **Third Party**, s.491–492.

⁷⁰⁴ Hosking, **Third Party**, s.492–493.

⁷⁰⁵ Hosking, **Third Party**, s.500.

'*hakkaniyete göre temlik*' kabul edilmektedir⁷⁰⁶. Bu ayırımın konumuz bakımından arz ettiği önem şöyledir: *hakkaniyete göre temlik söz konusu olduğunda, temellük edenin, tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelmeyeceği kabul edilmektedir.*⁷⁰⁷

Temlikin, tahkim yargılaması başladıktan sonra vuku bulması konusunda emsal teşkil eden *Jordan Nicolov* davasında⁷⁰⁸ temellük edenin, yeni yargılama başlatmasına gerek olmadığına ve temlik edenin başlattığı yargılamaya devam edebileceğine karar verilmiştir: "...*temellük eden, kendi dava açma sıfatı da dâhil olmak üzere talebini ispat ettiği takdirde donatanlar aleyhine bir hakem kararı alabilir... temlik edenin, Mülkiyet Kanunu çerçevesinde sahip olduğu bütün dava haklarına sahip olur. Tahkim yoluyla kullanılacak dava hakkına temlik eden tarafından zamanında başvurulduğu için temellük eden bu dava hakkından faydalanabilir. Bu, yeni yahut farklı bir dava hakkı değil, aynı dava hakkıdır.*"⁷⁰⁹ Temlikin, Mülkiyet Kanunu (1925) §136'daki şartlara uyduğunu ispat yükü temellük edendedir.⁷¹⁰

İngiliz hukukunda, temellük edenin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmayacağı sorusuna verilen diğer bir cevap, Tahkim Kanunu (1996) §82/2'de yer alan '*kapsamında veya vasıtasıyla*' hükmüdür. Bahse konu hükme göre, "...*tahkim anlaşmasının taraflarına yapılan atıflar, tahkim anlaşmasının tarafları kapsamında veya vasıtasıyla talepte bulunan kişileri de kapsar*". Bu hüküm uyarınca, üçüncü kişiler '*kapsamında veya vasıtasıyla*' hükmünün kapsamına girebildikleri ölçüde, Kanunun tamamı bakımından *tahkim anlaşmasının tarafı* kabul edilecektir. Temellük edenler, bu hükmün uygulanma alanına girdikleri kabul edildiği takdirde, ki bu

⁷⁰⁶ Veeder s.285 dn.70.

⁷⁰⁷ Veeder s.287.

⁷⁰⁸ **Lloyd's Rep.** 1990/2, s.19.

⁷⁰⁹ Merkin s.92-93; Veeder s.287; Hosking, **Third Party**, s.493; Tweeddale, Tweeddale, s.558.

⁷¹⁰ Hosking, **Third Party**, s.492.

yönde doktriner ve yargısal içtihatlar mevcuttur⁷¹¹, tahkim anlaşmasının tarafı addolunacaklardır.⁷¹²

ABD’de tahkim anlaşmaları, üçüncü kişilere teşmil bakımından, tahkim yanlısı politika saklı kalmak kaydıyla, diğer sözleşmeler gibi muamele görmektedir. Bu itibarla, temellük edenin tahkime gitme hak ve yükümlülüğüne ilişkin olarak borçlar hukuku prensiplerinin takip edilmesi ve bu prensiplerden sapmalar olduğu takdirde, bu sapmaların tahkim lehine olması gerektiği öne sürülmektedir.⁷¹³ İlgili sözleşme, ihtiva ettiği tahkim şartını açıkça sadece sözleşmenin başlangıçtaki taraflarına hasretmiş olsa dahi, tahkim yanlısı politikanın nazara alınması suretiyle üçüncü kişilerle tahkime gidilmesine müsaade edilmekte ve bu kloza rağmen mahkeme, tahkim yanlısı politikaya ve sözleşmeden doğan hakların temlik konusundaki serbestiye atfen, temellük edeni tahkime gitmeye mahkûm edebilmektedir.⁷¹⁴ Mahkemeler bu neticeye, temlik hukuku prensiplerini uygulayarak ulaşmıştır. Bu prensipler bakımından temlik, temlik edenin şahsına özgü ve münhasıran onun menfaatine ilişkin olanlar hariç, devredilen sözleşmenin doğal sonucu niteliğindeki maddî veya usulî hak ve yetkileri temellük edene sağlar. Aksine açık veya zımnî bir hükmün veya temlik kanunla yasaklanan yahut şahsa özgü yükümlülükler ihtiva eden sözleşmelerin varlığı bu kuralın istisnasını teşkil eder.⁷¹⁵

Tahkim anlaşmasının temellük edene otomatikman intikal etmeyeceğini ileri sürenler, bu görüşlerine gerekçe olarak; sözleşmeden doğan bir hakkın temlikinin, yükümlülükleri ifa külfetini beraberinde getirmeyeceğini, tahkime gitme yükümlülüğünün devrinin mümkün olmadığını, hakemin, tahkim şartında ismen belirlenmiş olması gibi hallerde bu teşmilin gerçekleşmeyeceğini ve tahkime gitme taahhüdünün, temlike konu yapılamayacağı zira salt kişisel nitelikte olduğu ileri sürmüştür. Nitekim tahkim anlaşmasının hükümleri hakemlerin temlik eden

⁷¹¹ *Rumput (Panama) SA v. The Islamic Republic of Iran Shipping Lines*, **Lloyd's Rep.** 1994/2, s.259; Tweeddale, Tweeddale, s.557.

⁷¹² Melnyk s.60; Veeder s.287; Hosking, **Third Party**, s.547.

⁷¹³ Hosking, **Third Party**, s.493.

⁷¹⁴ Hosking, **Third Party**, s.497.

⁷¹⁵ Girsberger, Hausmaninger s.123.

tarafından şahsen tayin edilmesini öngörüyorsa, temellük eden tarafından yapılan hakem tayini hükümsüz sayılmıştır. Tahkim anlaşmasının, taraflar arasında bir uyuşmazlık doğduktan sonra yapılmış olması hâlinde, böyle bir tahkim anlaşmasının, münhasıran belirli kişiler arasında mevcut uyuşmazlıkların hallini öngörmesi itibariyle tamamen şahsî olduğuna karar verilmiştir.⁷¹⁶ Fakat bu görüşlerin, müşterek ticaret anlayışına ayak uyduramadıkları ve tahkime gitme ve temlik konularında birer sınırlama teşkil ettikleri gerekçesiyle terk edildikleri ifade edilmektedir.⁷¹⁷

Meseleye ilişkin ilk içtihatlardan olan *Hosiery Mfg Corp v. Goldston* davasında⁷¹⁸ mahkeme, “...taraflarının...bir hakkı üçüncü bir kişiye temlik ederek etkisinden kaçabildikleri tahkim anlaşmaları”nın manâsız olacağını işaret etmesine karşın, davada, bir maddî hakkın veya tahkim anlaşmasının temlikinin, kanun veya sözleşme gereği mümkün olmadığı hallerde temellük edenin tahkim şartıyla bağlı tutulmaması gerektiği sonucuna varmıştır.⁷¹⁹

Temellük edenin, temlik edenin yükümlülüklerini ifaya mecbur olmadığı ve tahkime gitmenin de bu yükümlülüklerden biri olduğu gerekçesiyle tahkim şartıyla bağlı tutulmadığı *Lachmar v. Trunkline LNG Co* davasında⁷²⁰ kabul edilen kural, temellük edeni, tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradesini açıkça ortaya koyması hâlinde tahkim anlaşmasıyla bağlı kabul etmektedir: “*Taraflarca seçilen New York hukuku uyarınca iki taraflı bir sözleşmenin kapsamındaki hakları temellük eden, temlik edenin yükümlülüklerini ifaya mecbur değildir meğerki bu yükümlülükleri açıkça üzerine almış olsun.*”⁷²¹

Tahkim anlaşmasının temellük edene teşmil edildiği *Bell-Ray Co Inc v. Chemrite Ltd and Lupritene* kararına⁷²² konu olayda, New Jersey şirketi *Bell-Ray* ile

⁷¹⁶ Girsberger, Hausmaninger s.124–125.

⁷¹⁷ Hosking, **Third Party**, s.494.

⁷¹⁸ 238 NY s.22, 143 NE s.779 (1924).

⁷¹⁹ Girsberger, Hausmaninger s.124.

⁷²⁰ 753 F.2d s.8, 9–10, (2d Cir. 1985).

⁷²¹ Girsberger, Hausmaninger s.125 dn.13.

⁷²² 181 F.3d s.435, 445 (DNJ 1999); **YBCA**, Vol:25, 2000, s.991.

Güney Afrika şirketi *Chemrite* arasında, tahkim şartlarının da yer aldığı bir dizi sözleşme akdedilmiş ve daha sonra *Chemrite*, sözleşmeleri bir başka Güney Afrika şirketi *Lubritene Limited*'e temlik etmiştir. Bir süre sonra *Bell-Ray* tarafından *Chemrite* ve *Lubritene* aleyhine tahkim yargılaması başlatılmış ve *Bell-Ray*, New Jersey Bölge Mahkemesinden, tahkime gidilmesi gerektiği yönünde bir karar almıştır. Her iki davalı, ana sözleşmelerde, temlikte bulunabilmek için temlikten önce *Bell-Ray*'in rızasının gerekli olduğunun öngörüldüğü ve *Bell-Ray* böyle bir irade beyanında bulunmadığından dolayı temlik geçerli olmadığı için tahkim anlaşmasına taraf olmadıkları iddiasıyla temyize müracaat etmiştir. Bölge mahkemesi, rıza gerekliliğine rağmen, böyle bir temlikin geçersiz olacağını öngören bir sözleşme hükmü bulunmadığı için temlik, hem temlik edene hem de temellük edene karşı geçerli saymış ve *Chemrite* şirketini tahkime gitmeye mahkûm etmiştir.⁷²³

Tahkim anlaşmasının, temellük edene teşmil edildiği davalar arasında yer alan *Technetronics Inc v. Leybold-Heraeus GmbH* davasına⁷²⁴ konu olayda, Alman şirketi *Leybold* ile Hollanda şirketi *Rokoma* arasında, bir ekipmanın *Rokoma* tarafından alımına ilişkin bir sözleşme akdedilmiştir. Sözleşmede bir tahkim şartı ve bir de *Rokoma*'nın sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerini bir Pennsylvania şirketi olan *Technetronics*'e devrettiği bir temlik klozu yer almaktaydı. *Rokoma* ile *Technetronics* arasında, *Rokoma*'nın çeşitli üreticiler arasında bağlantı olarak hareket etmeyi vaat ettiği ayrı bir sözleşme daha akdedilmiştir. *Technetronics* temlik çerçevesinde sahip olduğu bir hakkı yerine getirmek istediğinde uyuşmazlık doğmuştur. *Leybold*, *Rokoma*'nın ve dolayısıyla *Technetronics*'in teslimatı hatalı olarak kabul etmediğini ve *Rokoma* ile akdettiği sözleşmeyi feshettiğini *Technetronics*'e bildirmiştir. Bunun üzerine *Technetronics* tarafından *Leybold* aleyhine mahkemede dava açılmış ve *Rokoma* tarafından teminat olarak verilen depozitonun tazmini talep edilmiştir. *Technetronics*, ileri sürülen tahkim itirazına karşılık, *Rokoma* ile *Leybold* arasındaki tahkim anlaşmasının kendisini bağlamadığını ileri sürmüştür. Mahkeme ise, esas âkit tarafın sözleşmeden doğan hak ve

⁷²³ Hosking, **Third Party**, s.495.

⁷²⁴ **Dispute Resolution Journal**, March 1994, s.5; Reithmann, Hausmann s.1761.

yükümlülüklerini temellük eden kişinin aynı zamanda tahkime gitme yükümlülüğünü de devralmış olacağına karar vermiştir.

Tahkim şartının, temellük edene teşmil edildiği *Arkwright-Boston Manufacturers Mutual Insurance Company* davasına⁷²⁵ konu olayda *Tracey Navigation*'a ait bir gemide çalışırken yaralanan *Gonzalo Sosa Jimenez* tarafından, hem *Tracey Navigation* hem de geminin sigortacısı *Oceanus* aleyhine dava açılmıştı. *Oceanus* şirketi de bir başka sigortacı grup tarafından reasüre edilmişti. *Oceanus* 1984 senesinde tasfiye edildi. Bu esnada *Jimenez*'in açtığı davada *Jimenez* lehine tazminata hükmedilmişti. *Tracey Navigation*, sigorta şirketlerine karşı sahip olduğu hakları *Jimenez*'e temlik etmiş; bunun üzerine *Jimenez*, hem kendi namına hem de *Tracey Navigation*'ın temellük edeni sıfatıyla reasürans şirketlerine karşı dava açmıştır. Reasürans şirketleri ise, nisbîlik prensibinden ötürü *Tracey Navigation*'ın ve *Jimenez*'in, reasürans sözleşmesine istinat edemeyeceğini ileri sürmüştür. *Oceanus*'un tasfiyesini yürüten müessese, reasürans şirketlerine yönelik alacakları *Jimenez*'e temlik etmiş ve *Tracey Navigation* ile *Jimenez*, *Oceanus*'un alacakları üzerinden taleplerini ıslah etmişlerdir. Bunun üzerine reasürans şirketleri, *Jimenez*'in, *Oceanus*'un reasürans sözleşmesinden kaynaklanan haklarını temellük ettiği için bu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, reasürans şirketlerinin bu talebini kabul etmiş ve temellük edenin, temellük ettiği hakların kaynağı olan reasürans sözleşmesinde yer alan tahkim şartıyla bağlı olduğuna hükmetmiştir.

(3) Kıta Avrupası Hukuku

Esas sözleşmeden doğan bir hakkın temlikinin, esas sözleşmeye ilişkin tahkim anlaşmasını kapsayıp kapsamayacağı konusundaki ilk Alman mahkeme kararında, Alman İmparatorluk Mahkemesi, tarafların genel olarak bir hakkı temlik ettiklerinde tahkim anlaşmasını da devretme niyetine sahip oldukları gerekçesiyle tahkim anlaşmalarının, temlik edilen hakla birlikte, temellük edene otomatikman

⁷²⁵ YBCA, Vol:17, 1992, s.617 vd.

intikal edeceğine karar vermiştir⁷²⁶. Sadece, tarafların tahkim anlaşmasının devrini açıkça yasakladığı veya tahkim anlaşmasının yorumundan, özellikle esas sözleşmenin tarafların kimliğinden ötürü (*intuitu personae*) akdedildiğinin anlaşıldığı hallerde otomatikman intikal kabul edilmez. İmparatorluk Mahkemesinin halefi olan Alman Federal Mahkemesi de tahkim anlaşmasının temellük edene otomatikman intikal edeceği yönünde karar vermiştir. Ne var ki İmparatorluk Mahkemesinin aksine Federal Mahkeme bu içtihadını, varsayıma dayalı bir taraf iradesinin kabulüne değil, sözleşmeden doğan hakların temlikinin kapsamını düzenleyen Alman MK §401 hükmünün kıyasen tatbikine dayandırmıştır. Alman MK §401 uyarınca sözleşmeden doğan bir hakkın temliki: alelâde ipoteği, gemi ipoteğini, hakkı teminat altına alan rehin haklarını ve hakkı teminat altına almak için yapılmış garanti sözleşmelerinden doğan hakları kapsar. Federal Mahkeme, tahkim şartını, Alman MK §401’de sayılan teminat türleriyle kıyaslamış ve temellük edenin tahkim şartına ilişkin ayrı rızası gerekmeksizin temlik edilen hakla birlikte intikal edeceğine karar vermek suretiyle tahkim şartını o hakkın bir vasfı ve unsuru kabul etmiştir. Federal Mahkeme, İmparatorluk Mahkemesine benzer şekilde, tarafların tahkim anlaşmasını temlik kapsamı dışında tuttuklarının tahkim anlaşmasından açıkça veya zımnen anlaşılması hâlinde tahkim şartının otomatikman intikal etmeyeceğine karar vermiştir⁷²⁷. Doktrinde çoğunluk, İmparatorluk Mahkemesi ve Federal Mahkeme ile aynı görüştedir. Azınlık görüşü, tahkim anlaşmasının devrinin otomatikman vuku bulmayacağını ve temellük eden bakımından bağlayıcı olabilmesi için onun ayrı rızasının gerekli olduğunu savunmaktadır. Bu görüşün savunucularına göre Federal Mahkeme, tahkim anlaşması ile esas sözleşmenin hukuken birbirinden bağımsız olduğu prensibini nazara almamaktadır.⁷²⁸

Avusturya mahkemeleri, tahkim anlaşmasının temlik kapsamında olup olmadığı sorusuna genelde olumlu yanıt vermişlerdir⁷²⁹. Mahkemeler, meseleye, temellük edenin haklarının temlik edenin haklarıyla aynı olduğunu düzenleyen

⁷²⁶ RGZ, 56, 1904, s.182 vd.

⁷²⁷ NJW, 1976, s.852.

⁷²⁸ Berger, *Arbitration Agreement*, s.392; Girsberger, Hausmaninger s.126–127; Lörcher, Lörcher, Lörcher s.16; Schwab, Walter s.62.

⁷²⁹ SZ, 1925, VII, s.279; SZ, 1933, XV, s.43; SZ, 1936, XVIII, s.12.

Avusturya Medenî Kanunu⁷³⁰ §1394 uyarınca, sözleşmeden doğan hakların temlikinin kapsamı çerçevesinde yaklaşmış ve Alman mahkemelerine benzer biçimde, tahkime gitme hakkını §1394 hükmü kapsamında, temlik edilen hakka ilâveten otomatikman devrolan bir hak olarak değerlendirmiştir. Avusturya mahkemeleri, tahkim anlaşmasının yorumundan, özellikle tarafların kimliğinden ötürü (*intuitu personae*) akdedildiğinin anlaşılması hâlinde ise aksi yönde kararlar vermiştir. Engelleyici hükümlerin varlığı bu kuralın istisnasını teşkil eder. Meselâ Avusturya Borsası Tahkim Kuralları m.XIV/1 uyarınca borsa üyeleri, senetlere ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ancak kendi aralarında tahkim yoluna gidebilir. Bir borsa üyesi, sahip olduğu bir hakkı borsa üyesi olmayan bir kişiye temlik ettiği takdirde, temellük eden, tahkim şartından faydalanamayacaktır. Taraflar da sözleşmeden doğan haklar bakımından temlik edilmezlik şartı öngörmüş olabilir.⁷³¹ Doktrinde, tahkim anlaşmasının otomatikman devrini destekleyen kararların tamamının, tahkim anlaşmalarına inikat, yorum ve devir bakımlarından Medenî Kanun hükümleri çerçevesinde genel sözleşmeler olarak bakıldığı II. Dünya Savaşı öncesi döneme ait bulunduğu; ne var ki o zamandan beri tahkim anlaşmasının hukukî niteliğine bakışın değiştiği ve artık tahkim anlaşmalarının maddî hukuk sözleşmesi olarak değil, usûl hukuku sözleşmesi olarak görüldüğü belirtilerek, Avusturya MK §1394'ün, tahkim anlaşmasının temellük edene teşmili için geçerli bir gerekçe sağlamayacağı savunulmaktadır⁷³².

İsviçre Federal Mahkemesi, tahkim anlaşmasının, temlik edilen hakkın fer'isi olarak otomatikman devrolup olmayacağı meselesinin, tarafların niyetleri nazara alınarak çözümlenmesine işaret etmiştir. Buna göre tahkim anlaşması, temlik edenin şahsından ayrılmaz nitelikte olmadıkça, temlik edilen hakla birlikte devrolacaktır⁷³³. Federal Mahkeme, tahkim anlaşmasının temellük edene intikaline, temlike ilişkin genel kuralı uygulamıştır. Federal BK m.170/1'de yer alan bu kural, bir hakkın temlikinin, temlik edenden ayrılamayacak nitelikte olanlar hariç, imtiyaz ve ilâve

⁷³⁰ **Bundesgesetzblatt**, I, No.92/2006.

⁷³¹ Girsberger, Hausmaninger s.134 ve aynı yerde dn.81.

⁷³² Girsberger, Hausmaninger s.127–128.

⁷³³ **BGE**, 103, 1977, II, s.75 vd.

niteliğindeki hakların devrini de içereceğini düzenlemektedir. Bazı mahkemeler tahkim anlaşmasının bir imtiyaz olduğuna karar vermiş, diğerleri ise onu m.170 anlamında ilâve nitelikte bir hak olarak nitelendirmiş ve tahkim anlaşmasının temlik edilen hakla birlikte devrolacağını kabul etmiştir. Sadece, kişisel olarak temlik edenle ilgili olduğunun kararlaştırılmasından ötürü temlik edenden ayrılamayacağı hallerde tahkim anlaşması, temlik edilen hakla birlikte devrolmayacaktır⁷³⁴. Bu yaklaşım doktrinde desteklenmekte ve tahkim şartının, temlik edilen hakkın bünyesinde, o hakkın içerisine gömülmüş biçimde yer aldığı ve bu itibarla temlik kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, şüphe hâlinde tahkim anlaşmasının temlik edilen hakla birlikte devrolacağını kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Doktrinde, mahkeme içtihatlarına paralel olarak, tahkim şartının objektif gerekçelerden ziyade kişisel gerekçelere istinaden akdedildiğinin kabulü hâlinde devrolmayacağına işaret edilmektedir⁷³⁵.

Sözleşmede bir temlik edilmezlik klozunun yer aldığı hallerde, tahkim şartının da bu klozun kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Taraflarca, geçerli bir temlik için diğer tarafın rızasının alınmasının kararlaştırıldığı hallerde bu anlaşma, tarafların, karşılıklı rızaları bulunmaksızın üçüncü bir kişiyle muhatap olmak istemedikleri anlamında yorumlanır ve tahkim yargılamasında da üçüncü kişilerle muhatap olmak istemedikleri kabul edilir.⁷³⁶ İsviçre Federal Mahkemesinin önüne gelen *Clear Star Ltd v. Centrala Morska Importowo-Eksportova & Centromor SA* davasında⁷³⁷ bir İsveç şirketi ile bir Polonya şirketi arasında, bir denizcilik ekipmanının üretimine ilişkin olarak akdedilen sözleşmede, tarafların, diğer tarafın yazılı rızası bulunmaksızın sözleşmeden doğan haklarını temlik edemeyeceği hükmü yer almaktaydı. Uyuşmazlık çözme mekanizması olarak ICC tahkimi ve uygulanacak hukuk olarak da İsviçre hukuku seçilmişti. İsveç şirketi, Polonya şirketinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle sözleşmeyi feshetmiş ve maruz kaldığı zararın tazmin edilmesini talep etmiştir. Hemen akabinde de iflâsı

⁷³⁴ Müller §2.10.2; Girsberger, Hausmaninger s.129 ve aynı yerde dn.47.

⁷³⁵ Girsberger, Hausmaninger s.130.

⁷³⁶ Müller §2.10.2.

⁷³⁷ **Journal of International Arbitration**, Vol:8, No:2, June 1991, s.18–22.

açıklanmıştır. İflâs idaresi, Polonya şirketine karşı mevcut hakları *Clear Star* şirketine temlik etmiş ve bu şirket tarafından Polonya şirketi aleyhine tahkim yargılaması başlatılmıştır. Polonya şirketi, temlik edilemezlik şartı gereğince, tahkim şartının, *Clear Star*'a, kendisinin yazılı izni olmaksızın geçerli bir biçimde intikalinin mümkün olmadığı, *Clear Star*'ın tahkim anlaşmasına dayanma hakkının bulunmadığı ve tahkim yargılamasının iradî temelden yoksun olduğu gerekçesiyle hakemlerin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti, Polonyalı şirket tarafından yapılan itirazları kabul etmiş ve yargılama yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir. *Clear Star* şirketi, hakem kararının iptali için İsviçre mahkemelerinde dava açmış fakat hakem kararı İsviçre Federal Mahkemesince onanmıştır. İsviçre hukukunda, bir sözleşmeden doğan hakların temlik hâlinde, bu sözleşmede yer alan tahkim şartının, borçlunun rızası aranmaksızın, temellük edene geçeceği kabul edilmektedir. Bunun istisnası tahkim anlaşmasının sadece sözleşmenin esas tarafları arasında etki doğuracağına ilişkin bir hükmün varlığı veya tahkim anlaşmasının, temlik edenin kimliği nazara alınarak akdedilmiş olmasıdır. *Clear Star* davasının düğüm noktası, sözleşmeden doğan hakların diğer tarafın yazılı rızası bulunmaksızın temlik edilemeyeceği hükmünün yorumuydu. Hakem heyetine göre, bu hüküm, sadece sözleşmenin bir bütün olarak temlikini değil aynı zamanda, tahkim anlaşması gibi, sözleşmede yer alan hükümlerin de temlikini engellemekteydi; bu nedenle tahkim şartının, sözleşmenin esas tarafları arasında hüküm doğurmak üzere akdedildiğinin ve borçlunun rızası olmaksızın temlik edilemeyeceğinin kabulü gerekliydi. Mahkeme de bu karara aynen katılmıştır.⁷³⁸

Almanya, Avusturya ve İsviçre hukuklarına benzer şekilde Fransız hukukunda da sözleşmeden doğan hakların temlik durumunda tahkim şartının temlik kapsamında olup olmadığı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Akdî temlik söz konusu olduğunda temellük edenin, rıza göstermesi kaydıyla tahkim anlaşmasının tarafı hâline geleceği ve bu anlaşmayla bağlı olacağı ifade edilmiştir.⁷³⁹

⁷³⁸ Jacques Werner, "Jurisdiction of Arbitrators in Case of Assignment of an Arbitration Clause: On a Recent Decision by the Swiss Supreme Court", **Journal of International Arbitration**, Vol:8, No:2, June 1991, s.13–16; Burckhardt s.229; Uluocak s.998–999.

⁷³⁹ Veeder s.289; Fouchard, Gaillard, Goldman s.425.

Tahkim anlaşmasının temlikinin, diğer âkit tarafa karşı etkisi konusunda, âkit tarafın kimliğinin tahkim anlaşmasının kurulmasında önemli bir faktör olmaması hâlinde, anlaşmanın, âkit tarafın, anlaşmanın üçüncü kişilere temlik konusundaki zımnî kabulünü içerdiği faraziyesinin mevcut olduğu ileri sürülmektedir.⁷⁴⁰ Zira temlik, temlik edenin, sözleşmenin ekonomisinin bir parçasını teşkil eden tahkim şartından yararlanma menfaatini temellük edene devrettiğini muhakkak surette ortaya koyar. Tahkim şartının hükümlerinin genelliği ve tahkimin, uluslararası ticaretin normal uyuşmazlık çözme yöntemi hâline gelmiş olması karşısında, âkit tarafın tahkim şartının olası bir temlikini kabul ettiğini farz etmenin meşru olduğu ifade edilmektedir⁷⁴¹. Bu yaklaşıma gerekçe olarak, bir hakkın temlikinin, kefile karşı ileri sürülebilecek bir hak veya temlik edilen hakkı teminat altına alan ipotek hakkı gibi, esas hakkın fer'isi niteliğindeki tüm unsurları kapsayacağını öngören Fransız Medenî Kanunu⁷⁴² m.1692 hükmünün kıyasen tatbiki gösterilmekte ve tahkim anlaşmasının, esas hakkın fer'isi ve dolayısıyla temlikin bir parçası olduğu ileri sürülmektedir⁷⁴³. *C.C.C. Filmkunst v. E.D.I.F.* davasına⁷⁴⁴ konu olayda, Paris Temyiz Mahkemesi, *Mädchen in Uniform* isimli filmin yapımına ilişkin olan ve tahkim şartı içeren sözleşmeden doğan hakların temlikinin, sözleşmenin yapısından ayrılamayacak olan tahkim şartının, temellük edene otomatikman intikaline yol açacağına karar vermiştir⁷⁴⁵.

Tahkim anlaşmasının, tarafların kimliklerinden ötürü (*intuitu personae*) akdedildiğinin ortaya konulması, bu faraziyenin istisnasını teşkil eder. Fakat tahkimin, uluslararası ticaretin müşterek uyuşmazlık çözme yöntemi olması karşısında bunu ortaya koymak kolay değildir.⁷⁴⁶

⁷⁴⁰ Hosking, **Third Party**, s.498; Fouchard, Gaillard, Goldman s.430–431.

⁷⁴¹ Fouchard, Gaillard, Goldman s.432.

⁷⁴² <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimplePartieCode?commun=&code=CCIVILL0.rcv>

⁷⁴³ Girsberger, Hausmaninger s.131; Hosking, **Third Party**, s.498.

⁷⁴⁴ **Rev.Arb.** 1988, s.565. *Cour de Cassation, Montane v. Compagnie de Chemin de Fer Portugais* davasında (Fouchard, Gaillard, Goldman s.435) iki yabancı şirket arasında Fransa dışında akdedilen bir sözleşmedeki tahkim şartının, bu sözleşmeden doğan hakları temellük eden bir Fransız şirketine karşı icra edilebilir olduğuna ve Fransız şirketin, Fransız mahkemelerinin yargı yetkisinden yararlanamayacağına hükmetmiştir.

⁷⁴⁵ Veeder s.290.

⁷⁴⁶ Hosking, **Third Party**, s.498–499; Fouchard, Gaillard, Goldman s.434.

Tahkim anlaşmasının otomatikman intikali aleyhinde, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi ileri sürülmektedir.⁷⁴⁷ Ne var ki Fransız mahkemeleri bu yaklaşımı benimsemeyi reddetmektedir. Doktrinde, Fransız mahkemelerinin, aksi yönde açık bir delilin yokluğu hâlinde, temellük edenin sözleşmeyi bir bütün olarak kabul ettiğinin ve tarafların, biri ana sözleşmeye diğeri tahkim anlaşmasına ilişkin iki ayrı iradesinin bulunduğu ispatına gerek olmadığı farzedilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımını benimseyenler de mevcuttur.⁷⁴⁸ Tahkime gitme iradesini ana sözleşmeyle bağlanma iradesinden çıkaran bu görüşün doktriner olarak sorgulanması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁴⁹

Worms kararına⁷⁵⁰ konu olayda, *Sud Marine* şirketi, bir Cezayir şirketi ile akdettiği ve ICC tahkim şartı ihtiva eden gemi tamirat sözleşmesinden doğan alacağını bir bankaya (*Worms*) temlik etmiştir. Banka, alacağın ödenmesi talebiyle Fransız mahkemelerinde açtığı davanın yetki hususuna binaen reddedilmesi üzerine, milletlerarası tahkim hukukunda tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsız olması prensibinden ötürü, tahkim şartı içeren bir sözleşmenin devredilmesi hâlinde tahkim şartının sözleşmeyi devralan kişiye karşı ileri sürülemeyeceği iddiasıyla kararı temyiz etmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi, tarafların serbest iradeleri ile geçerlilik kazanan tahkim şartının, temellük eden kişiye alacakla birlikte intikal ettiğine hükmederek davacının talebini reddetmiştir. Doktrinde, bu kararın yorumu bağlamında, tahkim şartının temellük edene temlik edilen hakla birlikte intikal edip etmeyeceği meselesinin, tahkim şartı ile esas sözleşmenin bağlantısının nitelendirilmesine dayanacağı ileri sürülmüş ve tahkim anlaşmasının temlik edilen alacakla birlikte intikal etmesi ile esas sözleşmeden bağımsız olmasının birbiriyle bağdaşmadığı işaret edilmiştir. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibinin, her iki anlaşmanın aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan iki ayrı şey gibi algılanmalarına sebebiyet verdiği ve bunu engellemek

⁷⁴⁷ Girsberger, Hausmaninger s.137; Veeder s.289.

⁷⁴⁸ Fouchard, Gaillard, Goldman s.427.

⁷⁴⁹ Hosking, **Third Party**, s.501.

⁷⁵⁰ Uluocak s.993 vd'ndan alınmıştır.

bakımından *bağımsızlık* teriminin yerine *ayrılabilirlik* teriminin kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Tahkim şartı esas sözleşmenin bir tamamlayıcısı yani fer'idir ve *ayrılabilirliğin* temelinde *fer'ilik* kavramı yatmaktadır. Tahkim şartı, fer'i nitelik taşıması itibariyle, sözleşmenin kalbini oluşturmaz ve dolayısıyla sözleşme bâtil olsa da tahkim şartı geçerliliğini muhafaza edebilir. Sözleşmenin bir parçası olarak tahkim şartının varlığını korumak, sözleşmeyle intikalini sağlar ve bu nedenle tahkim şartı, sözleşmeden doğan alacağın temlikinde, alacak hakkından doğan uyuşmazlıklarda yargı yolunu göstermesi bakımından alacağın vasıflarından birini oluşturur ve intikalin gerekçeleri arasında sayılır. Bu görüşe göre, bu nedenlerle alacağın temlikinden ötürü rejimin değişmesi için bir gerekçe yoktur.⁷⁵¹

İsveç hukukuna göre, tahkim şartına tâbi bir alacağın temlikî hâlinde tahkim şartı temellük edene otomatikman intikal eder. İsveç Tahkim Kanunu Tasarısında yer alan bir hüküm, sözleşmenin diğer tarafı ve temellük edenin bu yönde anlaşmalarına kanaat getirildiği hallerde tahkim anlaşmasının otomatikman intikal edeceğini düzenlemekteydi. Bu hüküm yasalaşmamış ve meselenin çözümü mahkemelere bırakılmıştır. 1997 senesindeki *MS Emia Braack Schiffahrts KG v. Wärtsilä Diesel Akteibolag* davasına⁷⁵² konu olayda Hollandalı tersane şirketi *Scheepswerf Ferus Smit (Ferus)*, bir gemi inşa sözleşmesinde, daha sonra *MS Emja* adını alan bir gemi inşa etmeyi taahhüt etmiştir. Daha sonra *Ferus* bir başka tersane şirketi olan *Scheepswerf Bijlsma (Bijlsma)* ile geminin inşası için alt yüklenici olarak anlaşmıştır. *Wärtsilä*, *Bijlsma* ile yaptığı yazılı sözleşmeyle *MS Emja* için bir dizel motor temin etmeyi taahhüt etmiştir. Bu sözleşme, *ECE 188* ve *TP 73 E* standart sözleşmelerine atıfta bulunmaktaydı. Her iki standart sözleşmede de birer tahkim şartı bulunmakta ve her iki tahkim şartında uygulanacak hukuk olarak İsveç hukuku öngörülmekteydi. *MS Emja*'nın denizcilik şirketine tesliminden sonra dizel motorla ilgili sorunlar doğmuştur. *Emja*'nın *Wärtsilä* aleyhine tahkim yargılaması başlatabilmesi için *Ferus* ve *Bijlsma*, dizel motorun mülkiyetini *Emja*'ya temlik etmiştir. *Emja* tarafından *Wärtsilä* aleyhine mahkemede dava açılmış ve *Bijlsma* ile *Wärtsilä* arasındaki sözleşmenin birer parçasını teşkil eden *ECE 188* ve *TP 73 E* standart

⁷⁵¹ Uluocak s.993, 996–997.

⁷⁵² *NJA*, 1997, s.866 vd.

sözleşmelerindeki tahkim şartlarının *Emja* bakımından bağlayıcı olup olmadığının tespiti talep edilmiştir. Yüksek Mahkeme de alt mahkeme gibi, *Emja*'nın tahkim şartıyla bağlı olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca, kalan tarafın, diğer tarafta meydana gelen cüzî halefiyet kaynaklı değişiklik neticesinde tahkim şartıyla bağlı kalmaya devam edip etmeyeceğini tartışmış ve bağlı kalacağı sonucuna varmıştır.⁷⁵³

İtalyan Yüksek Mahkemesi, *Zimmer (USA) and Europe SA (Belgium) v. Giuliana Cremascoli (Italia)* davasına⁷⁵⁴ konu olayda, meselenin Konvansiyonun II. maddesinde zımnen düzenlendiğine karar vermiştir. *Zimmer*, tahkim şartı içeren bir distribütörlük sözleşmesini temlik etmiştir. Ne var ki temlikte tahkim anlaşması açıkça zikredilmemiştir. Temellük eden, borçluya karşı mahkemede dava açtığında borçlu, temellük edenin esas sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu gerekçesiyle itirazda bulunmuştur. İtalyan Yüksek Mahkemesi olayda uygulanma alanı bulunan New York Konvansiyonu uyarınca temlikin, tahkim anlaşmasının kabul edildiğini varsaymak bakımından yeterli olmayacağına karar vermiştir. Kararda, temlik sözleşmesinde, standart satım şartlarına, tahkim şartı zikredilmeksizin yapılan genel atfın, Konvansiyonun, mahkemece tahkime yönelik iradenin '*ispatlanabilir, açık ve belirli*' olmasını aradığı biçiminde yorumlanan II. maddesinin gereklerini karşılamadığı belirtilmiştir.⁷⁵⁵

Tahkim şartı içeren sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşmeden doğan haklarını üçüncü kişiye temlik etmesinin, onu tahkim şartıyla bağlı olmaktan alıkoymayacağı sonucuna varılan, Milan Ulusal ve Uluslararası Tahkim Odası nezaretinde verilen 18.3.1999 tarihli ve 1398 sayılı hakem kararına⁷⁵⁶ konu olayda, çokuluslu (M) şirketler grubuna dâhil bir İtalyan şirketi olan (A), 1991 senesinde akdettiği sözleşmeyle, aralarında (z) bileşiminin de bulunduğu (y) ecza ürünlerinin İtalya'da pazarlanmasını (B) şirketine devretmiştir. Sözleşmeye göre (z) bileşimine

⁷⁵³ Hobér s.360; Redfern, Hunter s.151; Berger, **Arbitration Agreement**, s.391–392.

⁷⁵⁴ **YBCA**, Vol:11, 1986, s.518.

⁷⁵⁵ Rubino–Sammartano s.183–184; Girsberger, Hausmaninger s.132.

⁷⁵⁶ **YBCA**, Vol:25, 2000, s.382.

ilişkin tüm haklar (A) şirketine aitti; fakat (z)'nin kullanımına ve satımına ilişkin lisansın hâmilisi, (M) şirketler grubuna dâhil bir İtalyan şirketi olan (N) idi. Ayrıca (y) ürünlerinin üretimi ve satımı konusundaki alt lisansın sahibi de, yine (M) şirketler grubuna dâhil bir İtalyan şirketi olan (O) idi. Sözleşmeye göre (B) şirketi, (z) bileşimini (N) şirketinden ve (y) ürünlerini ise (O) şirketinden almayı taahhüt etmekteydi. Sözleşmedeki tahkim şartı uyarınca, doğabilecek uyuşmazlıklar, Milan Ulusal ve Uluslararası Tahkim Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde ve İtalyan hukukunun tatbiki suretiyle çözüme kavuşturulacaktı. Ağustos 1993'te (A) şirketi, aralarında (y)'nin de bulunduğu ecza ürünlerinin pazarlanmasına, satımına ve dağıtımına ilişkin tüm hakları, yine (M) şirketler grubuna dâhil bir İtalyan şirketi olan (C)'ye devretmiştir. Sözleşmenin akdedilmesinden bir süre sonra (B) şirketi, sözleşmenin kuruluşu esnasında (A) şirketinin, (z) ürününün patentli olduğu konusunda kendisini kandırdığını ve piyasada (z) bileşimini serbestçe kullanan şirketlerin varlığı yüzünden zarara uğradığını ileri sürerek sözleşmenin finansal yönlerinin tekrar müzakere edilmesini istemiştir. Müzakerelerin sonuçsuz kalması üzerine (B) şirketi tahkim yargılaması başlatmıştır. (A) şirketi, uyuşmazlığa konu faaliyetleri, tahkim yargılamasının başlamasından önce (C) şirketine devrettiğini ileri sürerek hakem heyetinin yargılama yetkisine itirazda bulunmuştur.⁷⁵⁷ Hakem heyeti, bu itirazı incelemiş ve taraflar arasındaki uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğu sonucuna varmıştır. Hakem heyetine göre, olayda, (B) şirketinin, lisans sözleşmesinden doğacak bir uyuşmazlıkta (A) şirketinden başka bir kişiye müracaat etmesini gerektirecek bir unsur mevcut değildi ve böyle bir uyuşmazlıkla karşılaşan (B)'nin müracaat edeceği tek kişi, 1991 senesinde lisans sözleşmesini akdettiği (A)'dan başkası olamazdı.⁷⁵⁸

Moskova Bölge Mahkemesince, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi uyarınca tahkim anlaşmasının temellük edene intikal etmeyeceği sonucuna varılan *IMP Group (Cyprus) v. Aeroimp (Russian Federation)* davasına⁷⁵⁹ konu olayda, 1.1.1992 tarihinde *Aeroimp* ile *IMP Group (Canada)*

⁷⁵⁷ Gotanda s.18.

⁷⁵⁸ **YBCA**, Vol:25, 2000, s.384.

⁷⁵⁹ **YBCA**, Vol:23, 1998, s.745 vd.

arasında bir otel inşaatının idaresini konu alan bir sözleşme akdedilmişti. 16.10.1993 tarihinde aynı taraflar arasında, otelin idaresini konu alan ve tahkim şartı da ihtiva eden bir başka sözleşme akdedilmiş ve bu sözleşme *IMP Group (Canada)* tarafından *IMP Group (Cyprus)* 'a temlik edilmiştir. Uyuşmazlık doğması üzerine *IMP Group (Cyprus)* tahkime müracaat etmiş ve lehine aldığı hakem kararının tenfizi için Moskova mahkemelerine başvurmuştur. Moskova mahkemeleri, 16.10.1993 tarihli sözleşmede yer alan tahkim şartının *IMP Group (Cyprus)* 'a geçerli olarak temlik edilmediğini zira *IMP Group (Canada)* ile *IMP Group (Cyprus)* arasında akdedilen 31.1.1993 tarihli temlik sözleşmesinde tahkim şartının temlikine ilişkin herhangi bir irade beyanı bulunmadığını belirterek tenfiz talebini reddetmiştir. Mahkemeye göre, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden hukuken bağımsız olmasından ötürü, tahkim anlaşmasının da temlik kapsamında olduğu açıkça zikredilmedikçe, esas sözleşmesinin temlikinin kapsamına tahkim şartı dâhil değildir. Bu karar Yüksek Mahkeme tarafından da onanmıştır.⁷⁶⁰

1984 senesinde Rus Dış Ticaret Tahkim Komisyonu nezdinde karara bağlanan *Sojuznefteeksport v. JOC Oil* davasında⁷⁶¹ hakem heyeti, davaya konu tahkim şartının, Rus hukuku uyarınca, sadece maddî hakların temlikini öngören bir temlik sözleşmesi kapsamında temellük edene otomatikman intikal etmeyeceğine karar vermiştir. Rus hukuku, temellük edenin, temellük ettiği hakkın yerine getirilmesini temin eden bütün hakları elde edeceğini öngörmekteydi. Hakem heyeti, esas sözleşmeden bağımsız olan ve usûlî niteliğe sahip bulunan tahkim anlaşmasının temellük edeni bağlaması için, temellük edenin tahkime gitme iradesini açıkça ortaya koyan ayrı bir anlaşma bulunması gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁶²

Yunan mahkemelerinde görülen *ANC Maritime Company v. The West of England Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association Limited*

⁷⁶⁰ Komarov s.587.

⁷⁶¹ *All Union Free Trade Association 'Sojuznefteexport' v. JOC Oil Ltd* (9.7.1984 tarihli ve 109/1980 sayılı hakem kararı) **YBCA**, Vol:18, 1992, s.92 vd.

⁷⁶² Veeder s.290; Bishop, Dimitroff, Miles s.684.

davasına⁷⁶³ konu olayda, *Byzantine Eagle* gemisinin donatıcı *Imperial Navigation*, gemiyi, Yunanistan’da *West of England Limited (Hellas)* tarafından temsil edilen *The West of England Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association Limited* şirketine sigortalatmıştır. *Imperial Navigation*, gemiyi, 27.2.1980 tarihinde *Dromon Shipping* şirketine satmış; *Dromon Shipping* ise gemiyi *ANC Maritime*’a satmıştır. 16.10.1980 tarihinde geminin adı *Eagle* olarak değiştirilmiştir. Geminin yeni sahibi *ANC Maritime*, geminin *West of England Limited (Hellas)* nezdindeki sigortasını devam ettirmiştir. *ANC Maritime*’ın acentesi *Velos Limited Ship Brokers* tarafından *West of England Limited (Hellas)*’a gönderilen yazıda, *Byzantine Eagle* isimli geminin yeni sahibinin *ANC Maritime* olduğu ve geminin adının *Eagle* olarak değiştirildiği bildirilmiştir. *ANC Maritime* ile *West of England Limited (Hellas)* arasında bir uyuşmazlık doğduğunda *ANC Maritime* Yunan mahkemelerinde dava açmıştır. *West of England Limited (Hellas)*, sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Alt mahkeme, sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, halefiyet prensibinden ötürü *ANC Maritime*’ı bağladığına karar vererek tahkim itirazını kabul etmiş ve bu karar Yunan Yüksek Mahkemesi tarafından da onanmıştır.

Alacağın temlik müessesesi Türk hukukunda BK m.162–172 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı, alacağını bir başka kimseye devredebilir ve alacağı devralan, asıl alacaklının yerine geçer. Alacaklının, alacağını, borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın, anlaşarak bir kişiye devretmesi *iradî temlik* olarak ifade edilmektedir⁷⁶⁴. İradî temlikte, temlik eden ve temellük edenin, iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak ifade etmeleri gerekir. Bu itibarla iradî temlik, temlik eden ile temellük eden arasında kurulan bir sözleşmedir. Alacağın temlikıyla, temlik eden kişi sözleşmeye konu alacak ve fer’ileri üzerindeki *alacaklı* sıfatını kaybeder ve alacağın tahsilini dava ve talep hakkı temellük edene geçer. Acaba temlik edenle borçlu arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartı da temlik kapsamına dâhil midir? Diğer bir ifadeyle alacağın temlikıyla, temellük eden esas sözleşme içindeki tahkim

⁷⁶³ YBCA, Vol:23, 1998, s.654 vd.

⁷⁶⁴ Kemal Dayınlarlı, **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik**, 2.Bası, Ankara, 2000, s.105.

şartının tarafı olur mu?⁷⁶⁵ Borçlar hukuku uzmanları genel olarak bu soruya olumlu cevap vermektedir. Bunlara göre, alacağın temlikinin kapsamını düzenleyen BK m.168/1 hükmü uyarınca bir alacağın temliki, temlik edenin şahsına has olanlar dışındaki rüçhan haklarını ve diğer fer’i hakları kapsamına alır. Temlik edenin şahsına özgü hakları, temellük edene geçmez; bunlar dışındaki rüçhan hakları ve diğer fer’i haklar temellük edene geçer. Tahkim şartı da alacağın fer’ilerinden olması⁷⁶⁶ veya alacağı kuvvetlendiren bir rüçhan hakkı olması itibariyle,⁷⁶⁷ aksine bir anlaşma olmadıkça, alacakla birlikte temellük edene geçer. Buna karşılık tahkim anlaşmasının, temlik edilen alacak bakımından fer’i bir hak niteliğine sahip bulunmadığını savunan borçlar hukukçuları da mevcuttur.⁷⁶⁸ Usûl hukukçuları ise meseleyi halefiyet bağlamında ele almakta ve uyuşmazlık konusu alacağı devralan kişinin, bu alacağın tâbi bulunduğu tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağı sonucuna varmaktadır.⁷⁶⁹

Ne var ki tahkim şartının alacağın fer’ileri arasında sayılması ve buna bağlı olarak alacağın temliki işlemiyle birlikte temellük edene geçeceği görüşünün, uluslararası ticarî tahkim hukukunun temel prensiplerinden olan *tahkim anlaşmasının maddî hukuk sözleşmesinden bağımsızlığıyla* bağdaşmadığı, zira uluslararası ticarî tahkimde tahkim anlaşmalarının, maddî hukuk sözleşmelerinin bir hükmü olarak düzenlenmiş olsalar dahi, kural olarak ondan bağımsız birer sözleşme olarak kabul edildiği öne sürülmektedir. Burada tahkim anlaşmaları ile maddî hukuk sözleşmelerinin konu ve amaç itibariyle birbirinden farklı olmalarından hareket edilmekte ve bu sebeple tahkim anlaşması ile içinde yer aldığı maddî hukuk sözleşmelerinin maddî ve şeklî geçerlilik şartları, taraflarca açık bir hukuk seçiminin yokluğu hâlinde geçerliliğe uygulanacak hukukun belirlenmesi, ifa sebep ve sonuçları gibi konuların farklı hukukî rejimlere tâbi olmaları gerektiği işaret edilmektedir. Bununla beraber alacağın temliki işleminde, temlike konu alacakla bu

⁷⁶⁵ Şanlı, **Nomer’e Armağan**, s.783; Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.318–319.

⁷⁶⁶ Dayınlarlı s.302; Ali Bozer, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Ankara, 2002, s.264–265.

⁷⁶⁷ Şirin Aydınçık, “Alacağın Temlikinde Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Alacağı Temellük Eden Bakımından Geçerliliği Sorunu”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, S:8, Eylül 2006, s.176.

⁷⁶⁸ Şener Akyol, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul, 1995, s.23.

⁷⁶⁹ Kuru s.5982.

alacak ilişkisinden doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların çözüm yolunu gösteren tahkim şartı arasında bir ilişki bulunduğunun da bir vakıa olduğu ve maddî hukuk sözleşmelerinden doğan alacağın, temlik işlemiyle temellük edene intikal ettirilirken, temlik konusu alacaktan doğan uyuşmazlıkların çözüm yolunu temlik edenin tarafında bırakmanın, işin mahiyetine ve temlik işleminin amacına uygun düşmeyeceği ileri sürülmektedir. Bu konuda emsal gösterilen Fransız Yargıtay kararlarında varılan sonuç: her ne kadar tahkim şartı içinde bulunduğu maddî hukuk sözleşmesinden hukukî nitelik itibariyle bağımsız ise de, tahkim şartının, maddî hukuk sözleşmesinin ekonomisine dâhil olduğu ve sırf bu sebeple alacağın mukadderatına tâbi olması gerektiği yönündedir⁷⁷⁰. Ticarî ve ekonomik sözleşmelerin hazırlanması esnasında bu sözleşmelerden doğabilecek sorunların ve bunların çözüm yollarının maliyetlere dâhil edildiği, buna bağlı olarak sözleşme fiyatının ve teminat şartlarının, potansiyel ihtilâfların yoğunluğuna göre değiştiği ve bu sebeple Fransız Yargıtayının, temlik konusu alacakla bu alacak ilişkisinden doğan sorunların çözüm yolunu düzenleyen tahkim arasında ekonomik nitelikte bir bağlantı kurmak suretiyle, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise temellük edenin iradesinin temlik akdindeki tahkim şartını da kapsadığını kabul etmekte olduğu belirtilmektedir. Bu itibarla, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun Türk hukuku olması hâlinde yukarıdaki çözümün doğru olacağı, yani temlik edenle borçlu arasında akdedilen esas sözleşmedeki tahkim şartının, sözleşmenin ekonomisine dâhil olması sebebiyle temellük edeni bağlayacağı savunulmaktadır⁷⁷¹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1994 senesinde verdiği bir karara⁷⁷² konu olayda, davacı taraf, dava dışı *Marmara Transport AŞ* ile davalı arasında altı aylık sürelerle tankerin kiralanması konusunda bir kira sözleşmesi yapıldığını, daha sonra tankerin davacı tarafından satın alındığını, çeşitli ihtarnamelere rağmen davalının tankeri satım tarihinden itibaren beş ay sonra teslim ettiğini ve yaklaşık üç aylık kirayı da ödemediğini ileri sürerek Beyoğlu mahkemesinde dava açmıştır. Davalı

⁷⁷⁰ Şanlı, *Nomer'e Armağan*, s.783–784.

⁷⁷¹ Şanlı, *Nomer'e Armağan*, s.785; Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.320–321.

⁷⁷² Y 11. HD E.1993/5034, K.1994/4082, T.10.05.1994 (Nomer, Ekşi, Öztekin s.594–595'den alınmıştır).

vekili tarafından ileri sürülen tahkim itirazı, Beyoğlu mahkemesince reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi, geminin önceki maliki *Marmara Transport AŞ* ile davalı arasındaki kira sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, geminin sonraki maliki olan davacıyı bağlayacağı sonucuna vararak, ihtilâfin tahkim yoluyla görülmesine karar vermiş ve Beyoğlu mahkemesinin kararını bozmuştur.

(4) Değerlendirme

Mesele hakkında; biri temellük edenin, temlik edilen hakla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda borçluya karşı tahkim şartıyla otomatikman bağlı olduğunu (*otomatik intikal kuralı*), diğeri ise temellük edenin, bağlı olma yönündeki iradesini açıkça ortaya koymadıkça tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağını (*açık temlik kuralı*) öngören iki temel yaklaşım söz konusudur.

Otomatik intikal kuralını benimseyenler buna gerekçe olarak iki farklı argüman ileri sürmektedir. Bilhassa Kıta Avrupasında rastlanan birinci argüman, tahkim şartının, temlike konu yapılan hakkın içinde gömülü bulunduğu ve bu hakkın bünyesinde yer aldığı yahut bu hakkın fer'isi, unsuru veya vasfı olduğu gerekçesiyle temlik kapsamında değerlendirilmesidir. Buna göre, temlik edenin şahsına özgü ve münhasıran onun menfaatine ilişkin olanlar hariç, devredilen sözleşmenin doğal sonucu niteliğindeki maddî veya usulî hak ve yetkiler temlik kapsamındadır ve bunun istisnası: aksine açık veya zımnî bir hükmün veya temliki kanunla yasaklanan yahut şahsa özgü nitelikte yükümlülükler ihtiva eden sözleşmelerin varlığı veya tahkim anlaşmasının, tarafların kimliğinden ötürü (*intuitu personae*) akdedildiğinin ortaya konulmasıdır. İkinci argüman ise tahkim şartının, esas sözleşmeden hukukî olarak bağımsız olmasına rağmen, esas sözleşmenin ekonomisine dâhil olması itibarıyla, temlik edilen hakkın mukadderatına tâbi olması gerektiği yönündedir. Tahkim anlaşmasının temlikinin, borçluya karşı etkisi konusunda ise, uluslararası ticarî ve ekonomik sözleşmelerin, bu sözleşmeleri akdeden tarafların sözleşmenin üçüncü kişilere temliki konusundaki zımnî kabulünü içerdiği faraziyesinin mevcut olduğu ileri sürülmektedir. Bu argümana paralel olarak, tahkime gitme yükümlülüğü kabul edilmeksizin, temlik edilen hakka istinat edilemeyeceği de ileri sürülmektedir.

Tahkim anlaşmasının otomatikman intikali lehine ileri sürülen görüşlerden bir diğeri, borçlunun hukukî durumunu muhafaza düşüncesidir. Tahkim anlaşmasının, borçlu için, temlik eden tarafından tek yanlı olarak ortadan kaldırılamayacak haklar doğurduğu ileri sürülmektedir. Temellük edenin tahkim yerine mahkemeye başvurmasına izin verilmesi, temlik edilen hakkın borçluya, başta kaçınmak istediği bir uyuşmazlık çözüm yöntemini dayatması anlamına gelecek ve taraflara, başlangıçtaki taraflar arasında tahkime tâbi bulunan bir hakkı üçüncü kişilere temlik etmek suretiyle tahkim şartının hükümlerinden kaçınma imkânı sunacaktır.⁷⁷³

Açık temlik kuralının savunucuları ise, görüşlerine dayanak olarak: tahkim anlaşmasının şahsî nitelikte olması, esas sözleşmeden bağımsız olması ve esas sözleşmeden farklı olarak usûlî nitelik taşıması itibariyle temellük edenin tahkim şartına yönelik ayrı ve açık iradesinin ortaya konulması gerektiğini öne sürmektedir. Bunlara göre temellük eden, ancak tahkim anlaşmasıyla bağlı olma iradesini açıkça ortaya koyduğu hallerde tahkim anlaşmasıyla bağlı olacaktır. Zira tahkime gitmeye yönelik iradenin ispatlanabilir, açık ve belirli olma zorunluluğunun ortadan kalkması için yeterli sebep bulunmamaktadır.

Borçlunun hukukî durumunu en iyi otomatik intikal kuralının koruduğunu ileri sürenlerin, tahkim anlaşmasının temellük edene otomatikman intikalinin, borçlunun aleyhine olması ihtimalini gözden kaçırdığı iddia edilmektedir. Zira uluslararası arenada tarafların, tarafsız ve yabancı bir tahkim yeri seçimi, yabancı bir hukukun tatbiki veya yabancı hakemlerin tayini gibi hususlarda baştan anlaşmaları olağandır. Bu dengeli tarafsızlık tahkim anlaşmasının temellük edene devriyle borçlu aleyhine bozulabilir: temellük eden tahkim anlaşmasında kararlaştırılan tarafsız yerde ikamet ediyor olabilir yahut taraflarca uyuşmazlığa tatbik edilmek üzere seçilen hukukun ait olduğu devletin vatandaşı olabilir veyahut önceden seçilmiş bir hakemle yakın bağları bulunabilir.⁷⁷⁴

⁷⁷³ Girsberger, Hausmaninger s.145.

⁷⁷⁴ Girsberger, Hausmaninger s.145–146 ve aynı yerde dn.131.

Borçlunun durumu bakımından çözüm olarak, tahkim şartının intikalinin, borçlunun hukukî durumunu zayıflattığı hallerde, temlik hukuku prensipleri kapsamında borçlunun tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığını kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Temlik hukuku prensipleri, temlik edene, borçlunun rızası aranmaksızın temlikte bulunma izni verir; zira borçlu genel olarak böyle bir temlikten zarar görmez. Ancak, borçlunun, temlikten zarar gördüğü hallerde temlik edilen hakla bağlı olmadığını kabulü gerekir.⁷⁷⁵

Tahkim anlaşmasının otomatikman intikali aleyhinde ileri sürülen, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi, Fransız mahkemeleri tarafından reddedilmektedir. Doktrin, Fransız mahkemelerinin, aksi yönde açık bir delilin yokluğu hâlinde, temellük edenin sözleşmeyi bir bütün olarak kabul ettiğinin ve tarafların, biri ana sözleşmeye diğeri tahkim anlaşmasına ilişkin iki ayrı iradesinin bulunduğu ispatına gerek olmadığını farzedilmesi gerektiği yönündeki görüşünü benimsemektedir.⁷⁷⁶ Doktrinde, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin; tahkim anlaşmasının, ilişkin olduğu hakkın fer'isi niteliğinde olduğu ve bahse konu hakkın temliki durumunda bu hakla beraber devralana geçeceği yönündeki görüşe engel teşkil etmeyeceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, bağımsızlık prensibi, tahkim şartının bir parçasını teşkil ettiği esas sözleşmenin geçersizliğine dayanarak tahkimden kaçınmaya çalışan kötü niyetli kişileri engellemek amacını taşımaktadır. Yani amacı tahkimi engellemek değil, onun ilerlemesini sağlamaktır ve tahkim anlaşmasının, ilişkin olduğu hakkın temliki hâlinde bu hakla birlikte onun fer'isi olarak temellük edene geçmesine engel teşkil etmemelidir.⁷⁷⁷

Kanaatimizce tahkim anlaşmasının temellük edene intikal edip etmeyeceği sorusu, temlike konu hakkın tâbi bulunduğu tahkim anlaşmasının temellük eden bakımından geçerli olup olmadığı sorusuyla aynı anlamı taşımaktadır. O halde esas olan, temellük edenin tahkime gitme iradesinin *açıkça* veya tereddüde mahâl

⁷⁷⁵ Girsberger, Hausmaninger s.146–147.

⁷⁷⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman s.427.

⁷⁷⁷ Paul A. Gélinas, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.63.

bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulup konulmadığının belirlenmesidir. Buna göre tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve temellük edenin tahkime gitmeye rıza gösterdiğinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan zımnî bir irade beyanının bulunmaması durumunda, tahkim anlaşmasının temellük edene geçerli olarak intikal etmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının temellük edene intikali için temlik işlemi tek başına yeterli değildir. Ayrıca, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise temellük edenin iradesinin temlik akdindeki tahkim şartını da kapsadığını kabul etmekte olduğu yahut uluslararası ticarî ve ekonomik sözleşmelerin, bu sözleşmeleri akdeden tarafların sözleşmenin üçüncü kişilere temlik konusundaki zımnî kabulünü içerdiği şeklindeki varsayımlara, yani *farazî bir iradeye* istinaden tahkim şartının kurulacağını söylemek doğru olmaz. Tahkim şartının, esas sözleşmeye ait fer'i nitelikte bir hak olarak görülmesi veya görülmemesi bu neticeyi değiştirmez. Keza tahkim şartının, esas sözleşmenin ekonomisine dâhil olarak görülmesi de vardığımız sonucu değiştirmez; zira, tahkim anlaşmasına yönelik açık yahut zımnî bir rıza gösterilme zorunluluğu ortadan kalkmış değildir. Tahkime gitme yükümlülüğü kabul edilmeksizin, temlik edilen hakka istinat edilemeyeceği yaklaşımı da yerinde değildir. Zira tahkim anlaşmasının temellük edene otomatikman intikal etmeyeceği yönündeki görüşün kabulü, uyuşmazlığın çözümsüz kalmasına değil, mahkemeler marifetiyle çözüme gidilmesine yol açar. Tarafların bir tahkim anlaşması yapmak suretiyle uyuşmazlığı tahkime tâbi kılma hakları her daim saklıdır.

Neticede, tahkim anlaşmasının, temellük edene, tahkime gitme iradesine bakılmaksızın otomatikman intikal ettiği bir tahkim yargılamasının ve böyle bir yargılama neticesinde verilen hakem kararının hukukî mesnedinin bulunmadığı ve verilen hakem kararının, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmayışından ötürü mahkemelerce iptal edilmesi yahut tenfizinin talep edilmiş olması hâlinde bu talebin reddedilmesi gerektiği kanısındayız.

iv. Sigortacının Halefiyeti

(1) Genel Olarak

Sigorta hukukunun en temel prensiplerinden biri, sigortalının zararını karşılayan sigortacının, sigortalının zarar verene karşı sahip olduğu haklara halef olmasıdır. Buradaki mesele, sigortalının, zarar verene karşı sahip olduğu haklar arasında bir tahkim şartı bulunması ihtimalinde, sigortalının bu tahkim şartına istinat edip edemeyeceği ve diğer taraftan, zarar verenin, sigortacıyla tahkime gitmekle yükümlü olup olmadığıdır. Doktrinde, rızası olmamasına ve halef ile selef arasındaki akdî ilişki üzerinde etkisi bulunmamasına rağmen, esas âkit tarafın, üçüncü kişiyle tahkime gitmekle yükümlü olacağı ileri sürülmekte ve buna gerekçe olarak, esas âkit tarafın, gelecekteki bir halefle de tahkime gitme olasılığını başlangıçta kabul ettiği ve bunun, sigorta davalarında, öngörülebilir ticarî olasılık kapsamında makûl görüldüğü gösterilmektedir.⁷⁷⁸

(2) Anglo Sakson Hukuku

İngiliz hukuku bağlamında halefiyet, bir kişinin, başka bir kişinin sahip olduğu bir hakkı kendi adına ve üçüncü bir kişiye karşı icra etmek amacıyla bu kişiyle yer değiştirdiği işlemi tarif için kullanılmaktadır. Halefiyet vasıtasıyla bir kişi, başka bir kişinin hukukî konumunu ve üçüncü kişiye karşı sahip olduğu hakları elde etmek suretiyle bu kişinin yerine geçer. Böylece, teminat kapsamında bir zararı karşılayan sigortacı, sigortalının, üçüncü kişiler aleyhine bu zarardan kaynaklanan haklarını icra yetkisi kazanır. Kural olarak halef, selefin yararlandığı hakları elde eder⁷⁷⁹ ve esas sözleşmede yer alan tahkim şartıyla da bağlı olur.⁷⁸⁰

ABD hukukunda halefiyet, sigortacıyı, zarara sebep olan üçüncü kişiye karşı sahip olduğu hak bakımından sigortalının yerine koyar. Bu temel borçlar hukuku yaklaşımı, esas sözleşmede yer alan tahkim şartına da uygulanır.⁷⁸¹

⁷⁷⁸ Hosking, **Third Party**, s.508–509.

⁷⁷⁹ Merkin s.643–644.

⁷⁸⁰ Hosking, **Third Party**, s.502.

⁷⁸¹ Hosking, **Third Party**, s.504–505.

New York Konvansiyonu çerçevesinde yürütülen *Hammermills* davasına⁷⁸² konu olayda, tahkim anlaşmasının tarafı olan *Hammermills* hakkında iflâs istenmesi üzerine, tahkim masraflarının ve hakem kararının gereğinin, sigortacısı *Argonaut* tarafından karşılanacağına taahhüt edilmesi kaydıyla tahkim yargılamasının yürütülmesine müsaade edilmiştir. Tahkimde haksız çıkan taraf, tenfiz davasının, *Hammermills* tarafından değil *Argonaut* tarafından açılması gerektiğini ileri sürmüştür. Columbia Bölge Mahkemesi, Federal Medenî Usûl Kanunu⁷⁸³ m.17/a'nın, davaların gerçek tarafça açılması gerektiğini öngördüğünü, sigortacının, talebi tamamen karşılaması hâlinde gerçek taraf olduğunu ve kendi adına dava açması gerektiğini belirtmiş; ne var ki böyle bir yorumun, hakem kararının teyidi amacıyla dava açma konusunda tahkim yargılamasının tarafları lehine müstakil bir hak tesis eden New York Konvansiyonu'na aykırı olacağına hükmetmiştir. Bu yüzden, *Argonaut*'un, federal hukuk bağlamında, sigortacı–halef ve bu yüzden gerçek menfaat sahibi taraf olması, tahkim anlaşmasının ve tahkim yargılamasının tarafı olan *Hammermills*'in kendi adına tenfiz davası açmasını engellemeyecekti.⁷⁸⁴

Filipinler Yüksek Mahkemesinin 1990 senesinde verdiği bir karara⁷⁸⁵ konu olayda, Filipinler'den Rotterdam'a taşınan malların uğradığı zararı karşılamak suretiyle, gönderilenin halefi hâline gelen sigorta şirketi, bu bedeli rücu tazmin etmek amacıyla taşıyana karşı mahkemede dava açmış; taşıyan ise, tahkim şartı ihtiva eden charterpartie atıfta bulunan konişmentonun bu tahkim şartına tâbi olduğunu ileri sürerek tahkim itirazında bulunmuştur. Temyiz Mahkemesi, bu itirazı kabul etmeyen alt mahkeme kararını, sigorta şirketinin tahkim şartıyla bağlı olduğu gerekçesiyle bozmuştur. Bunun üzerine sigorta şirketi sadece konişmentodan kaynaklanan haklara halef olduğunu, charterparti hükümlerine tâbi olmadığını ve bu yüzden charterpartide yer alan tahkim şartıyla bağlı olmadığını ileri sürerek kararı Yüksek Mahkemeye götürmüştür. Yüksek Mahkeme, charterpartideki tahkim şartının konişmentoya atıf yoluyla ithal edildiğini ve bu yolla tahkim anlaşması

⁷⁸² *Compagnie des Bauxites de Guinee v. Hammermills Inc*, No. CIV.A.90-0169, 1992 WL 122712.

⁷⁸³ <http://judiciary.houes.gov/media/pdfs/printers/109th/31308.pdf>

⁷⁸⁴ Hosking, **Third Party**, s.505.

⁷⁸⁵ **YBCA**, Vol:27, 2002, s.524–527.

akdedilebilmesi için, yapılan atıfta tahkim anlaşmasının açıkça zikredilmesine gerek olmadığını belirterek, halefiyet prensibi gereği gönderilenin konumunu elde etmesi sebebiyle tahkim şartıyla bağlı olduğu sonucuna varmıştır.⁷⁸⁶

(3) Kıta Avrupası Hukuku

Fransız mahkeme içtihatları, sigortacının, halefi olduğu sigortalı tarafından akdedilmiş bulunan tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağı yönündedir.⁷⁸⁷ Fransız hukuku, sigortalının, tahkim anlaşmasını akdettiği kişi aleyhine tahkim yargılaması başlatma hakkını elinde tutması ve sigortacı talep ettiği yahut kendi menfaati gerektirdiği takdirde böyle bir davayı açabilecek konumu muhafaza etmesi bakımından İngiliz ve ABD hukuklarından ayrılmaktadır⁷⁸⁸. Bu, âkit tarafı, hem diğer âkit taraf hem de halef tarafından ileri sürülecek taleplere maruz bırakabilir.⁷⁸⁹ Öte yandan, davacı âkit tarafın, hem diğer âkit tarafı (selef) hem de halefi takip etmesine ve böylece zararını telafi şansını arttırmasına müsaade eder.⁷⁹⁰

Paris Temyiz Mahkemesi'nin 13.11.1992 tarihli kararına⁷⁹¹ konu olayda, (A) şirketi, (B) şirketine boya satmıştı. Boyanın bozuk çıkması üzerine (A), (B)'nin zararını karşılamak zorunda kalmıştır. Zararı kısmen sigorta şirketi (D) tarafından karşılanan (A), (D) ile birlikte, boyanın üreticisi (C) aleyhine tahkime başvurmuş; (C) ise, açtığı davayla, geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı iddiasıyla hakem kararının iptalini talep etmiştir. Dava, Temyiz Mahkemesi tarafından: “*Sigorta şirketinin, sigortalısının hak ve borçlarına halefiyetinin sonucu olarak tahkim şartı, sigortalının talep ve haklarıyla birlikte, bunların fer’isi olmasından ötürü sigortacıya devrolur*” kararıyla reddedilmiştir.⁷⁹²

⁷⁸⁶ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.142–143.

⁷⁸⁷ Fouchard, Gaillard, Goldman s.429.

⁷⁸⁸ Fouchard, Gaillard, Goldman s.433.

⁷⁸⁹ Girsberger, Hausmaninger s.138.

⁷⁹⁰ Hosking, **Third Party**, s.507.

⁷⁹¹ **Rev.Arb.** 1993, s.632.

⁷⁹² Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.263–264.

İtalyan Yüksek Mahkemesinin önüne gelen bir davada⁷⁹³, Fransız sigorta şirketi *Lloyd Continental*, İtalyan şirketi *Alga*'nın sahip olduğu bir gemi tarafından Marsilya'dan Beyrut'a taşınan malların hasarlı teslim edilmesi sebebiyle alıcıya yaptığı ödemeyi *Alga*'dan tahsil edebilmek amacıyla Cenova mahkemelerinde dava açmıştı. Davalı *Alga*, konişmentoda yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuş ve alt mahkeme bu itirazı kabul ederek davayı reddetmiştir. Kararın götürüldüğü Yüksek Mahkeme, sigorta şirketinin, tazminatı ödedikten sonra konişmento hâmilinin bütün haklarına sahip olduğunu ve taşıma sırasında yüke gelen zarardan dolayı taşıyıcıya karşı ileri sürülecek bütün hakların tahkime tâbi bulunduğunu belirterek, sigorta şirketinin tahkim şartıyla bağlı olduğu sonucuna varmış ve alt mahkeme kararını onamıştır.⁷⁹⁴

Türk hukukunda sigortacının halefiyeti, TTK m.1301 ve m.1361 hükümlerinde düzenlenmiştir. Sadece mal ve mesuliyet sigortalarında söz konusu olduğu kabul edilen halefiyetin gerçekleşebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir: sigorta kapsamındaki rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarar nedeniyle sigortalı, zarar verene karşı tazminat davası açma hakkına sahip olmalı ve sigortacı, sigorta edilen rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle sigorta tazminatını ödemiş olmalıdır.⁷⁹⁵ Yargıtay'ın içtihatları, tahkim şartının da halefiyet kapsamında olduğu ve sigortacıyı bağladığı yönündedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1983 senesinde verdiği bir kararda⁷⁹⁶, taşıma sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, bu sözleşmeye taraf olmayan gönderilenin halefi olan sigortacıyı, gönderilen ile taşıyıcı arasındaki ilişkiyi düzenleyen konişmentoda buna ilişkin bir hüküm bulunmaması karşısında bağlamayacağına hükmetmiştir. Bu karar, doktrinde, taşıyan ile taşıtan arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartının, açıkça konişmentoya taşınmış olması ihtimalinde, taşıyan ile

⁷⁹³ YBCA, Vol:6, 1981, s.230–232.

⁷⁹⁴ Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.143.

⁷⁹⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atillâ Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, 1993, s.211–212.

⁷⁹⁶ Y 11. HD, E.1983/5142, K.1983/5268, T.24.11.1983 (Şanlı, **Nomer'e Armağan**, s.777–779 ve Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.308–309'dan alınmıştır).

gönderilen ve bunun halefleri arasında, taşımadan kaynaklanan meseleler bakımından geçerli sayılacağı şeklinde yorumlanmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.10.1993 tarihli bir başka kararına⁷⁹⁷ konu olayda Fransa'dan Türkiye'ye taşınan buğdayın hasarlı ve eksik teslim edilmesi üzerine sigortalısının zararını karşılayan sigorta şirketi, ödediği tazminatı taşıyandan rücuen tahsil edebilmek için mahkemede dava açmıştı. İlk derece mahkemesi, tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumundaki sigorta şirketini bağlamayacağı gerekçesiyle tahkim itirazını reddetmiştir. Yargıtay ise, sigorta ettiren ile taşıyan arasında akdedilen taşıma sözleşmesinde, sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören tahkim şartının, TTK m.1301 hükmünde öngörülen halefiyet prensibi gereği sigortacıyı da bağlayacağına karar vererek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.⁷⁹⁸

Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 7.6.1994 tarihli yayınlanmamış kararına⁷⁹⁹ konu olayda *Türkiye Cumhuriyeti Millî Savunma Bakanlığı* ile Alman şirketi *Lürsen Werft GmbH* arasında, iki adet hücumbotun inşasına ve teslimine ilişkin bir sözleşme akdedilmişti. Tahkim şartı da ihtiva eden bu sözleşme kapsamında dört adet hücumbot motorunun Almanya'dan Türkiye'ye, *Deniz Nakliyatı TAŞ*'ye ait *Kilis* gemisiyle taşınması esnasında motorlarda hasar meydana gelmesi üzerine, hasarı ödeyen *Oyak Sigorta AŞ*, gönderilenin halefi olarak Alman şirketine karşı mahkemede tazminat davası açmıştı. Alman şirketinin tahkim

⁷⁹⁷ Y 11. HD E.1992/7533, K.1993/6620, T.19.10.1993 (Ülgener, **Tahkim Kızlarının Uygulanması**, s.63 ve Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.134–135'den alınmıştır).

⁷⁹⁸ Aynı sonuca varılan bir başka davada, *Ege Seramik AŞ* tarafından Rusya'dan ithal edilen malın İzmir limanına taşınması esnasında hasar görmesi üzerine, bu hasarı karşılayan sigorta şirketi *Commercial Union* tarafından Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan rücuen tazminat davasında davalı, konişmentoda yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştu. Mahkeme, alıcı *Ege Seramik AŞ*'nin, konişmentoya ciro yoluyla sahip olduğunu, TTK m.1110 uyarınca taşıyan ile gönderilen arasındaki hukukî ilişkilerde konişmentonun esas tutulacağını, tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olmakla beraber üçüncü şahıs durumunda bulunan sigorta şirketini TTK m.1361 hükmü gereği bağlayacağını belirterek, konişmentoda yer alan tahkim şartına istinaden davayı reddetmiştir (Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, E.1996/412, K.1997/69, T.14.02.1997). Karar Yargıtay tarafından onanmıştır [Y 11. HD E.1997/5069, K.1997/5511, T.7.7.1997 (Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.136)].

⁷⁹⁹ Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, E.1994/174, K.1994/164, T.7.4.1994 (Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.135–136'dan alınmıştır).

itirazında bulunması üzerine Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, *Millî Savunma Bakanlığı* ile Alman şirketi arasında akdedilen sözleşmede yer alan tahkim şartının, bu sözleşmenin küllî ve cüzî haleflerini de bağlayacağı gerekçesiyle tahkim itirazını kabul etmiştir ve bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır^{800 801}.

Tahkim şartının, halefiyet prensibi çerçevesinde sigorta şirketine teşmil edildiği, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1.2.1995 tarihli kararına⁸⁰² konu olayda, *Toprak Mahsulleri Ofisi*'nin, *Romak SA* şirketinden aldığı ve nakliye rizikolarına karşı sigortalattığı 19.000.000 m/t buğdayın İtalya'nın Manfredonis limanından Türkiye'ye taşınması için *Romak SA* şirketi ile *M/V Yasena* gemisinin donatısı arasında, tahkim şartı da ihtiva eden bir navlun sözleşmesi akdedilmiştir. Mallarda ortaya çıkan hasarı alıcıya ödeyen sigorta şirketi bu bedeli rücu tahsil etmek amacıyla dava açmış ve davalı taraf tahkim itirazında bulunmuştur. İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi bu tahkim şartının sigortacıyı bağlamadığına karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, navlun sözleşmesindeki tahkim şartının sigortacıyı bağladığı, zira sigortacının, yük sahibinin hak ve –tahkim dâhil– yükümlülüklerine halef olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur. Ne var ki ilk derece mahkemesi kararında direnmiş ve mesele Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu; uyuşmazlığın, navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, bu sözleşmeye taraf olmayan gönderileni ve onun halefi olan sigorta şirketini bağlayıp bağlamayacağı noktasında toplandığını, konişmentonun taşıma sözleşmesiyle birlikte geçerli olacağı öngörüldüğünü, alıcı *Toprak Mahsulleri Ofisi*'nin konişmentoya ciro yoluyla sahip olduğunu, TTK m.1110 uyarınca taşıyan ile gönderilen arasındaki

⁸⁰⁰ Y 11. HD E.1994/4039, K.1994/8268, T.7.11.1994 (Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.135–136'dan alınmıştır).

⁸⁰¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin aynı sonuca vardığı, 04.10.2004 tarihli kararına konu olayda, davacı sigorta şirketi, İzmir'den ABD'ye taşınan film emtiasının nemli olarak teslim edilmesi üzerine alıcıya yaptığı ödemeyi taşıyandan rücu tahsil etmek amacıyla Beyoğlu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde dava açmıştır. Davalı taşıyan, konişmentoda yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme yetkisizlik kararı vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise; sigortalı taşıyanın konişmento şartları ile bağlanmış olmakla tahkim şartıyla bağlandığını, bu nedenle tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında akdedilmiş olduğunu yahut kendisinin tahkim şartı bakımından üçüncü kişi olduğunu iddia edemeyeceğini, gönderileni bu şekilde bağlayan tahkim şartının TTK m.1361 hükmündeki halefiyet prensibi uyarınca davacı sigorta şirketini de bağlayacağına karar vermiştir [Y 11. HD E.2004/189, K.2004/9234, T.04.10.2004; **YKD**, 2005/2, s.212–214).

⁸⁰² Y HGK E.1994/11–765, K.1995/39, T.1.2.1995; **İBD**, C:71, S:2, 1997, s.375 vd.

hukukî ilişkilerde konişmentonun esas tutulacağını, gönderilenin konişmentoyu ciro yoluyla alıp yükü teslim almak için ibraz ettiği anda konişmentonun şartları ile bağlanmış olacağını ve tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında akdedilmiş olduğunu yahut kendisinin tahkim şartı bakımından üçüncü kişi olduğunu iddia edemeyeceğini, gönderileni bu şekilde bağlayan tahkim şartının TTK m.1361 hükmündeki halefiyet prensibi uyarınca davacı sigorta şirketini de bağlayacağı sonucuna varmış ve alt mahkeme kararını bozmuştur.⁸⁰³

Karar hakkında yapılan değerlendirmede, öncelikle tahkim şartının konişmento hâmi bakımından geçerliliği üzerinde durulmuş ve taşıyan tarafından tek taraflı olarak tanzim edilen ve sadece taşıyan açısından borç doğuran bir senet olan konişmentoda yer alan tahkim şartının gönderilenin imzasını da taşımaması nedeniyle tahkim anlaşmasının şeklen geçersiz olduğu mütalâa edilmiştir. Bu görüşün devamı olarak da konişmentoda atıf yapılan çarterpartideki tahkim şartı, gönderileni bağlamayacağı için onun halefi olan sigorta şirketini de bağlamayacağı sonucuna varılmıştır.⁸⁰⁴

(4) Değerlendirme

İncelediğimiz yargı kararlarında ve bilhassa Türk mahkeme içtihatlarının tamamında, sigortacının, halefiyet prensibi uyarınca, zararını karşıladığı sigortalısının tâbi bulunduğu tahkim şartıyla bağlı olduğu sonucuna varılmaktadır.

⁸⁰³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin aynı sonuca vardığı, 6.5.2002 tarihli kararına konu olayda, davacı sigorta şirketi, Rusya'dan İstanbul'a taşınan elyaflı selülozun 20.800 kg eksik çıkması üzerine alıcıya yaptığı ödemeyi taşıyandan rücu tahsil etmek amacıyla mahkemede dava açmıştır. Davalı taşıyan, konişmentoda yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, çarterpartie atıf yapılmadığı ve HUMK m.517 anlamında yazılı bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle bu itirazı reddetmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise; taşıyan ile gönderilen arasındaki münasebetlerde konişmentonun esas olduğunu, dosyada mevcut üç adet konişmentoda yer alan taşıma sözleşmesi ek şartlarına göre bu sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiğini, gönderilenin konişmentoyu ciro yoluyla alıp, yükü teslim almak için ibraz ettiği anda konişmentonun şartları ile bağlanmış olacağını ve tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında akdedilmiş olduğunu yahut kendisinin tahkim şartı bakımından üçüncü kişi olduğunu iddia edemeyeceğini, gönderileni bu şekilde bağlayan tahkim şartının TTK m.1361 hükmündeki halefiyet prensibi uyarınca davacı sigorta şirketini de bağlayacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur [Y 11. HD E.2000/216, K.2002/4357, T.6.5.2002 (Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, 137–138'den alınmıştır)].

⁸⁰⁴ Samim Ünan, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1.2.1995 Gün ve E.1994/11–765 K.1995/39 Sayılı Kararı Hakkında Değerlendirme", **Deniz Hukuku Dergisi**, 1997/2–3, s.138–140.

Buna gerekçe olarak, sigortacının, sigortalısının zararını karşıladıktan sonra, sigortalısının sahip olduğu bütün hakları elde etmesi ve bu hakların ise tahkime tâbi kılınmış bulunması; tahkim şartının bu hakların fer'isi niteliğinde bulunması gösterilmektedir.

Ne var ki bu içtihatlarda, sigortacının, zarara sebep olan kişiyle yahut zarara sebep olan kişinin sigortacıyla tahkime gitme iradesine sahip bulunup bulunmadığı; bir başka ifadeyle, tahkime tâbi kılınan tarafların, birbirleriyle tahkime gitme iradesine sahip bulunup bulunmadığı üzerinde durulmamıştır. Resmî yargıya nazaran istisnaî bir konum arz eden ihtiyarî tahkimin tek dayanağı, tarafların tahkime gitme yönündeki iradeleri ve bu iradelerin karşılıklı olarak meydana getirdiği tahkim anlaşmasıdır. Böyle bir iradenin ve bu yönde bir anlaşmanın bulunmaması durumunda yürütülen tahkim yargılamasının ve verilen hakem kararının mesnedi kalmaz. Tahkime gitme yönündeki iradenin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulması mümkündür. Yani aslolan, tarafların tahkime gitme iradesinin açık veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulup konulmadığının belirlenmesidir. Buna göre tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve tarafların tahkime rıza gösterdiğini tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan *zımnî* bir irade beyanının bulunmaması durumunda, sırf halefiyet esasına binaen tahkim anlaşmasının sigortacıya teşmili mümkün değildir. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının sigortacıya intikali için, sigortalının zararının karşılanmış olması tek başına yeterli değildir.

Bu itibarla, tahkim anlaşmasının, sigortacıya, tahkime gitme iradesine bakılmaksızın halefiyet esasına binaen teşmil edildiği bir tahkim yargılamasının ve böyle bir yargılama neticesinde verilen hakem kararının hukukî mesnedi bulunmamaktadır ve verilen hakem kararı, geçerli bir tahkim anlaşması bulunmayışından ötürü mahkemelerce iptal edilmeli yahut tenfizi talep edilmişse bu talep reddedilmelidir.

4. Garanti Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin söz konusu olduğu hallerin bir diğeri *garanti sorumluluğudur*. Burada bir kişinin, tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmenin taraflarından birinin bu sözleşme kapsamındaki sorumluluğunu garanti etmesinden dolayı tahkim yargılamasına dâhil edilip edilemeyeceği meselesi söz konusudur. Meselâ kefilin, esas borçluyla birlikte müteselsil ve şahsî sorumluluk taahhüt etmiş olması hâlinde tahkim anlaşmasının kefil bakımından geçerli olup olmayacağı sorusu gündeme gelir.

İkiden çok tarafın dâhil olduğu karmaşık sözleşme ilişkileri kapsamında banka garantileri konumuz bakımından önem arz etmektedir. Zira en basit modelde dahi en az üç taraf söz konusudur. Edimi garanti edilen ile garantiden yararlanan arasında esas sözleşme mevcuttur. Edimi garanti edilen, bir bankayla, banka garantisinin temelini teşkil eden bir sözleşme akdeder. Banka edimini ifa eder ve garantiden yararlanan lehine bir garanti çıkarır. Daha karmaşık vakıalarda esas sözleşmeye daha fazla kişi taraf olabilir veya bir yahut daha çok kontrgarantör bulunabilir.⁸⁰⁵

Esas sözleşmede yer alan tahkim şartının, âkit taraflardan birinin bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini garanti eden kişilere teşmil edilip edilemeyeceği sorusuyla karşılaşan hakem heyetleri, bu soruya genelde olumsuz yanıt vermişlerdir.

UNCITRAL Kurallarının uygulandığı ve 17.11.1994 tarihli hakem kararıyla hükme bağlanan *ad hoc* nitelikli *Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Inter-Arab Investment Guarantee Corp* davasına⁸⁰⁶ konu kredi sözleşmesi uyarınca

⁸⁰⁵ Bernard Hanotiau, "Arbitration and Bank Guarantees – An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes", **Journal of International Arbitration**, Vol:16, No:2, 1999, s.15.

⁸⁰⁶ **YBCA**, Vol:21, 1996, s.13 vd.

Banque Arabe, Baghdad Sewage Board'a yirmi milyon ABD Dolarlık kredi temin etmiştir. Ana borcun ve faizin geri ödenmesi Rafidain Bank ile Banque Arabe arasında akdedilen garanti sözleşmesi uyarınca Rafidain Bank tarafından taahhüt edilmiştir. Daha sonra Banque Arabe ile United Bank of Kuwait, Arab International Bank, National Bank of Kuwait, Arab European Financial Management ve United Bank Corp arasında para temin sözleşmesi akdedilmiş ve paranın %65'inin bu bankalar tarafından, %35'inin ise Banque Arabe tarafından temin edilmesi kararlaştırılmıştır. Banque Arabe ile Inter-Arab Investment Guarantee arasında akdedilen sözleşme uyarınca Inter-Arab Investment Guarantee, Banque Arabe'ın kredi sözleşmesine ilişkin ticarî olmayan risklerden doğabilecek zararını karşılamayı taahhüt etmiştir. Baghdad Sewage Board'un, beş taksitte geri ödenmesi kararlaştırılan ana borcun ilk dört taksidini ödememesi ve Rafidain Bank'ın da, Banque Arabe tarafından yapılan bildirimlere rağmen ödemede bulunmaması üzerine Banque Arabe, durumu Inter-Arab Investment Guarantee'ye bildirmiş ve zararının karşılanmasını talep etmiştir. Bu esnada Banque Arabe'ın çoğunluk hissesini alan Banque Nationale de Paris, kredi sözleşmesinde yer alan tahkim şartına istinaden, Inter-Arab Investment Guarantee aleyhine, hem kendi namına hem de paranın %65'ini temin eden bankalar namına tahkim yargılaması başlatmıştır. Bunun üzerine Inter-Arab Investment Guarantee, kendisi ve bankalar arasındaki uyuşmazlık bakımından hakem heyetinin yargılama yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti: tahkim bir anlaşmaya istinat ettiği için, ilgili herkesin kendi çıkarlarını korumak amacıyla dâhil olabileceği resmî yargının aksine, tahkim yargılamasında sadece tahkim anlaşmasının taraflarının yer alabileceğini; sadece tahkime gitme yönündeki iradelerini net bir biçimde ortaya koyan kişilerin hakem heyetinin yargılama yetkisine dâhil olabileceğini; davada garanti sözleşmesinin ve içerdiği tahkim şartının, garantör Inter-Arab Investment Guarantee ile garantiden yararlanan Banque Arabe arasında akdedildiği hususunda tereddüt bulunmadığını ve bankaların bu sözleşmeye taraf olmadıklarını ifade ederek bankalar hakkında yargılama yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir.

Tahkim şartının garantöre teşmilinin reddedildiği 3896 sayılı ICC davasında⁸⁰⁷ uyuşmazlık, Avrupa menşeli davacı şahıslar ile Asya menşeli davalı şahıslar arasında akdedilen bir nükleer santral inşası sözleşmesine ilişkindi. Davalının müteaddit kereler ödeme yapmaması üzerine davacılar önce işi durdurmuş, sonra da sözleşmeyi feshetmiştir. Tahkim yerinin Lozan olduğu tahkim yargılamasında, davalı tarafın başvurduğu banka garantilerinin hükümsüzlüğüne, davalının garantilere başvurmasının haksız olduğuna ve garantilere başvurulmasının tahkim yargılamasının sonuna dek ertelenmesine karar verilmesi talep edilmiştir. Hakem heyeti, yargılama yetkisinin tahkime taraf olanlarla sınırlı olduğu için, banka garantilerinin geçerli veya geçersiz olduğu konusunda bankaları bağlayacak nitelikte karar veremeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca, banka garantilerinde yer alan tahkim şartının taraflarının, sözleşmede yer alan tahkim şartının taraflarından farklı olduğunu da dile getirmiştir.⁸⁰⁸

Tahkim şartının garantöre teşmil edilmediği 5721 sayılı ICC davasında uyuşmazlık Mısır'daki bir inşaat projesinden kaynaklanmıştı. İşveren, esas yüklenici (*X*)*Egypt* ile ana sözleşmeyi akdetmiş ve Avrupalı şirket (*SA*)'yı alt yüklenici tayin etmişti. (*SA*), kendisini, ABD şirketi (*X*)*USA*'in Mısır'da kuruluş aşamasındaki yavru şirketi olarak takdim eden ve aslında (*X*)*USA*'in, tüzel kişiliği bulunmayan bir şubesi olan (*X*)*Egypt* şirketiyle iki alt sözleşme akdetmiştir. (*X*)*Egypt*'in, yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine, işveren, projenin sorumluluğunu (*SA*)'ya tevdi etmeye karar vermiştir. Bunun üzerine (*X*)*Egypt*, (*SA*)'nın temin ettiği garantilere başvurmuştur. (*SA*); (*X*)*USA* ve (*X*)*Egypt*'in de dâhil olduğu davalılar aleyhine tahkim yargılaması başlatmış ve hakem heyetinden, garanti mektuplarının hükümsüz olduğuna karar vermesini talep etmiştir. Hakem heyeti, garanti eden ve bu garantinin lehdarı arasındaki bir sözleşmeden ibaret olan banka garantilerinin, esas sözleşmeden bağımsız olduğunun altını çizmiş; bununla birlikte banka garantilerinin kaynağını esas sözleşmeler teşkil ettiği için, sadece *edimi garanti edilen ile garantiden yararlanan arasındaki ilişki bağlamında* yargılama yetkilerinin mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Hakem heyetinin ifadesiyle: “...*hakem heyetinin, bankalar*

⁸⁰⁷ YBCA, Vol:10, 1985, s.47.

⁸⁰⁸ Hanotiau, *Arbitration and Bank Guarantees*, s.20.

hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, garanti mektuplarının lehdarının, başvuru sahibi bakımından garantilerden faydalanma yetkisine sahip olup olmadığını tespit yetkisi de yoktur. Buna karşılık, edimi garanti edilen ile lehdar arasındaki ilişkiler bağlamında garantilerin geçerli olup olmadığını tespiti yetkilidir. Bu garantilerin kaynağı 1983 tarihli sözleşmelerdir ve anılan garantiler, tahkimin tarafları için, esas sözleşmelerin geçerlilik, kapsam ve feshine bağlıdır... Hakem heyeti, lehdarın garantilere başvurma hakkı bakımından yargılama yetkisini haizdir. Ayrıca garantilere yapılan başvurunun haksız olup olmadığını tayin etme yetkisini de haizdir... ”⁸⁰⁹

b. Anglo Sakson Hukuku

Anglo Sakson Hukukunda, garantörlerin, esas sözleşmelerde yer alan tahkim şartına istinaden tahkime zorlanamayacakları, zira bu sözleşmelerin ve tahkim anlaşmalarının tarafı olmadıkları düşüncesi hâkimdir⁸¹⁰. Bu yüzden, gemi kiracısının bir charterparti kapsamındaki yükümlülüklerini garanti eden bir brokerin⁸¹¹ veya sürastarya için sorumluluk altına giren ve fakat konişmentoda yer alan tahkim şartıyla ilişkisi bulunmayan bir sigortacının⁸¹² tahkim şartına tâbi kılınmasının söz konusu olmadığı ifade edilmektedir.⁸¹³

Tahkim şartının garantörlere teşmilinin mümkün olmadığı sonucuna varılan *Grundstad v. Ritt* davasına⁸¹⁴ konu olayda, iki taraf arasında bir rekabet etmeme sözleşmesi akdedilmişti. Sözleşmede şöyle bir tahkim şartı yer almaktaydı. “*Taraflar arasında bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar AAA vasıtasıyla çözümlenecektir.*” İki garantör sözleşmeye isimlerini yazmış ve imzalarının altına “*Bu sözleşmenin bütün hükümlerini ve bilhassa Atlantic’in ifasını garanti ediyoruz*” ibaresini eklemişlerdir. *Atlantic*’in yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine

⁸⁰⁹ Hanotiau, **Arbitration and Bank Guarantees**, s.18–20; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.327–328.

⁸¹⁰ Bagot, Henderson s.438; Domke §13.5.

⁸¹¹ *Taiwan Nav Co v. Seven Seas Merchants Corp*, 172 **F.Supp.** s.721 (SDNY 1959).

⁸¹² *Compania Maritima Ador, Sa v. Navico a G*, 173 **F.Supp.** s.839 (SDNY 1959).

⁸¹³ Domke §13.5.

⁸¹⁴ 106 **F.3d** s.201 (7th Cir. 1997).

Atlantic aleyhine tahkim yargılaması başlatılmış ve *Atlantic* aleyhine bir hakem kararı alınmıştır; fakat *Atlantic* bu kararı yerine getirmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine davacı, alacağını, garantiye istinaden temin etmek amacıyla garantörler aleyhine tahkim yargılaması başlatmıştır. Garantörlerden biri mahkemede dava açarak tahkim yolunun kapalı olduğuna ilişkin bir karar verilmesini talep etmiştir. Fakat mahkeme, garantörlerin, tahkim şartıyla bağlı olduklarına karar vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Temyiz Mahkemesi, garantörlerin tahkim şartıyla bağlanma iradelerinin, tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya konulmadığına hükmederek alt mahkeme kararını bozmuştur.⁸¹⁵

Garantörün, esas sözleşmede yer alan tahkim şartına istinat etmesine müsaade edilmeyen ve böylece tahkim şartının garantörlere teşmilinin mümkün olmadığı sonucuna varılan *Hubei Provincial Garments Import & Export Corporation (China) v. Rugged Active Wear Inc a/k/a R.A.W. Rugged Active Wear and Rosbro Sportswear Co Inc (US) and Michael Rosenberg (US)* davasına⁸¹⁶ konu olayda, *Rugged* ile *Hubei* arasında, *Hubei*'nin belirli bir fiyattan çocuk giysisi üretmeyi taahhüt ettiği ve tahkim şartı ihtiva eden üç sözleşme akdedilmiştir. Taraflar arasında bir uyuşmazlık doğması üzerine *Hubei* tarafından; sözleşmenin ihlali ve hile iddiasıyla *Rugged* aleyhine ve sadece hile iddiasıyla *Rosbro Sportswear Co* ile *Michael Rosenberg* aleyhine mahkemede dava açılmıştır. Davalıların tahkim itirazında bulunması üzerine, *Hubei*, garantör konumundaki *Rosbro Sportswear Co*'nun tahkim şartına istinat etmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüş; mahkeme ise, tahkim yanlısı politikaya rağmen, tahkime gitme iradesini ortaya koymamış kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınamayacağına işaret ederek; *Rosbro Sportswear Co*'nun, uyuşmazlığa konu sözleşmeye ve bu sözleşmede yer alan tahkim şartına taraf olmadığı için tahkim şartına istinat etmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.⁸¹⁷

⁸¹⁵ Murray s.316–317; Townsend s.20; Domke §13.5.

⁸¹⁶ **YBCA**, Vol:25, 2000, s.857 vd.

⁸¹⁷ Tahkim şartının garantöre teşmilinin mümkün olmadığı sonucuna varılan, *Intermar Overseas Inc v. Argocean SA* davasına konu olayda, *M/V Fortitude* gemisine ilişkin olarak Liberyalı *Intermar* ile Arjantinli *Argocean* arasında akdedilen charterpartide, uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim öngörülmüştü. *Argocean* şirketinin tek hissedarı olan *Andre C. Marcus* tarafından, *Intermar* şirketine, *Argocean* şirketinin bu charterpartiden kaynaklanan yükümlülüklerine ilişkin olarak garanti taahhüdünde bulunulmuştu. Garanti taahhüdü tahkim şartı ihtiva etmemekteydi. *Argocean* şirketinin

Garantörlerin, tahkime gitmek amacıyla, tarafı olmadıkları esas sözleşmede yer alan tahkim şartına istinat etmek istedikleri *Kvaerner v. The Bank of Tokyo–Mitsubishi* davasında⁸¹⁸ tahkim şartı içeren ana sözleşme, işveren *BCH Energy* ile müteahhit *Metric/Kvaerner Fayetteville joint–venture*’i arasında, bir enerji santrali tasarlamak ve inşa etmek amacıyla akdedilmişti. Bahse konu *joint–venture, J.A. Jones* şirketinin yan şirketi olan *Metric Contractors* ile *Kvaerner ASA*’nın yan şirketi olan *Kvaerner Environmental Technologies*’den müteşekkildi. *Joint–venture*’ın, inşa sözleşmesi kapsamındaki edimleri, *J.A. Jones* ile *Kvaerner ASA* tarafından garanti edilmişti. Projenin finansmanı, temsilciliğini *Bank of Tokyo–Mitsubishi*’nin yaptığı bir bankalar grubu tarafından sağlanmaktaydı. Projenin tamamlanmasını takiben taraflar arasında bir uyuşmazlık doğmuş ve garantörler, bankaları tahkime zorlamak amacıyla mahkemede dava açmıştır. Bankalar ise, garantörler ile aralarındaki uyuşmazlığın, inşaat sözleşmesinden değil, garantörler tarafından bankalara verilen garantilerden kaynaklandığını ve bahse konu garantilerin tahkime tâbi olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, uyuşmazlığın inşa sözleşmesine ilişkin olduğuna; garantilerde yer alan ve garantörlere, *joint venture*’ın inşa sözleşmesi kapsamında sahip olduğu maddî ve usûlî hakları bahşeden hükme istinaden bankaların tahkime gitmesi gerektiğine karar vermiş ve Temyiz Mahkemesi de bu kararı onamıştır^{819 820}.

çarter bedelini ödememesi üzerine *Intermar* tarafından mahkemeye müracaat edilerek, *Argocean* şirketinin ve *Marcus*’un malvarlığına haciz konulması talep edilmiştir. Mahkeme bu talebi reddetmiş ve *Argocean* şirketi ile *Marcus* tarafından ileri sürülen tahkim itirazını kabul etmiştir. New York Temyiz Mahkemesi *Marcus*’un, garanti taahhüdünde tahkim şartı bulunmamasından ve esas sözleşmede yer alan tahkim şartına istinat etmesinin mümkün olmamasından ötürü alt mahkeme kararını kısmen bozmuş ve *Marcus* bakımından mahkemelere gidilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (**YBCA**, Vol:13, 1988, s.609 vd).

⁸¹⁸ 210 **F.3d** s.262 (4th Cir. 2000); **YBCA**, Vol:25, 2000, s.902 vd.

⁸¹⁹ Domke §13.5; Lamm, Aqua s.728.

⁸²⁰ Aynı sonuca varılan *Sidermar SpA v. Antco Shipping Co Ltd & New England Petroleum Corp* davasında, garantör aleyhine mahkemede açılan davanın, donatan ile kiracı arasında cereyan eden tahkim yargılamasıyla birleştirilmesi yönündeki talebi kabul etmiştir. New York Temyiz Mahkemesine göre, çarterpartide yer alan tahkim şartının konusunu, ‘çarterpartiden kaynaklanan her türlü anlaşmazlık ve uyuşmazlıklar’ teşkil etmekteydi ve bu itibarla garantöre karşı ileri sürülecek tahkim talepleri bu şartın kapsamı dışında bırakılmamıştı. Garantör ise, *Antco*’nun bütün hukukî yükümlülüklerini garanti etmişti ki bunların arasında tahkime gitme yükümlülüğü de yer almaktaydı (Van Den Berg, **New York Convention**, s.164).

Tahkim şartının garantöre teşmiline hükmedilen *Compania Espanola de Petroleos v. Nereus Shipping* davasının [527 **F.2d** s.966 (2d Cir. 1975)] konusu, petrol taşıma işine dair çok taraflı bir uyuşmazlıktı. Donatan ile kiracı arasındaki sözleşmede geniş lafza sahip bir tahkim şartı mevcuttu.

Tahkim şartının garantöre teşmiline hükmedilen bir başka dava olan *WorldCrisa Corp v. Armstrong* davasında⁸²¹ otel ve restoran hizmetleriyle uğraşan *WorldCrisa* ile *Armstrong* arasında bir sözleşme akdedilmişti. Bu sözleşmede *Armstrong*'un, istihdam işini *WorldCrisa*'ya devretmesi ve *HRS* şirketinde hisse alması kararlaştırılmıştı. *WorldCrisa* ise *Armstrong*'a mal ve kredi temin edecekti. *WorldCrisa*, *Armstrong* yükümlülüklerini ifa etmediği takdirde sözleşmeyi feshetme hakkına sahipti. Sözleşmede, taraflar arasında sözleşme hükümlerine veya sözleşmenin ihlaline ilişkin olarak doğacak uyuşmazlıklar tahkime tâbi kılınmıştı. *WorldCrisa*, *Armstrong*'a mal temin etmeye başladıktan sonra, *Armstrong* ile *WorldCrisa*'nın ana şirketi olan *Crisa Corp* arasında, *WorldCrisa*'nın yükümlülüklerinin garanti edildiği bir garanti sözleşmesi akdedildi. Sekiz ay sonra *Crisa Corp* tarafından Connecticut'da *Armstrong* aleyhine, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasıyla dava açılarak *WorldCrisa* tarafından *Armstrong*'a gönderilen malın bedeli ile masraflar ve faiz, garanti kapsamında talep edilmiştir. *Armstrong* ise, Connecticut'ta açılan davada tahkim itirazını ileri sürmüş ve sözleşmenin ihlali ve hile iddiasıyla *WorldCrisa* aleyhine tahkim talebinde bulunmuştur. Mahkeme tahkim itirazını reddetmiş, ne var ki bu karar Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Temyiz Mahkemesi, tahkim şartının, geçerli sayılmasına yetecek bir lafza sahip olduğuna işaret etmiş, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim şartının kapsamına girdiğini belirtmiş ve tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin tarafı olmayan *Crisa Corp*'un *Armstrong*'la tahkime gitmek zorunda olup olmadığı konusunda *Crisa*'nın açtığı davanın durdurulmasına ve tahkime gidilmesine karar vermiştir.⁸²²

Bazen mesele aksi yönde cereyan edebilir ve esas sözleşmenin taraflarının, garanti sözleşmesinde yer alan tahkim şartına tâbi kılınması da gündeme gelebilir.

Daha sonra donatan, kiracı ve üçüncü kişi konumundaki garantör arasında, çarter sözleşmelerine ek bir sözleşme imzalanmıştır. Bu ek sözleşmede, garantör, kiracının yükümlülüklerini garanti etmiş ve çarter sözleşmesindeki koşullarla yerine getirme taahhüdünde bulunmuştur. Mahkeme, garantörün, bu taahhüde istinaden, çarterpartideki tahkim şartıyla bağlı olduğuna hükmetmiştir (Chow s.104).

⁸²¹ 129 F.3d s.71 (2d Cir. 1997).

⁸²² *Dispute Resolution Journal*, 1998, Vol:53, s.92–93.

Hindistan'da *M/s Chand Chits & Finance (P) Ltd v. M/s Super Advertisers* davasında⁸²³ kredi sözleşmesi davacı ile (1) nolu davalı olan borçlu arasında, tahkim şartı ihtiva eden garanti sözleşmesi ise davacı ile (2) ve (3) nolu davalılar olan garantörler arasında akdedilmişti. Delhi Yüksek Mahkemesi, davacının, vadesi gelmiş meblağların tahsili için açtığı davayı reddederek, (1) ve (3) nolu davalıların talebi üzerine tarafları tahkime havale etmiştir. Mahkemeye göre davaya konu vakıalar nazara alındığında (1) nolu davalı, imzalamamış bulunmasına rağmen zımnen garanti sözleşmesinin tarafı hâline gelmiştir.⁸²⁴

Delhi Yüksek Mahkemesi *MMTC Ltd v. Shyam Singh Chaudhary* davasında benzer bir meseleyle karşılaşmış ve tahkim şartının, garantörlere teşmili gerektiği sonucuna varmıştır. Davaya konu olayda; biri davacı ile (4) nolu davalı arasında akdedilmiş bulunan ortaklık sözleşmesi, diğeri davacı ile (1), (2) ve (3) nolu davalılar arasında akdedilmiş bulunan garanti sözleşmesi olmak üzere iki ayrı sözleşme söz konusuydu. Mahkeme, davacı *MMTC*'nin, tahkim şartı ilk sözleşmede yer aldığı ve bu yüzden (1), (2) ve (3) nolu davalıların ancak mahkemelerde dava edilebileceği iddiasını reddetmiştir. Mahkemeye göre, tarafların aynı konu hakkında birden çok yargılamaya maruz kalmamaları ve çatışan yargı kararlarının ortaya çıkmaması için, aynı konu hakkında iki ayrı yargılamanın yürütülmesi, prensip olarak engellenmeliydi. Mahkeme, olaydaki sözleşmelerin, özleri itibariyle birbirleriyle içiçe geçmiş durumda bulduklarını gerekçe göstererek, ilk sözleşmede yer alan tahkim şartını, ikinci sözleşmenin taraflarına teşmil etmiş ve tahkim şartını tüm taraflar bakımından geçerli saymıştır.⁸²⁵

c. Kıta Avrupası Hukuku

Fransız hukukunda, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının, garantilerin ifası bakımından hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak, garantinin, esas sözleşmeden hukuken bağımsız karakterde olması ve bundan dolayı garantinin ifası talep edildiğinde sözleşmeden kaynaklanan itirazlarda

⁸²³ AIR, 1992, s.85.

⁸²⁴ Dave s.79.

⁸²⁵ Dave s.79.

bulunulamayacağı; daha da önemlisi, esas sözleşme ile garantinin farklı taraflar arasında cereyan etmesi gösterilmektedir. Tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün garantörü, tarafların, garantiyi tanzim ederken sahip oldukları gerçek iradelerinin, garantörün tahkim anlaşmasına taraf olacağı yönünde tecelli ettiği ortaya konulmadıkça, tahkim şartıyla bağlı olmaz.⁸²⁶ Teminat mektubunda yer alan tahkim şartı, sadece garantör ile garantiden yararlanan arasındaki uyumsuzluklara ilişkin iken, esas sözleşmede yer alan tahkim şartı, edimi garanti edilen ile garantiden yararlanan arasındaki uyumsuzluklara ilişkindir. Kontrgarantiler için de aynı esaslar geçerlidir. Fransız mahkemeleri kontrgarantilerin esas garantilerden tamamiyle ayrı ve bağımsız olduğuna hükmetmektedir.⁸²⁷

Kefile karşı, esas sözleşmede yer alan tahkim şartına başvurulmasının mümkün olup olmadığının ele alındığı 22.11.1997 tarihli bir kararda⁸²⁸, *Cour de Cassation*, kefâlet taahhüdünde, esas sözleşmede yer alan tahkim şartına açıkça atıfta bulunulmadıkça, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının kefile karşı kullanılamayacağına hükmetmiştir. Fransız yazarlara göre bu soruya verilecek cevap, kefilin esas sözleşmenin tarafı olup olmadığı sorusunu da ortaya atmaktadır. Doktrinde ve mahkeme içtihatlarında genel kabul gören görüşe göre, kefil, esas borçlunun borcundan müştereken ve müteselsilen sorumlu olsa dahi esas sözleşmenin tarafı değildir. Zira esas sözleşme ile kefâlet taahhüdü hukuken birbirinden bağımsızdır. Diğer görüşe göre, esas borçlunun yükümlülüklerinin garanti edilmesi, esas borçlunun yükümlülüklerinin kefil tarafından onaylandığı anlamına gelir ve buna istinaden kefilin, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının kefâlet taahhüdüne teşmiline rıza gösterdiği kabul edilebilir. Fakat bu görüş, kefilin üstlendiği yükümlülüklerin esas borçlunun yükümlülükleri olmadığı ileri sürülerek bertaraf edilmektedir. Bu itibarla kefâlet taahhüdüne ilişkin iradenin, tahkim şartının onaylanmasını da kapsadığını kabul etmek mümkün değildir. Özetle Fransız hukukunda, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının kefile karşı ileri

⁸²⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman s.280.

⁸²⁷ Hanotiau, *Arbitration and Bank Guarantees*, s.16–17.

⁸²⁸ *Rev.Arb.* 1978, s.461.

sürülemeyeceği ve kefilin de alacaklıya karşı esas sözleşmede yer alan tahkim şartına başvuramayacağı kabul edilmektedir.⁸²⁹

Alman hukukunda kefilin veya garanti taahhüdünde bulunan kişinin, kefil yahut garantörü olduğu sözleşmenin tahkim şartı ihtiva etmesi hâlinde, bu şartla bağlı olmayacakları kabul edilmektedir⁸³⁰. Ayrıca bir müteselsil borçlunun, müteselsilen süjesi oldukları borca ilişkin olarak diğer bir müteselsil borçlu tarafından akdedilen tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağı benimsenmektedir.⁸³¹

Müteselsil borçluluk konusuna emsal teşkil etmesi bakımından yer verilmesi gereken kararlardan biri de, Çin’de, *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)* tarafından, *Hezhe Renda Trading Services Co. Ltd. Cao County Branch (China) v. Haifeng Investment & Development Co Ltd and Mr. Lee Yantai* davasında verilen hakem kararının tenfizine ilişkin davadır. Tenfiz davasında davalı *Yantai*, davaya konu sözleşmeyi imzalamadığını ve tahkim yargılamasına davet edilmediğini; buna rağmen hakem heyetinin, hasardan ve ödemelerden diğer davalıyla müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna karar verdiğini ileri sürerek itirazda bulunmuştur. *Shenzen Intermediate People’s Court, Yantai*’nin sözleşmeye taraf olmadığına ve bu yüzden tahkim şartıyla bağlı tutulamayacağına karar vererek tenfiz talebini reddetmiştir.⁸³²

Norveç hukukunda garanti veya diğer bir yolla teminat veren üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacakları kabul edilmektedir; meğerki tahkim şartının varlığını bilsinler ve onu kabul etmiş olsunlar⁸³³. İsveç hukukunda ise, garantörlerin, esas sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olup olmadığı sorusuna henüz cevap bulunamadığı belirtilmektedir⁸³⁴.

⁸²⁹ Hanotiau, **Arbitration and Bank Guarantees**, s.17–18.

⁸³⁰ Busse s.119; Schwab, Walter s.64.

⁸³¹ Schwab, Walter s.61.

⁸³² Chang s.484.

⁸³³ E. F. Eckhoff, “National Reports: Norway”, **YBCA**, Vol:5, 1980, s.97 vd.

⁸³⁴ Hobér s.360.

Türk hukuk doktrininde, tahkim anlaşmalarının, müşterek borçlu yahut kefil konumundaki kişiler bakımından hüküm doğurmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür⁸³⁵.

d. Değerlendirme

Tahkim anlaşmasının, *garanti sorumluluğundan* ötürü üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı konusunda her iki istikamette içtihatlarla rastlanmaktadır.

Soruya olumlu yanıt verenlerin dayandığı gerekçelerin başında, bir garantörün, bir sözleşme kapsamında bir âkit tarafın yükümlülüklerini garanti etmesi hâlinde, bu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olması gerektiği gelir. Bu noktada garantörün, edimi garanti edilenin bütün yükümlülüklerini garanti etmiş olması önem taşımaktadır. Zira bu görüşün savunucuları, böyle bir durumda, garantöre karşı ileri sürülecek bir tahkim talebinin bu şartın kapsamı dışında bırakılmadığını öne sürmektedir. Benzer şekilde, garantilerde yer alan ve garantörlere, edimi garanti edilenin esas sözleşme kapsamında sahip olduğu maddî ve usûlî hakları bahşeden hükmün kapsamına tahkim şartının da girdiği savunulmaktadır. Bu gerekçelerin dışında, esas sözleşme ile garanti sözleşmesinin özleri itibariyle birbirleriyle içiçe geçmiş durumda bulunmaları ve aynı konu hakkında iki ayrı yargılamanın yürütülmesinin ve çatışan yargı kararlarının ortaya çıkmasının engellenmesi gerektiği de gerekçe olarak kullanılmıştır.

Bizim de katıldığımız görüşü savunanlara göre ise, garanti veya diğer bir yolla teminat veren üçüncü kişiler, tahkim şartını *açık* yahut tereddüde mahâl bırakmayacak nitelikte *zımnî* bir irade beyanıyla kabul etmedikçe, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacaktır. Zira hakem heyetlerinin yargılama yetkileri, bu yetkinin tek kaynağı olan tahkim şartının taraflarıyla sınırlıdır. Garanti eden ve bu garantinin lehdarı arasındaki bir sözleşmeden ibaret olan garantiler, ilişkin bulunduğu sözleşmeden bağımsızdır. Bu itibarla, garantör ile lehdar arasındaki ilişki,

⁸³⁵ Kuru s.5984.

esas sözleşmede yer alan tahkim şartına tâbi olmaz. Aksinin kabulü için, garantörlerin tahkim şartıyla bağlanma iradelerinin, tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Kefâlet taahhüdünde de, esas sözleşmede yer alan tahkim şartına açıkça atıfta bulunulmadıkça, esas sözleşmede yer alan tahkim şartı kefile karşı kullanılamaz. Teorik olarak, kefilin üstlendiği yükümlülükler esas borçlunun yükümlülükleri olmadığı için, kefâlet taahhüdüne ilişkin iradenin, tahkim şartının onaylanmasını da kapsadığını kabul etmek mümkün değildir.

Sonuç olarak, tahkim anlaşmasının, garanti taahhüdünde bulunan kişiye, tahkime gitme iradesine bakılmaksızın teşmil edildiği bir tahkim yargılamasının ve böyle bir yargılama neticesinde verilen hakem kararının hukukî dayanağının bulunmadığı ve verilen hakem kararının, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmayışından ötürü mahkemelerce iptal edilmesi yahut tenfizinin talep edilmiş olması hâlinde bu talebin reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

5. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

a. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği bir diğer hal, *üçüncü kişi yararına sözleşme*dir. Üçüncü kişi yararına hükümler ihtiva eden bir sözleşmenin tahkim şartına tâbi kılınmış olması ve bu sözleşmeden bir uyuşmazlık doğması hâlinde, üçüncü kişi konumundaki lehdarın tahkim anlaşmasına tâbi olup olmayacağı sorusuyla karşılaşmaktadır.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin sahip olduğu nisbî karakterin en önemli istisnalarından biri olan *üçüncü kişi yararına sözleşme* müessesesinin başta gelen özelliği, üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı sadece alacak hakkı kazanma imkânı tanınmış olması ve üçüncü kişinin, tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı borç altına sokulamamasıdır. Bu prensibe, *üçüncü kişi zararına sözleşme yasağı* da denmektedir.⁸³⁶ Üçüncü kişi zararına sözleşme yasağından ötürü, üçüncü

⁸³⁶ Oğuzman, Öz s.798.

kişi lehdarların tahkim yargılamasına rızaları hilâfına davalı olarak dâhil edilmeleri mümkün görülmemektedir.⁸³⁷

Meselenin esasına geçmeden önce belirtelim ki, bu başlık altında ele alacağımız sorun, üçüncü kişi konumundaki lehdarın tahkim şartına tâbi bulunan bir haktan yararlanması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bir tahkim anlaşmasının taraflarının, üçüncü kişilerin doğrudan doğruya tahkim anlaşmasından yararlanabileceğini öngörmeleri ihtimalinde, kanımızca tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişiye yapılmış bir *icap* söz konusudur.

b. Anglo Sakson Hukuku

1999 senesine dek İngiliz hukuku, üçüncü kişiler lehine sözleşmeden doğan haklar hakkında genel bir kural benimsemeyi reddetmekteydi ve bu dönemde bir tahkim şartını icra etmeye çalışan üçüncü kişi lehdarın hukukî konumu, genel borçlar hukuku anlayışını yansıtmaktaydı: birkaç istisnasıyla birlikte nisbîlik prensibinin katı biçimde uygulanması.⁸³⁸ Ne var ki nisbîlik prensibi çok fazla eleştiriye konu olmuş ve istisnalarının kapsamı, teoride ve pratikte sürekli genişletilmiştir. Sonuçta Hukuk Komisyonu tarafından 1996 senesinde, âkit tarafların iradelerine uygun olduğu takdirde, üçüncü kişilerin sözleşmeden doğan hakları icra edebilmelerini öngören yasal bir hak tanınmasını tavsiye eden nihaî rapor yayınlanmıştır: *Sözleşmenin Nisbîliği: Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*. Rapor, 1999 tarihli Üçüncü Kişilerin Hakları Kanunu [*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*] olarak kanunlaşan tasarının hazırlanmasını sağlamıştır.⁸³⁹

Üçüncü Kişilerin Hakları Kanunu (1999), üçüncü kişi lehdarların, Tahkim Kanunu (1996) anlamında tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelebileceklerini öngören hükümler içermektedir. Üçüncü Kişilerin Hakları Kanunu (1999) §8/1 hükmü, tahkime tâbi kılınmış bir sözleşme hükmünü icra etme yetkisinin açıkça verildiği üçüncü kişilerin, maddî hakkın kendisi tarafından icrasına ilişkin

⁸³⁷ Sandrock, **Group of Companies**, s.635–636.

⁸³⁸ Merkin s.644; Hosking, **Third Party**, s.511.

⁸³⁹ Hosking, **Third Party**, s.510.

uyuşmazlıklar bakımından, Tahkim Kanunu (1996) anlamında tahkim anlaşmasının tarafı kabul edileceğini açıkça öngörmektedir. Üçüncü Kişilerin Hakları Kanunu (1999) §8/2 hükmü ise, sözleşmede açıkça ifade edilmemiş olsa bile, üçüncü kişinin, lehine sağlanan bir menfaatin tahkim anlaşmasına tâbi bulunması ve bu hakkı icra etmesi hâlinde, Tahkim Kanunu (1996) anlamında tahkim anlaşmasının tarafı kabul edileceğini öngörmektedir.⁸⁴⁰

ABD hukukunda, 1859 senesindeki *Lawrence v. Fox* davasında⁸⁴¹ sözleşmenin lehdarı üçüncü kişiye, sözleşmeden doğan edimlerin ifasını dava etme hakkı tanınmasından bu yana, üçüncü kişilerin, sözleşmeden doğan hakları ileri sürebilmesi benimsenmekle birlikte⁸⁴², üçüncü kişi lehdarın, lehine tanınan hakkın tâbi bulunduğu tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı konusunda farklı istikamette kararlar mevcuttur.

Her iki yaklaşımın da sergilendiği *Hugh Collins v. International Dairy Queen*⁸⁴³ davasında Georgia Bölge Mahkemesi, franchise verenin, franchise alan ve bunun alt franchise alanları arasındaki sözleşmelerin lehdarı sıfatıyla, bazı alt franchise alanların talepleri bakımından tahkime gitme hakkına sahip bulunduğu, sözleşmelerindeki tahkim şartının '*buna taraf olanlar arasındaki*' uyuşmazlıklara ilişkin olduğu gerekçesiyle karar vermiştir. Ne var ki franchise verenin, diğer alt franchise alanların talepleri hakkında, bunların sözleşmelerinden yararlanan üçüncü kişi olarak dahi, tahkime gitme hakkı bulunmamaktadır zira bu sözleşmelerde yer alan tahkim şartı sadece '*Bölgesel Operatör ve Lisans Alan arasındaki*' uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Mahkeme, can alıcı unsurun, iradenin tayini olduğuna dikkat çekerek, ' *taraflar*' tabirinin, franchise veren de dâhil olmak üzere, olaydaki tüm sözleşmelerin bütün taraflarını kapsayacak biçimde anlaşılması

⁸⁴⁰ Diamond s.213, 214; Hosking, **Third Party**, s.514; Melnyk s.60; Ekşi, **Tahkim Anlaşmaları**, s.109–110.

⁸⁴¹ 20 NY s.268 (NY 1859).

⁸⁴² Hosking, **Third Party**, s.517.

⁸⁴³ 2 **F.Supp.** 2d s.1465 (MD Ga.).

mümkünken, 'Bölgesel Operatör' veya 'Lisans Alan' tabirleriyle franchise verenin kastedilmek istenmediğine karar vermiştir.⁸⁴⁴

Üçüncü kişi konumundaki lehdarın, lehdarı bulunduğu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı kılındığı *Black & Veatch International Company v. Wartsila NSD North America Inc (US) and Wartsila Diesel Oy (Finland)* davasına⁸⁴⁵ konu olayda *Wartsila NSD North America* şirketi ile *Coastal Salvadorian Power Ltd* şirketi arasında, enerji santrali inşasına ilişkin bir sözleşme akdedilmişti. *Wartsila NSD North America* şirketi, işin bir kısmını alt sözleşmeyle *Black & Veatch International Company*'e devretmiş, ayrıca üretim ve proje tasarım danışmanlığı konusunda *Wartsila Diesel Oy* ile bir sözleşme akdetmiştir. *Wartsila Diesel Oy*'un bu son sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini zamanında ifa etmemesinden dolayı zarara uğradığını iddia eden *Black & Veatch International Company*, zararının tazmini amacıyla mahkemede dava açmıştır. *Wartsila Diesel Oy* ise, *Wartsila NSD North America* şirketi ile akdetmiş bulunduğu sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme, *Black & Veatch International Company*'nin, *Wartsila Diesel Oy* ve *Wartsila NSD North America* arasındaki sözleşmenin lehdarı olduğuna ve bu yüzden de sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olduğuna hükmetmek suretiyle, tahkim itirazını kabul etmiştir.⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ Townsend s.21; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.262–263; Hosking, **Third Party**, s.519–520.

⁸⁴⁵ **YBCA**, Vol:25, 2000, s.878 vd.

⁸⁴⁶ Benzer gerekçelere istinaden aynı sonuca varılan *Difwind Farms Ltd and Viking Windfarms Ltd v. Ventilatoren Stork Hengelo BV* davasına konu olayda, Danimarkalı rüzgâr türbini üreticisi olan *Nordtank AS*, rüzgâr türbini jeneratörlerinde kullanmak amacıyla *Stork*'dan rüzgâr türbini pervanesi satın almıştı. Satım sözleşmesi ICC tahkim şartı ihtiva etmekteydi. *Difwind* ve *Viking* şirketleri, Kaliforniya'da elektrik üretiminde kullanmak üzere *Nordtank*'tan birçok rüzgâr türbini pervanesi satın almışlardı. Bu sözleşmelerde tahkim şartı yer almıyordu. Rüzgâr türbini pervanelerinin kusurlu olduğunu fark eden *Difwind* ve *Viking* şirketleri, *Nordtank* iflâs etmiş bulunduğu için, *Stork* aleyhine mahkemede dava açtılar. *Stork*, davalıların taleplerinin, *Stork* ile *Nordtank* arasındaki sözleşmede öngörülen garantilerin ihlaline dayandığını öne sürerek tahkim itirazında bulundu. Mahkeme, garanti ihlalleri konusunda *Difwind* ve *Viking* şirketlerinin, *Stork* ile *Nordtank* arasındaki sözleşmeden başka bir hukukî dayanak bulamadıklarını ve bu nedenle *Difwind* ve *Viking* şirketlerinin, *Stork* ile *Nordtank* arasındaki sözleşmede öngörülen garantilerin lehdarı olduklarını işaret ederek, bu garantilerin tâbi olduğu takyitlerle de bağlı olacakları gerekçesiyle, sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olduklarına karar vermiş ve tahkim itirazını kabul etmiştir (**YBCA**, Vol:15, 1990, s.611 vd).

Üçüncü kişi konumundaki lehdarın, lehdarı bulunduğu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı kılınmadığı *Recold SA de CV (Mexico) v. Monfort of Colorado Inc (US)* davasında⁸⁴⁷ Temyiz Mahkemesi, alıcının, üretici ile distribütörü arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden tahkime tâbi kılınması talebini reddetmiştir. Davaya konu olayda, alıcı *Monfort*'u, üretici *Recold* aleyhindeki talebi, üreticinin satıcı *Central Ice*'a verdiği garantiye yönelik olarak doğrudan dava açılmasına müsaade eden, yani nisbîlik prensibini görmezden gelen Colorado hukukuna dayanmaktaydı. *Recold*, Colorado hukuku uyarınca, *Recold* ve *Central Ice* arasındaki sözleşmede yer alan kefâletin kanunî lehdarı olan *Monfort*'un, aynı sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, Colorado hukukunun, *Monfort*'un, *Recold* ve *Central Ice* arasındaki sözleşme kapsamında dava açmasını zorunlu kılmadığına ve *Monfort*'a, *Recold*'a karşı, sözleşmeden bağımsız olarak teminat hakkı tanıdığına; tahkimin, baskı yahut zorlamaya değil de rızaya dayanması nedeniyle FAA'nın, tahkime gitmeyi kabul etmeyen kişileri tahkime tâbi olmaya zorlayamayacağına dayanarak talebi reddetmiştir.⁸⁴⁸

Lehdarın tahkim şartıyla bağlı olup olmadığının tayininde, lehdarı olunan hakkın kaynağına bakılması gerektiği sonucuna varılan *MAG Portfolio Consult v. Merlin Biomed Group* davasında⁸⁴⁹ mahkeme, üçüncü kişinin, tahkim şartı içeren sözleşmeden kaynaklanan menfaatleri bilerek elde ettiği takdirde, tahkime gitmek zorunda olduğunu; üçüncü kişinin elde ettiği menfaatlerin tahkim şartı içeren sözleşmeden değil de bu sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiden kaynaklandığı hallerde ise ancak dolaylı menfaatten bahsedebileceğini ve üçüncü kişinin tahkime gitmek zorunda olmayacağını belirtmiştir.⁸⁵⁰

Donatanın, yabancı petrol sağlayıcısının akdettiği sözleşmeye taraf olmamasına rağmen, sözleşmenin lehdarı üçüncü kişi kabul edilmek suretiyle

⁸⁴⁷ 893 F.2d s.195 (8d Cir. 1990), **YBCA**, Vol:27, 1992, s.610 vd.

⁸⁴⁸ Hosking, **Third Party**, s.522; McCormack s.74.

⁸⁴⁹ 268 F.3d s.61 (2d Cir. 2001).

⁸⁵⁰ Dileo s.59; Mark R. Kravitz, Daniel J. Klau, "Developments in the Second Circuit: 2000–2001", **Connecticut Law Review**, Vol:34, Spring 2002, s.849–851; Lamm, Aqua s.722–723.

sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı tutulduğu *Société Française de Transports Maritimes and Société Française de Transports Pétroliers v. BP Oil International Limited and BP Marine International* davasında⁸⁵¹ uyuşmazlık, *M/S Stolt Entente* 'nin Mississippi nehrinde bir iskeleye çarparak, iskeleye ve iskelede demirli mavnalara zarar vermesinden kaynaklanmıştı. İskelenin sahibi, gemiyi işleteni ve donatanı dava etmiş, daha sonra birkaç davalı daha ilâve etmiştir. Bu ilâve davalılar, çatismaya yol açan makinaların durmasına neden olan kirli yakıttan *Stolt Entente* 'nin sorumlu olduğunu iddia etmişlerdir. Donatan, iskele sahibiyle sulh yapmış ve yakıt sağlayıcılarına rücu etmiştir. Yakıt sağlayıcılarından biri, gemiyi işletenle akdettiği satım sözleşmesinde yer alan tahkim şartına dayanmak suretiyle tahkim itirazında bulunmuştur. Donatan, sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olmadığını iddia etmesine rağmen mahkeme, donatanın, tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin lehdarı olması itibariyle tahkim şartıyla bağlı olduğuna karar vermek suretiyle tahkim itirazını kabul etmiştir.⁸⁵²

Üçüncü kişi konumundaki lehdarın, lehdarı bulunduğu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı kılındığı *Ronald Borsack v. Chalk & Vermilion Fine Arts Limited and Sevenarts Limited and Chalk & Vermilion Fine Arts LLC and David Rogath* davasına⁸⁵³ konu olayda *Chalk & Vermilion Fine Arts Limited* ile *Sevenarts* arasında akdedilen ve tahkim şartı içeren sözleşme uyarınca *Sevenarts*, *Erte* adlı sanatçı tarafından tasarlanan modellerden üretilen sınırlı sayıdaki heykelin satım ve dağıtımını konusundaki lisansı, *Chalk & Vermilion Fine Arts Limited* 'e vermeyi taahhüt etmiştir. Bir süre sonra *Chalk & Vermilion Fine Arts Limited* 'in malvarlığı, bir Connecticut şirketi olan *Chalk & Vermilion Fine Arts LLC* tarafından alınmıştır. *Sevenarts* ve *Chalk & Vermilion Fine Arts Limited*, elyazısıyla hazırladıkları bir belgeyle, lisans sözleşmesinde değişiklik yaparak sözleşmede öngörülen ürünün adedini arttırmayı ve yeni ürünlerin *Ronald Borsack* 'a verilmesini kararlaştırmışlardır. Birkaç sene sonra bu beş ilâve ürünün teslimine ilişkin olarak bir uyuşmazlık doğmuş ve *Ronald Borsack*, New York mahkemelerinde *Sevenarts*,

⁸⁵¹ 1991 **AMC** s.403 (ED La. 1990); **YBCA**, Vol:17, 1992, s.653 vd.

⁸⁵² McCormack s.86–87.

⁸⁵³ **YBCA**, Vol:23, 1998, s.1039 vd.

Chalk & Vermilion Fine Arts Limited ve *Chalk & Vermilion Fine Arts LLC* aleyhine dava açmıştır. Davalılar, lisans sözleşmesinde yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuşlar ve *Ronald Borsack*'ın, sözleşmenin lehdarı olması itibariyle, tahkim şartıyla bağlı olduğunu iddia etmişlerdir. *Ronald Borsack* tahkim şartıyla bağlı olmadığını öne sürmesine rağmen, mahkeme, lisans sözleşmesine ek olarak tanzim edilen sözleşmenin, lisans sözleşmesinin bir parçası olması itibariyle tahkim şartının kapsamına girdiğini; tahkim anlaşmasına görünüşte taraf olmayan kişilerin borçlar hukuku prensiplerinin tatbiki suretiyle tahkim anlaşmasıyla bağlı olduklarının kabul edilebileceğini, lisans sözleşmesinin eki olarak düzenlenen sözleşmede *Ronald Borsack*'ın açıkça lehdar olarak tayin edildiğini ve davayı da bu sözleşmeye dayanarak açtığını belirterek tahkim itirazını kabul etmiştir.⁸⁵⁴

Tahkim şartının, üçüncü kişi konumundaki lehdara teşmiline hükmedilen *Aasma v. American SS Owners Mutual Protection and Indemnity Association* davasında⁸⁵⁵ tayfalar, işverenlerinin sigortacısı aleyhine açtıkları davayla, işverenlerin yerine geçme ve birlikte akdettiği sorumluluk sözleşmeleri uyarınca zararlarının tazminini isteme hakları bulunduğu iddiasıyla talepte bulunmuşlardır. Ne var ki, davacının, dava açma hakkını sözleşmeye dayandırması hâlinde sözleşmede yer alan tahkim şartına uyulması gerektiği gerekçesiyle poliçede yer alan tahkim şartıyla bağlı tutulmuşlardır^{856 857}.

⁸⁵⁴ Aynı sonuca varılan *Interpool Ltd v. Through Transport Mutual Insurance Ass'n Ltd* davasına [635 **F.Supp.** s.1503; 1986 **AMC** s.1150 (SD Fla. 1985)] konu olayda, davacı taraflar konteynırla taşınan ekipmanın sahipleri idi ve ekipmanı bir denizcilik işletmesine kiralamışlardı. Denizcilik işletmesi ekipmanı sigorta ettirmişti ve sigorta sözleşmesinde tahkim şartı yer almaktaydı. Ekipmanın sahibi bu sözleşmeye taraf değildi. Mahkeme, lehdar olarak sözleşmeden menfaat elde etmek istemelerini gerekçe göstererek, ekipman sahiplerinin sigorta sözleşmesinin şartlarıyla ve dolayısıyla tahkim şartıyla bağlı olduğuna karar vermiştir (Domke §13.1).

⁸⁵⁵ 95 **F.3d** s.400, 405 (6th Cir. 1996).

⁸⁵⁶ Lamm, *Aqua* s.727; Hosking, **Third Party**, s.505–506.

⁸⁵⁷ Benzer şekilde *Wells Fargo Bank Int'l Corp v. London Ship Owners' Mutual Insurance Ass'n* davasında [408 **F.Supp.** s.630 (SDNY 1976)], sigorta poliçesinin lehdarı olan rehin alan, poliçe kapsamında yapılması gerektiği iddia edilen ödemeleri dava etmesi üzerine, poliçede yer alan tahkim şartıyla bağlı tutulmuştur (Hosking, **Third Party**, dn.152).

ABD Yüksek Mahkemesi, *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp* davasında⁸⁵⁸, komisyonculuk şirketi *Interstate/Johnson*'un, eski çalışanı *Gilmer* ile arasındaki uyuşmazlığı, *Gilmer*'in, komisyonculuk faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkime gitme taahhüdü ihtiva eden New York Borsası tescil başvurusuna istinaden ve tahkime ilişkin bu düzenlemenin lafzının *Interstate/Johnson* gibi üçüncü kişi lehdarları dâhil ettiğini gerekçe göstererek, tahkime götürebileceğine karar vermiştir. Mahkeme; *Prudential* kararında ortaya konulan şu yaklaşıma atıf yapmıştır: “*Tahkime gitme yükümlülüğü bulunan kişilerin belirlenmesinin, tahkim anlaşmasını imzalayan kişilerin belirlenmesine ilişkin araştırmaya hasredilmesi zorunlu değildir. Daha ziyade, uyuşmazlıklarını tahkime götürme konusunda taraflar arasında açık ve net bir irade uyuşması aranır ... uyuşmazlığa taraf üçüncü kişinin statüsü belirlenirken, üçüncü kişi ile davacı arasında taleplerin tahkime havalesi konusunda gerekli iradenin bulunması hâlinde, üçüncü kişi yararına sözleşme kuralı uygulanabilir.*”⁸⁵⁹ Bu yüzden mahkeme, davacıların, davalıya yönelik taleplerini tahkime tâbi kılma konusunda açık ve net bir iradelerinin bulunup bulunmadığını ve sözleşmenin her iki tarafının, üçüncü kişinin sözleşmeden yararlanacağı konusunda bir irade beyan edip etmediklerini görmek amacıyla, tescil başvuru formlarını incelemiştir. Tahkim şartı, herhangi bir kişiyle tahkime gidilmesini gerektirecek şekilde geniş bir ifade biçimiyle kaleme alınmıştı. Bundan dolayı mahkeme, davalı gibi üçüncü kişilere ilişkin taleplerin tahkime tâbi kılındığı konusunda yeterli iradenin bulunduğu karar vermiştir^{860 861}.

⁸⁵⁸ 111 S.Ct. s.1647 (1991).

⁸⁵⁹ *In re Prudential*, 133 F.3d s.225, 229 (3d Cir. 1998).

⁸⁶⁰ Hosking, **Third Party**, s.518–519.

⁸⁶¹ *Spear, Leeds & Kellogg v. Central Life Assurance Co* davasında [85 F.3d s.21, 27 (2d Cir. 1996)] Temyiz Mahkemesi, davacı sigorta şirketlerinin, komisyoncu *Spear, Leeds & Kellogg* aleyhine ileri sürdükleri ve *Spear, Leeds & Kellogg*'da hesabı bulunan bir poliçe hâmilinin hilesinden kaynaklanan talepleri tahkim yoluyla ileri süremeyecekleri yönündeki alt mahkeme kararını bozmuştur. Sigorta şirketleri, üyesi olmamalarına rağmen, New York Borsası Kurallarında yer alan tahkim şartına istinaden tahkime müracaat etmişlerdir. Davalıların, davacılarla aralarında, tahkimi haklı kılmaya yeterli bir ilişki bulunduğunu ortaya koyamamalarının, üçüncü kişi lehdar olarak talepte bulunmalarını engellemeyeceğine karar verildi. Temyiz Mahkemesi, üyelerinin, işlerinden doğan uyuşmazlıklarda üye olmayanlarla tahkime gitmesini emreden New York Menkul Kıymetler Borsası kurallarının, Borsa ve üyeleri arasındaki sözleşmeye eşit olduğuna ve bundan dolayı sigorta şirketlerinin, *tahkim anlaşmasından yararlanan üçüncü kişi* kabul edilmeleri gerektiğine karar vermiştir (Murray s.327–328; Townsend, s.20–21; Hosking, **Third Party**, s.520–521; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.262; Dearman s.649–651).

Haksız fiilde bulunanın sigortacısına karşı, kanundan kaynaklanan ve sigorta sözleşmesine dayanan *doğrudan dava hakkı* bulunan üçüncü kişi konumundaki haksız fiil mağdurlarının, sigorta sözleşmesinin lehdarı olarak, sigorta sözleşmesinde yer alan ve sigortacı ile sigortalı arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören tahkim şartlarına tâbi olup olmadığı da tereddüt uyandırmaktadır. Tatbikatta her iki istikamette kararlar mevcuttur.

Doğrudan dava hakkına sahip üçüncü kişilerin, sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartıyla bağlı tutulmadığı *Ocean Eagle* davasında⁸⁶², P&I sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, sigortacıya, doğrudan dava hakkına istinaden Puerto Rico mahkemelerinde açılan davada tahkim itirazında bulunma yetkisi vermediğine hükmedilmiştir. Davaya konu olayda bir tanker, San Juan Limanına girerken ortadan ikiye ayrılıp batmış ve taşıdığı ham petrol Puerto Rico'nun kuzey sahillerine yayılmıştır. Kirliliğin temizlenmesinden ve batığın çıkarılmasından doğan masraflar ile maruz kalınan turizm zararının talep edildiği birçok dava, gemiye, donatanına ve geminin P&I sigortacısına karşı, doğrudan dava hakkı veren kanunlara istinaden açılmıştır. P&I sigortacısı, kendisine karşı açılacak davaların tahkim şartının kapsamına girdiğini ileri sürmüştür. Fakat mahkeme, sadece üye ile birlik arasındaki uyuşmazlıkları kapsadığını öngören tahkim şartının kısıtlayıcı lafzından ötürü, zarara maruz kalan üçüncü kişinin sözleşmeye taraf olmadığı gerekçesiyle tahkim şartının, üçüncü kişi davacılar teşmilini reddetmiştir. Mahkeme ayrıca, Puerto Rico kanunlarının üçüncü kişilere tanıdığı doğrudan dava açma haklarının, sigortalı ve sigortacı arasındaki sözleşmeden tümüyle bağımsız olduğunun altını çizmiştir^{863 864}.

⁸⁶² 1974 **AMC** s.1629.

⁸⁶³ Victoria Holstein-Childress, "The Enforceability of Arbitral Clauses Contained in Marine Insurance Contracts Against Nonsignatory Direct Action Claimants", **Tulane Maritime Law Journal**, Winter 2002, s.216–218.

⁸⁶⁴ Aynı istikametteki *Zimmerman v. International Cos. & Consulting Inc* davasında [107 **F.3d** s.344; 1997 **AMC** s.1812 (5th Cir. 1997)] ABD Temyiz Mahkemesi, sigortalı ile sigortacı arasındaki sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, haksız fiil mağduru üçüncü kişi tarafından, üçüncü kişilere tanınan doğrudan dava hakkına istinaden mahkemede açılan davada ileri sürdüğü tahkim itirazına mesnet teşkil etmeyeceği gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Mahkeme, bir kanunun, haksız fiil failinin sigortacısı aleyhine doğrudan dava açma hakkı vermesi hâlinde, sigorta poliçesinin bir hükmü hâline geleceğini ifade etmekle birlikte; FAA'nın ve FAA'nın tahkim yanlısı politikasının, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişileri tahkime gitmeye zorlayamayacağını belirtmiş ve

Doğrudan dava hakkına sahip üçüncü kişilerin, sigortacı ile sigortalı arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı kılındığı *Heikkila v. Sphere Drake Insurance Underwriting Management Ltd* davasında⁸⁶⁵, denizci *Heikkila*, çalışmak üzere *F/V Laura Z* gemisine giderken vuku bulan helikopter kazasında ölmüştür. *Heikkila* 'nın temsilcisi, donatanın sigortacısı aleyhine, Guam'ın doğrudan dava hakkı veren kanunlarına istinaden taleplerde bulunmuştur. Mahkeme, sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartının ve İngiliz hukukunu seçen şartın, İngiliz hukuku uyarınca poliçenin şart ve hükümleri kapsamında doğrudan dava hakkına sahip üçüncü kişi davacıyı bağladığına hükmederek davayı reddetmiştir. Mahkeme, *Aasma v. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Ass'n* davasında⁸⁶⁶ verilen karara atfen, 1930 tarihli İngiliz Üçüncü Kişilerin (Sigortacılara Karşı) Hakları Kanunu'nun, üçüncü kişi davacıların, sigortacıya karşı, sigortalıdan daha iyi bir konum elde edemeyecekleri yönündeki prensibini tekrarlamış ve İngiliz hukuku uyarınca doğrudan dava hakkına sahip olan davacının, tahkim şartıyla, ilgili sigorta sözleşmesinin hüküm ve şartı olarak bağlı olduğuna karar vermiştir.⁸⁶⁷

c. Kıta Avrupası Hukuku

Fransız hukuku doktrininde, sözleşmelerin sadece tarafları arasında hüküm doğurabileceği kabul edilmektedir. Bu prensip uyarınca borçlar hukuku sözleşmeleri, üçüncü kişilere külfet yükleyemez, onlara sadece menfaat sağlayabilir.⁸⁶⁸ Öte yandan tahkim anlaşmaları sadece kendisine taraf olanları bağlar. Bununla birlikte, tahkim anlaşmasıyla bağlanmak için tahkim anlaşmasının akdedilmesi esnasında fiziksel olarak hazır bulunmak zorunlu değildir. Meselâ tahkim anlaşmasının, temsilci marifetiyle akdedilmesi mümkündür. Ne var ki üçüncü kişi yararına sözleşme müessesesi, *temsili* ihtiva etmez ve bundan dolayı lehdar, ancak bu özel uyumsuzluk

doğrudan dava hakkı sahibi üçüncü kişilerin, sigorta sözleşmesinin üçüncü kişi lehdarı sıfatından ötürü tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu yönündeki iddiayı reddetmiştir (Holstein-Childress s.215–216).

⁸⁶⁵ 1997 AMC s.2975, 2976 (D. Guam 29.8.1997).

⁸⁶⁶ 95 F.3d s.400; 1997 AMC s.1 (6th Cir. 1996).

⁸⁶⁷ Holstein-Childress s.210–212.

⁸⁶⁸ PVD Marsh, *Comparative Contract Law England, France, Germany*, 1994, s.272.

çözme metodunu kabul etmesi hâlinde tahkimle bağlı olur. Fransız tahkim hukuku, *menfaatin* hukukî malzemelerini bulmaktan ziyade tarafların iradelerine hüküm tanımakla ilgilenir. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişi konumundaki lehdarın, lehdarı olduğu sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağını tayininde odak noktası, lehdarın bu sözleşmeden menfaat elde edip etmediği değil, tahkim şartına rıza gösterip göstermediğidir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, tahkim anlaşmasına rıza göstermedikleri sürece üçüncü kişileri bağlamaz.⁸⁶⁹

Fransız hukuku doktrindeki hâkim görüşle tezat teşkil eden *V2000* kararına⁸⁷⁰ konu olayda, Fransız mahkemeleri, İngiliz şirketten araba alan Fransız alıcının açtığı ve Fransız distribütörü de dava ettiği davada, yargılama yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. İngiliz şirket ile Fransız alıcı arasındaki sözleşmede tahkim şartı mevcuttu; fakat Fransız distribütör bu sözleşmeye taraf değildi. Paris Temyiz Mahkemesi, uluslararası tahkim hukukunda, tahkim şartının, hakemler uyumsuzluğun ekonomik ve hukukî yönlerini nazara alabilsinler diye, konum ve faaliyetleri, tahkim şartının mevcudiyet ve kapsamından haberdar olmadıkları faraziyesine yol açmadıkça sözleşmenin ifasına doğrudan dâhil olan kişilere teşmil edileceğini belirtmek suretiyle ve Fransız alıcı ile İngiliz şirket arasındaki sözleşmenin lehdarı olduğu gerekçesiyle Fransız distribütör bakımından tahkim şartının geçerli olduğuna ve bu itibarla yargılama yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir.⁸⁷¹

İsviçre hukukunda, üçüncü kişi konumundaki lehdarın, esas sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına tâbi olabilmesi için, rızasına ihtiyaç bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin tarafları, lehdara tanıdıkları hakkı tahkim anlaşmasını kabul etmeksizin kullanamayacağı şartına bağlamış olabilirler.⁸⁷² Kanımızca, böyle bir durumda üçüncü kişi lehdar statüsünün kazanılması tahkim şartına rıza gösterilmesine bağlı olacağı için, rızaen kabul edilmiş bir tahkim

⁸⁶⁹ Hosking, **Third Party**, s.524–525.

⁸⁷⁰ CA Paris, 7.12.1994, *V2000 v. Renault*, **Rev.Arb.** 1996, s.245; onama kararı *Cour de Cassation*, 21.5.1997, *Renault v. V2000*, **Rev.Arb.** 1997, s.537.

⁸⁷¹ Fouchard, Gaillard, Goldman s.281; Hosking, **Third Party**, s.525.

⁸⁷² Wenger s.352.

anlaşması var olacak ve tahkim şartının üçüncü kişiye teşmili söz konusu olmayacaktır.

Alman hukukunda, üçüncü kişinin lehdarı bulunduğu sözleşmenin tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış olması hâlinde, bahse konu üçüncü kişinin bu tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağı kabul edilmektedir.⁸⁷³ Zira kural olarak bir sözleşmenin lehdarı olan kişi, kendisi lehine tanınan hakkı, sözleşmeye ait tüm vasıfları ile birlikte teslim alır.⁸⁷⁴ Alman İmparatorluk Mahkemesinin bir kararında⁸⁷⁵, tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmenin lehdarının, bu sözleşmeden doğan taleplerini tahkim yoluyla ileri sürme hak ve yükümlülüğüne sahip olduğu sonucuna varılmıştır.⁸⁷⁶ Yine İmparatorluk Mahkemesinin⁸⁷⁷ ve daha sonra Federal Mahkemenin⁸⁷⁸ benzer sonuçlara vardığı iki kararda, bir kurumun kuruluş sözleşmesinde veya tüzüğünde yer alan ve kurumla üyeleri arasında doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören bir tahkim şartı bakımından, bu tahkim şartının sözleşmeye veya tüzüğe konulmasında iradeleri bulunmayan üyelerin, üçüncü kişi lehdar niteliği taşıdıklarına karar verilmiştir. Her ne kadar bu kararlar üçüncü kişi yararına sözleşme prensibini, kurum ve üyeleri arasındaki ilişkiyle sınırlamış görünse de, Alman doktrininde üçüncü kişi yararına sözleşme prensibinin her tür tahkim anlaşmasına uygulanabileceği savunulmaktadır.⁸⁷⁹

Türk hukukunda, üçüncü kişi yararına hükümler ihtiva eden sözleşmede yer alan tahkim şartının, üçüncü kişi konumundaki lehdara teşmili hakkındaki durumu aksettiren 11825⁸⁸⁰ ve 12174⁸⁸¹ sayılı ICC davalarına⁸⁸² konu olaylar şöyle cereyan

⁸⁷³ Schwab, Walter s.65.

⁸⁷⁴ Schlosser s.323.

⁸⁷⁵ RGZ 146, s.52.

⁸⁷⁶ Busse s.119.

⁸⁷⁷ RGZ 108, s.374.

⁸⁷⁸ 48 BGHZ s.35, 43.

⁸⁷⁹ Schlosser s.323; Schütze, Tscherning, Wais s.31; Sandrock, **Group of Companies**, s.636–637.

⁸⁸⁰ Ahmet Oğul, **GSM İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Uygulamaları, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005, s.85'den alınmıştır.

⁸⁸¹ Oğul s.98'den alınmıştır.

⁸⁸² Derdestlik itirazının ileri sürüldüğü 12174 sayılı davaya bakan hakem heyetine göre davalar arasında iki farklılık mevcuttu. 11825 sayılı davaya GSM şirketi, Ulaştırma Bakanlığı,

etmiştir: Türk Telekomünikasyon Kurumu ile GSM şirketleri arasında yürürlükte bulunan ve 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği üzerine bir ek sözleşmeyle tahkime tâbi kılınan imtiyaz sözleşmelerinin 8. maddesinde; işletmecinin, tüm abone sayısı üzerinden elde edeceği brüt gelirin %15'ini her ay Hazineye ödemesi öngörülmüştür. Brüt gelir ise, her türlü vergi, resim, harç ve fonlar dâhil olmak kaydıyla, tesis ücretleri, aylık sabit ücretler ve haberleşme ücretleri olarak tanımlanmıştır.⁸⁸³ Bir süre sonra GSM şirketlerinden biri Hazine Müsteşarlığına bir yazı göndererek, o güne dek brüt gelire dâhil ederek %15'ini ödemiş olduğu arabağlantı ücretini bundan böyle brüt gelire dâhil etmeyeceğini bildirmiş ve bu bağlamda yapmış bulunduğu ödemelerin iadesini talep etmiştir. GSM şirketinin yazıları üzerine Başbakanlık, Danıştay 1. Dairesine, Hazineye ödenecek payın hesaplanmasında, bir mobil şebekesinde başlatılıp başka bir mobil şebekesinde sonlanan çağrılardan alınan arabağlantı ücretinin GSM şirketinin brüt gelirene eklemenin uygun olup olmayacağını sormuş ve Danıştay 1. Dairesi bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Bu gelişmeler üzerine GSM şirketi, sözleşmede yer alan ICC tahkim şartına istinaden ICC tahkimine müracaat etmiştir.⁸⁸⁴ GSM şirketi tahkime müracaat ederken Hazine Müsteşarlığının imtiyaz sözleşmesine ve tahkim anlaşmasına taraf olmadığını kabul etmekle birlikte, uyuşmazlığın kaynaklandığı imtiyaz sözleşmesi m.8 hükmünün Hazine Müsteşarlığını ilgilendirdiğini, verilecek hakem kararının Hazine Müsteşarlığını bağlayacağını ve sahip olduğu hakları etkileyeceğini; bu yüzden tahkim yargılamasına katılması gerektiğini ileri sürmüştür. Hazine Müsteşarlığı bu iddiaya karşılık, brüt gelir üzerinden %15 pay kendisine ödendiği için imtiyaz sözleşmesi ve Türk BK hükümleri uyarınca hazine payının lehdarı olduğunu kabul etmekle birlikte, kendisi tarafından akdedilmiş bir tahkim anlaşması bulunmadığı için tahkim yargılamasına dâhil edilemeyeceğini ileri sürmüştür.⁸⁸⁵ Hakem heyeti, Hazine Müsteşarlığının imtiyaz sözleşmesinin lehdarı olduğu

Telekomünikasyon Kurumu ve Hazine Müsteşarlığı tarafken, 12174 sayılı davaya GSM şirketi, Telekomünikasyon Kurumu ve Hazine Müsteşarlığı taraftı. Diğer farklılık ise, 11825 sayılı davanın konusu, arabağlantı gelirlerinin brüt gelire dâhil edilip edilmeyeceği iken; 12174 sayılı davanın konusu ise brüt gelire dâhil edilecek kalemlerin neler olacağı idi. Hakem heyeti derdestlik itirazını bu gerekçelerle reddetmiştir.

⁸⁸³ Oğul s.74.

⁸⁸⁴ Oğul s.75–76, 78.

⁸⁸⁵ Oğul s.79, 81.

konusunda tereddüt bulunmadığını belirterek, burada çözülmesi gereken hususun, sözleşmelerin lehdarı olan kişilerin, bu sözleşmelere ilişkin tahkim şartına tâbi kılınıp kılınamayacağını belirlenmesi olduğunu işaret etmiştir. Hakem heyeti, tahkim yoluna başvurabilmek için taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmasının şart olduğunu; bununla birlikte ilgili üçüncü kişinin, sözleşmenin uygulanmasında yahut sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıkların ortaya çıkmasında yer almasından ve faaliyetlerinden dolayı, sözleşmenin tahkim şartı içerdiği ve bunu kabul etmek zorunda olduğu zamanlarda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilebileceğini işaret ederek, Paris Temyiz Mahkemesinin “*Uluslararası bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, geçerliliği ve amacı nedeniyle, söz konusu sözleşmelerin uygulanmasında ve sorunların ortaya çıkmasında rol oynayan, sözleşmedeki tahkim şartının varlığını ve geçerliliğini kabul ettikleri varsayılan sözleşmeye taraf olmayanların da tahkim şartına eklenmek zorunda*” olduğuna karar verdiği 14.2.1989 tarihli karara ve Fransız *Cour de Cassation*’un “*Sözleşmeye taraf olmayanlar sözleşmenin uygulanmasında rol oynadıkları takdirde, tahkim şartı dâhil sözleşme şartlarını biliyor ve kabul etmiş sayılırlar. İlgili, sözleşmeyi uygulamak suretiyle, sözleşmeyi onaylamış ve tahkim şartını da kabul etmiş olmaktadır*” şeklindeki 25.7.1991 tarihli kararına atıfta bulunmuştur. Hakem heyetine göre Hazine Müsteşarlığının, kendisine yapılan ödemeleri reddetmemesi, sözleşmenin lehdarı olduğunu açıkça ortaya koymaktaydı ve hatta sözleşmenin 24. maddesinde belirtildiği üzere, GSM şirketinin malî beyanları üzerinde kontrol yetkisine sahip olması nedeniyle, lehdardan daha ileri bir statüye sahip bulunmaktaydı. Bu nedenlerle hakem heyeti, Hazine Müsteşarlığının, sözleşmenin ve sözleşmede yer alan hükümlerin varlığını bildiği, bunları kabul ettiği ve bu itibarla tahkim şartı da dâhil olmak üzere sözleşmeyi onayladığı gerekçesiyle tahkim yargılamasında taraf olarak yer alması gerektiğine karar vermiştir.

Diğer GSM şirketinin davacı olduğu ve davanın konusunun aynı olduğu 11870⁸⁸⁶ ve 12195⁸⁸⁷ sayılı ICC davalarındaki hakem heyeti ise farklı bir neticeye varmıştır. Bu davadaki hakem heyetine göre, tahkim anlaşması Hazine Müsteşarlığı

⁸⁸⁶ Oğul s.107–108’den alınmıştır.

⁸⁸⁷ Oğul s.116’dan alınmıştır.

açısından bağlayıcı değildi. Bu noktada hakem heyeti, GSM şirketinin, imtiyaz sözleşmesi gereğince Hazine Müsteşarlığına ödeme yapıyor olmasının, esas sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsız anlaşmalar olması nedeniyle, Hazine Müsteşarlığını tahkim anlaşmasının tarafı hâline getirmeyeceği sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, Hazine Müsteşarlığının esas sözleşmenin lehdarı olmasına karşın, hakem heyetine yargılama yetkisi veren bir tahkim anlaşmasının tarafı olmadığına ve GSM şirketi ile Hazine Müsteşarlığı arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığına hükmetmiştir.

Doktrinde, Hazine Müsteşarlığının, hazine payı ödemelerini kabul etmesinden dolayı sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına taraf olduğu yönündeki görüşler, Hazine Müsteşarlığı ile GSM şirketleri arasında akdedilmiş yazılı bir tahkim anlaşması bulunmadığından dolayı yerinde görülmemektedir. Bu görüşe göre, sözleşmeler ilk akdedildikleri tarihten itibaren uyuşmazlık konusu hazine payına ilişkin hükümleri içermekteydi ve tahkim şartı bu sözleşmelerin kapsamına sonradan eklenen bir ilâve sözleşmeyle dâhil edilmişti. Buna rağmen Hazine Müsteşarlığı tahkim şartının kapsamına dâhil edilmemiştir. Gerek Ulaştırma Bakanlığı ile GSM şirketleri arasında gerekse Telekomünikasyon Kurumu ile GSM şirketleri arasında akdedilen sözleşmelerde yer alan tahkim şartında ' *taraflar* ' ibaresine yer verilmiştir. '*Taraflar*' ibaresinden ne anlaşılması gerektiği ise, önceki sözleşmenin 1. maddesinde Bakanlık ve GSM şirketi, yeni sözleşmenin 1. maddesinde ise Kurum ve GSM şirketi olarak öngörülmüştür. Bu itibarla Hazine Müsteşarlığının tahkim anlaşmasına taraf olmadığı yönündeki görüş yerindedir.⁸⁸⁸

d. Değerlendirme

Üçüncü kişi yararına hükümler ihtiva eden bir sözleşmenin tahkim şartına tâbi kılınmış olması ve bu hükümlerden bir uyuşmazlık doğması hâlinde, üçüncü kişi konumundaki lehdarın tahkim anlaşmasına tâbi olup olmayacağı sorusuna olumlu yanıt verenlerin odak noktası *menfaattir*. Bu yaklaşıma göre, üçüncü kişi lehdarın, tahkim şartı içeren sözleşmeden kaynaklanan *menfaatleri* bilerek elde etmesi,

⁸⁸⁸ Oğul s.136–137.

sözleşmenin ve sözleşmede yer alan hükümlerin varlığını bildiği, bunları kabul ettiği ve bu itibarla tahkim şartı da dâhil olmak üzere sözleşmeyi onaylamak suretiyle tahkim şartının tarafı hâline geldiği anlamını taşır.

Üçüncü kişilerin, üçüncü kişi yararına sözleşme doktrini vasıtasıyla tahkim anlaşmalarıyla bağlı kılınmasının önündeki en büyük engel, tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsızlığıdır. Fakat doktrinde, bağımsızlık doktrininin sürdürülmesinin kolay olmadığı; zira tahkim şartı ile esas sözleşme arasındaki maddî ve kavramsal bağın görmezden gelinmesinin bazen zor olduğu ileri sürülmektedir.⁸⁸⁹ Ayrıca bağımsızlık teorisinin, esas sözleşmenin geçersiz oluşunun tahkim şartını otomatikman geçersiz kılmayacağı açısından benimsenmesi gerektiği iddia edilmektedir. Yani tahkim şartını üçüncü kişi için geçerli kılmak bakımından bağımsızlık teorisi engelleyici bir etkiye sahip olmamalıdır.⁸⁹⁰

Kanaatimizce, üçüncü kişinin, tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmenin lehdarı olması, tahkim şartının tarafı addedilmesini temin etmemelidir. Sahip olduğu istisnâ karakterden ötürü, tahkim anlaşmasına yönelik rızanın ya *açıkça* ya da tereddüde mahâl bırakmamak kaydıyla *zımnî* olarak beyan edilmesi gerekmektedir. Zımnî irade beyanı söz konusu olduğunda, irade beyanı yerine geçtiği kabul edilen tutum ve davranışların tahkim şartına yönelik tutum ve davranışlar olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu itibarla, tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmeden sâdir olan maddî haklardan yararlanılmasının, tahkim şartına ve hakem heyetinin yargılama yetkisine zımnî rıza gösterildiği anlamına gelmesi mümkün değildir.

Bu itibarla, tahkim anlaşmasının, tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin lehdarı konumunda bulunan üçüncü kişiye, tahkime gitme iradesine sahip olup olmadığına bakılmaksızın teşmil edildiği bir tahkim yargılamasının ve böyle bir yargılama neticesinde verilen hakem kararının hukukî dayanağı bulunmamaktadır ve verilen hakem kararı, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmayışından ötürü mahkemelerce iptal edilmeli yahut tenfizi talep edilmişse bu talep reddedilmelidir.

⁸⁸⁹ Hosking, **Third Party**, s.528.

⁸⁹⁰ Diamond s.216.

Sözleşmenin taraflarının, lehdara tanıdıkları hakkı tahkim anlaşmasını kabul etmeksizin kullanamayacağı şartına bağlamış olmaları hâlinde, *lehdar* statüsünün kazanılması tahkim şartına rıza gösterilmesine bağlı olacağı için, lehdar statüsüne istinaden tahkim şartının üçüncü kişiye teşmilinden bahsetmek söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde, tahkim anlaşmasının taraflarının, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasından yararlanabileceğini öngörmüş bulunmaları hâlinde, kanımızca tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişiye yapılmış bir *icap* söz konusudur ve üçüncü kişi tahkim şartına yönelik bir *kabul* beyanında bulunduğu takdirde geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olacağından, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinden söz edilemeyecektir.

6. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

a. Genel Olarak

Dürüstlük kuralı olarak adlandırılan ve aslında tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan bütün teorilerin temelinde yattığı iddia edilen⁸⁹¹ bu prensibin, uluslararası ticaret hukuku bağlamında evrensel geçerliliğe sahip bulunduğu kabul edilmekte⁸⁹² ve uluslararası hakem heyetlerince, herhangi bir ulusal hukuka atıfta bulunulmaksızın uygulanan ve uyulması zorunlu kabul edilen bir kural olduğu ifade edilmektedir.⁸⁹³

Hakkaniyet kaygısı, açıkça ifade edilmese de aşikâr olan nedenlerden ötürü, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmil edildiği mahkeme ve hakem kararlarının altında yatmaktadır. *Westland*⁸⁹⁴ davasında hakem heyeti şunları dile getirmiştir: “*Sonuçta, hukukî zeminden ayrı olarak, bu meselede hakemleri harekete geçiren pratik gerekçeler ve hakkaniyet kaygıları zikredilmelidir: Westland, bu dört*

⁸⁹¹ Habegger s.402.

⁸⁹² Müller §2.10.1.

⁸⁹³ Jan Paulsson, “May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration?” *Arbitration International*, 1986, s.90.

⁸⁹⁴ 3879 sayılı ICC davasında verilen 5.3.1984 tarihli hakem kararı, *YBCA*, Vol:11, 1986, s.127.

devleti hakem heyetinin önüne getirmekte haklıdır. Eğer böyle olmasaydı adaletten gerçek bir feragat söz konusu olacaktı.” Bir başka yayınlanmamış *ad hoc* hakem kararında hakem heyeti, yetkisine ilişkin kararının sadece yasalara değil, hakkaniyete de dayandığını ve bunun, uluslararası tahkimin esas özelliklerinden biri olan adalet ruhuna uygun olduğunu belirtmiştir.⁸⁹⁵

Tahkim şartının üçüncü kişi konumundaki bir şirkete teşmilinde, *adalet* mefhumunun doğrudan doğruya gerekçe gösterildiği, Paris Temyiz Mahkemesinin 19.5.1993 tarihli kararına konu *Labinal*⁸⁹⁶ davasına konu olayda, (A) ve (B) arasında, işverenin *British Aerospace for GIE Airbus Industrie* olduğu bir yatırımda (C) şirketiyle daha iyi rekabet edebilmek amacıyla, ICC tahkim şartı ihtiva eden bir *joint venture* sözleşmesi akdedilmiştir. Daha sonra, *British Aerospace*'in yatırıma ilk tepkileri karşısında (A), (B) ve (C), birlikte çalışmak amacıyla müzakerelere başlamışlardır. Bu müzakereler başarısızlıkla sonuçlanmış fakat (C) ve (B) arasında (A)'ya karşı bir anlaşmaya varılmıştır. Bunun üzerine (A) tarafından, hukuka aykırı bir anlaşma yaptıkları ve davranışlarının haksız rekabet teşkil ettiği iddiasıyla (B) ve (C) aleyhine tahkim yargılaması başlatılmıştır. İlk derece mahkemesinin, kendini yetkili gördüğü karar Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuş ve Temyiz Mahkemesi, (A) ile (B) arasındaki uyuşmazlığın tahkime tâbi bulunduğuna; mahkemelerin sadece (C) hakkında yargılama yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme “*hem iki uyuşmazlık arasındaki bağlantının hem de adaletin temininin, hakem heyetinin, özgürce akdedilmiş ve (A) tarafından da kabul edilmiş tahkim şartını uygulamasını gerekli kıldığı*” sonucuna varmıştır.⁸⁹⁷

Tahkim şartının üçüncü kişi konumundaki bir tüzel kişiye teşmilinde, *dürüstlük kuralının* doğrudan doğruya gerekçe gösterildiği 5065 sayılı ICC davasında tahkim anlaşmasının taraflarından biri, kurulması öngörülen ve fakat neticede kurulmayan bir şirketti. Hakem heyeti, uluslararası ticaret hukukunun genel prensipleri ve dürüstlük kuralı çerçevesinde, kurulacak bir tüzel kişi adına

⁸⁹⁵ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.278–279.

⁸⁹⁶ **Rev.Arb.** 1993, s.645.

⁸⁹⁷ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.309.

sözleşmeyi akdeden tüzel kişinin sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. Hakem heyetine göre taraflar, aralarındaki ticarî faaliyetin teminatı olarak bir hukukî ilişki kurdukları andan itibaren, taraflardan birinin mevcut olmadığı ve bu yüzden ortada geçerli bir sözleşme bulunmadığı şeklindeki yorumun kabulü mümkün değildi.⁸⁹⁸

Tahkim şartının üçüncü kişi konumundaki bir şahsa teşmilinde, *iyiniyet prensibinin* doğrudan doğruya gerekçe gösterildiği 5730 sayılı ICC davasında hakem heyeti: “*üçüncü kişilerin gözünde, Bay (A)’nın sahip olduğu şirketlerin tamamının Bay (A)’ya bağlı bir şirketler grubu oluşturduğu şüphesizdir. Böyle bir grubun mevcudiyeti gerek Yunanistan’da gerekse yurtdışında verilen çeşitli yargı kararlarında kabul edilmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi’ndeki yargılamada Bay (A), ‘(X) Lines’ veya ‘(X) Line’ adı altında yürütülen ticarî faaliyetin tamamının kendisinin şahsî sorumluluk taahhüdü çerçevesinde vuku bulduğunu kabul etmiştir... Bay (A)’nın aksini iddia etmesi iyiniyet prensibiyle bağdaşmaz*” demek suretiyle, Bay (A) hakkında yargılama yetkisine sahip bulunduğu hükmetmiştir⁸⁹⁹.

Yargısal ve doktriner içtihatlar incelendiğinde, dürüstlük kuralı çerçevesinde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin, dürüstlük kuralının birer tezahürü olan *çelişkili davranış yasağı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması* prensiplerinin uygulanmasıyla vuku bulduğu görülmektedir. Bu itibarla çalışmamızın bu kısmını, bahse konu iki alt başlık çerçevesinde ele alacağız.

Karşı tarafta, önceki birtakım davranışları ile güven uyandırdıktan sonra bu güveni sarsacak, boşa çıkaracak şekilde davranılmasına hukuk müsaade etmez.⁹⁰⁰ Tahkim anlaşmasına taraf olunmamasına rağmen, karşı tarafa, tahkim anlaşmasına taraf olduğu izlenimini bırakacak davranışlar sergilemek suretiyle hareket eden kişilerin daha sonra tahkim anlaşmasına taraf olmadıklarını ileri sürmeleri çelişkili davranış yasağına takılabilir. Öte yandan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

⁸⁹⁸ Rubino–Sammartano s.171.

⁸⁹⁹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.267.

⁹⁰⁰ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, 1995, s.52.

teorisinin uygulanması da; hile, hakların suistimali ve emredici hükümlerin ihlâli konularıyla sınırlı kabul edilir. Zira meselenin kalbi *bona fides* prensibidir; dürüstlük kuralına aykırı bir durum hukukî korumayı hak etmez.⁹⁰¹

b. Çelişkili Davranış Yasağı

i. Genel Olarak

Bir kişinin önceki davranışlarının, daha sonraki hak kullanımlarında prensip olarak etki etmemesi gerekir. Ne var ki karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra davranışını değiştirmek veya yeni ve öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunmak suretiyle karşı tarafın hukuken elverişsiz bir konuma sokulmasını, hukuk düzeni himaye etmez. Zira karşı tarafın güvenini boşa çıkarmak, sonraki davranışı ile önceki davranışını ve bunun hukukî sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak *hakkın kötüye kullanılması* teşkil eder.⁹⁰²

Kıta Avrupası hukukunda *çelişkili davranış yasağı* olarak adlandırılan bu prensip, Anglo Sakson hukukunda *estoppel* olarak adlandırılmaktadır. Temelinde dürüstlük kuralının yattığı kabul edilen⁹⁰³ *estoppel*, bir kişinin, kendi tavır veya hareketi yahut konuşması gerektiği halde sessiz kalması yüzünden bir hakkı ileri sürmekten men edilmesidir.⁹⁰⁴ *Estoppel*, dürüstlük kuralı kapsamında mütalâa edilerek, uluslararası hukukun genel bir prensibi⁹⁰⁵ veya daha tartışmalı bir ifadeyle *lex mercatorianın* bir kuralı kabul edilmektedir.⁹⁰⁶

ii. Anglo Sakson Hukuku

Üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmasında kullanılan teoriler, önceleri sadece üçüncü kişilerin, hukuken birleşme veya halefiyet gibi olaylar neticesinde tahkim anlaşmasının tarafı hâline geldiklerinin farz edileceği türden dar

⁹⁰¹ Blessing, **Arbitration Clause**, s.178; Blessing, **Introduction to Arbitration**, s.189.

⁹⁰² Akyol s.52.

⁹⁰³ Bagot, Henderson s.438.

⁹⁰⁴ **Black's Law Dictionary**, 6th Edition, 1990, s.538.

⁹⁰⁵ Norbert Wühler, "Application of General Principles of Law", **ICCA Congress Series No:7**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1996, s.560-561.

⁹⁰⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman s.820.

ve sınırlıydı. *Estoppel*in bu teorilerin arasına katılması 1960'lı yıllara tekabül eder.⁹⁰⁷ Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bağlamında *estoppel*, üçüncü kişinin, tahkim anlaşmasına taraf olmadığı yönündeki itirazının, kendi davranışı yüzünden dinlenmemesini temin eder. *Estoppel*, ABD'de üçüncü kişi meselelerinde sıkça uygulanmakta ve doktrinde, tahkim anlaşmasıyla bağlanma konusunda *iradeye alternatif* olarak görülmektedir.⁹⁰⁸

ABD Yüksek Mahkemesi, *Grigson v. Creative Artists Agency* davasında⁹⁰⁹ tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan şahısların, tahkim anlaşmasına taraf olan kişileri *estoppel* teorisine istinaden tahkime gitmeye zorlayabileceği iki durum bulunduğunu belirtmiştir: tahkim anlaşmasına taraf olan kişinin, üçüncü kişi aleyhine talepte bulunurken, tahkim şartı içeren sözleşmeye dayanması veya üçüncü kişi ile âkit taraflardan birinin, birbirlerine önemli ölçüde bağlı olduklarının ve plânlanmış biçimde birlikte hareket ettiklerinin ortaya konulması. Tahkim şartının tarafı olan davacılar, tahkim şartı içeren distribütörlük sözleşmesi sadece kendileri ile *Tristar* arasında akdedilmiş bulunduğu için, üçüncü kişi konumundaki davalıların, taleplerin tahkime tâbi olması gerektiği iddiasının kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme, davacıların taleplerinin, tahkim şartı içeren distribütörlük sözleşmesine dayandığı ve üçüncü kişi konumundaki davalılar ile âkit taraf *Tristar*'ın birbirine önemli ölçüde bağlı olmalarından ve plânlanmış biçimde birlikte hareket etmelerinden kaynaklandığı gerekçesiyle ve *estoppel* teorisi gereğince tahkime tâbi olması gerektiğine karar vermiştir.⁹¹⁰

Smith Enron Cogeneration Limited Partnership Inc v. Smith Cogeneration International Inc davasına⁹¹¹ konu olayda tahkim anlaşması, *Enron* ve *Smith* arasında, bir enerji santrali kurmak ve yönetmek amacıyla oluşturulan bir *joint-venture*'a ilişkin olarak akdedilmişti. Taraflar daha sonra haklarını kendilerine bağlı

⁹⁰⁷ J. Douglas Uloth, J. Hamilton Rial, "Equitable Estoppel as a Basis for Compelling Nonsignatories to Arbitrate – A Bridge Too Far?" **The Review of Litigation**, Summer 2002, s.604.

⁹⁰⁸ Hosking, **Third Party**, s.531.

⁹⁰⁹ 210 **F.3d** s.527 (5th Cir. 2000).

⁹¹⁰ Lamm, *Aqua* s.727; *Dileo* s.37–38; Uloth, Rial s.623.

⁹¹¹ 198 **F.3d** s.88 (2d Cir. 1999); **YBCA**, Vol:25, 2000, s.1088.

şirketlere temlik ettiler. Bir uyuşmazlık doğduğunda da, sözleşmeden doğan hakları temellük eden *Smith* bağlı şirketleri, kendi haklarını temlik ettiği için artık anlaşmaya taraf olmayan *Enron*'a karşı bir dava açtılar. *Enron*, mahkemede ileri sürülen taleplerin tahkime tâbi olması gerektiği iddiasıyla tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme, *Enron*'un, artık tahkim anlaşmasının tarafı olmasa dahi onu ifaya yetkili olduğuna ve *Smith* bağlı şirketlerinin, davada *Enron* bağlı şirketlerine tek bir taraf muamelesi yapmış buldukları için tahkime itiraz etmekten *estoppel* teorisi uyarınca men edildiklerine hükmetmiştir.⁹¹²

ABD mahkemelerinin, *estoppel* teorisine istinaden tahkim anlaşmasını üçüncü kişilere teşmil ederken esas aldığı kriterlerden biri de *menfaat*dir. Burada, tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan şahıs, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden menfaat elde ettiği için, tahkim şartına taraf olmadığını ileri sürmekten men edilmektedir. Aslında ABD mahkemelerinin bu tatbikatı, üçüncü kişi yararına sözleşme prensibiyle büyük paralellik arz etmektedir. Bu yaklaşımın örneklendiği *American Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard SPA* davasında⁹¹³ gemi inspektörü *American Bureau of Shipping*, bir grup yatırımcıyla yaptığı sözleşme kapsamında bir yat inşa eden İtalyan gemi inşaatçısı *Tencara* için denize uygunluk sertifikası sağlamıştır. Yatın defolu olduğu tespit edilmiş ve yatırımcılar ile onların sigortacıları, *Tencara* aleyhine, *Tencara* da *American Bureau of Shipping* aleyhine dava açmıştır. *Tencara* ve *American Bureau of Shipping* arasındaki sözleşme, denize uygunluk sertifikasına atıf yoluyla açıkça ithal edilen bir tahkim şartı içermektedir. Temyiz Mahkemesi, bölge mahkemesinin, *Tencara* ile *American Bureau of Shipping* arasındaki taleplerin tahkime tâbi olduğunu ve yatırımcının taleplerinin de bu kapsamda olacağını öngören kararını onadı. Mahkeme, yatırımcıların, tahkim şartı içeren sözleşmeden doğrudan bir menfaat elde ettikleri için tahkime gitme yükümlülüklerini reddetmekten *estoppel* teorisine istinaden men edildiklerine karar verdi; zira denize uygunluk sertifikası, daha düşük sigorta oranı almalarını ve Fransız bayrağı çekmelerini sağlamıştı.⁹¹⁴

⁹¹² Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.265.

⁹¹³ 170 F.3d s.349; **Dispute Resolution Journal**, Vol:54, August 1999, s.90–91.

⁹¹⁴ Dileo s.54–55; Hosking, **Third Party**, s.534–535; Bagot, Henderson s.443.

Tahkim anlaşmasının, *menfaat* esasına istinaden *estoppel* teorisinin tatbiki suretiyle üçüncü kişiye teşmil edildiği *Schwabedissen* davasına⁹¹⁵ konu olayda, alıcı (*International Paper*), bir Alman üreticinin (*Schwabedissen*) distribütöründen (*Wood*) endüstriyel testere satın almıştır. Testerenin defolu olduğunun tespiti üzerine *International Paper*'ın *Wood* aleyhinde ileri sürdüğü talep, *Wood* iflâs ettiği için netice doğurmamıştır. Bunun üzerine *International Paper*, sözleşmenin ihlali iddiasıyla, *Wood* ile akdettiği sözleşmedeki kefâletlere istinaden ve *Wood*'un, *Schwabedissen*'in temsilcisi olduğu gerekçesiyle *Schwabedissen* aleyhine mahkemede dava açmış ve ayrıca, *Schwabedissen* ile *Wood* arasındaki sözleşmenin lehdarı olduğunu iddia etmiştir. *Schwabedissen* ile *Wood* arasında, testerenin alımına ilişkin bu sözleşme, bir tahkim şartını atıf yoluyla ithal etmekteydi. *International Paper*, tahkim şartı hakkında bilgi sahibi olmadığını iddia etmişse de, mahkeme, taleplerin tahkime tâbi olduğuna karar vermiştir. Bunun üzerine *International Paper* tahkime müracaat etmiş fakat tahkim yargılaması aleyhine sonuçlanmıştır. Hakem heyeti, *Wood*'un, *Schwabedissen*'in temsilcisi olmadığına ve *International Paper*'ın, *Schwabedissen* ile *Wood* arasındaki sözleşmenin lehdarı olmadığına karar vermiştir. *Schwabedissen* hakem kararını icra etmek istediğinde, *International Paper* tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, *Tencara* davasındaki *doğrudan menfaat* incelemesine atıf yaparak, *International Paper*'ı, *Schwabedissen* ile arasındaki uyuşmazlığın tahkime tâbi olmadığını ileri sürmekten *estoppel* teorisine istinaden men etmiş ve hakem kararının tenfizine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, *International Paper*'ın talepleri, *Wood* ile *Schwabedissen* arasındaki sözleşme kapsamında ileri sürdüğü iddialara dayanmaktaydı ve sözleşmeden doğan bu hakları icra etmeye çalıştıktan sonra, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkime tâbi olacağını öngören sözleşme hükmünden kaçınması mümkün değildi⁹¹⁶.⁹¹⁷ Karar Temyiz Mahkemesince de onanmıştır.

⁹¹⁵ 206 F.3d s.414–415; YBCA, Vol:25, 2000, s.1146.

⁹¹⁶ Susan C. Zuckerman, “Equitable Estoppel Binds Nonsignatory”, **Dispute Resolution Journal**, November 2000 / January 2001, s.93; Dileo s.55–56; Carolyn B. Lamm, Eckhard R. Hellbeck, “The Enforcement of Foreign Arbitral Awards under The New York Convention: Recent Developments”, **International Arbitration Law Review**, Vol:5, No:5, 2002, s.139; Lamm, Hellbeck, **Estoppel**, N.31–32; Lamm, Aqua s.726.

Menfaat esasına istinaden *estoppel* teorisinin tatbiki suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinde, menfaatin doğrudan olup olmadığının gözetildiği *Thomson* davasında⁹¹⁸, âkit taraf olan sağlayıcı, hem diğer âkit taraf hem de o tarafın ana şirketi olan *Thomson* aleyhine tahkim yargılaması başlatmıştır. *Deloitte* kararıyla kıyaslandığında, mahkeme, *Thomson*'un, bahse konu sözleşmeden haberdar edildiğine, sağlayıcının, *Thomson*'u bağlama niyetini ortaya koyduğuna ve *Thomson*'un, alıcıyı kendi ortaklık yapısına dâhil etmeye ve bu dâhiliyetten menfaat elde etmeye başladığına işaret etmiş ve fakat *Thomson*'un, alıcıyla olan ilişkisinden ötürü sadece dolaylı bir menfaat elde ettiğini ve bu menfaatin, sağlayıcının talebine konu menfaat olmadığını belirterek *Deloitte* kararından ayrılmıştır. Mahkemeye göre, *Thomson*, sağlayıcıdan ekipman edinmeye çalışmak veya sözleşmenin nisbî hükümlerini icra etmek suretiyle sözleşmeden doğrudan menfaat elde etseydi, tahkimden kaçınmaya çalışmaktan *estoppel* teorisine istinaden men edilirdi. Ne var ki *Thomson* sözleşmeden bu tür bir menfaat elde etmemiştir. Bu yüzden *Thomson*, yan şirketinin akdettiği tahkim anlaşmasıyla bağlı değildir. Mahkemece belirtildiği üzere: “*Tahkim tamamen sözleşmeye ilişkin bir meseledir; eğer taraflar tahkime gitme konusunda anlaşmamışlarsa mahkemelerin onları zorlama yetkisi yoktur... Thomson tahkim şartının mevcudiyetini inkâr etmekten estoppel teorisine istinaden men edilemez zira böyle bir şart mevcut değildir. Thomson, sağlayıcı ile tahkime gitme iradesini hiçbir zaman ortaya koymamıştır.*”⁹¹⁹

⁹¹⁷ Menfaat esasına binaen *estoppel* teorisinin tatbiki suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edildiği *Deloitte Noraudit v. Deloitte Haskins & Sells* davasına (9 F.3d s.1060) konu olayda, bir uluslararası muhasebe şirketi, bölgesel yan şirketleriyle, tahkim şartı ihtiva eden sözleşmeler akdetmiştir. Müzakere başladıktan sonra Norveçli bir yan şirket, uluslararası muhasebecilik şirketinin adını kullanabilmenin bu sözleşmeyi akdetmeye bağlı olduğunu bilmesine rağmen sözleşmeyi imzalamamıştır. Ortaya çıkan bir uyumsuzlukta, uluslararası muhasebecilik şirketi, imzalanmamış sözleşme hükümlerine istinaden tahkime gitmeye çalışmıştır. Temyiz Mahkemesi, Norveçli yan şirketin sözleşme hükümlerini bildiği, bu hükümlere hiçbir zaman itiraz etmediği ve uluslararası muhasebecilik şirketinin ismini kullanmak suretiyle bilerek menfaat sağladığı gerekçesiyle tahkime gidilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, bir sözleşmeden menfaat elde edilmesi, bu sözleşmenin şartlarına rıza gösterildiği anlamına gelir (Sawrie s.726–727; Eisen s.43–44; Dileo s.53–54; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.266; Hosking, **Third Party**, s.531; Domke §13.8; Lamm, Aqua s.726).

⁹¹⁸ 64 F.3d s.778–779.

⁹¹⁹ Dearman s.673–674; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.266; Hosking, **Third Party**, s.533.

ABD mahkemelerinin, *estoppel* teorisine istinaden tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline hükmederken esas aldığı bir diğer husus, tahkim şartı içeren ve içermeyen sözleşmeler veya bunlardan doğan yükümlülükler arasındaki bağlantıdır. *Hughes Masonry Co v. Greater Clark County School Building Corp*⁹²⁰ davasında müteahhit, yapı sahibiyle arasındaki akdî ilişkiye müdahale ettiği gerekçesiyle inşaat yöneticisini dava etmişti. Hem müteahhidin hem de yöneticinin, yapı sahibiyle farklı sözleşmeleri vardı, fakat sadece yüklenicinin sözleşmesinde tahkim şartı mevcuttu. Yüklenici, yöneticinin tahkim şartının tarafı olmadığını ifade etti. Buna karşılık mahkeme, yüklenicinin talebinin temelini, yöneticinin, tahkim şartı ihtiva eden sözleşmede belirtilen görev ve sorumluluklarını ihlâl etmesinin teşkil ettiği gerekçesiyle, tahkime itiraz etmekten *estoppel* teorisi uyarınca men edildiğine karar verdi. Mahkemeye göre, yönetici hakkındaki haksız fiil iddiaları, aslında onun, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlâl ettiği vakıasına dayanmaktaydı ve anılan sözleşmede hem yöneticinin adı açıkça zikredilmiş hem de görevleri ana hatlarıyla tarif edilmişti. Yüklenicinin, yöneticinin sözleşme hükümlerini gereği gibi ifa etmemekten sorumlu olduğunu iddia etmesinin yanında tahkimden kaçınmak amacıyla aynı zamanda onun sözleşmeye taraf olduğunu reddetmesini hukuken himaye etmek mümkün değildi^{921 922}.

Tahkim anlaşmasının *estoppel* teorisine istinaden üçüncü kişiye teşmilinde *bağlantı* vakıasının esas alındığı, bir yanda *St Margaret's Hospital (Hospital)* ve onun elektrik müteahhidi (*Triangle*) arasında, diğer yanda *Hospital* ve onun inşaat müteahhidi (*McBro*) arasında ayrı sözleşmelerin mevcut olduğu *McBro Planning &*

⁹²⁰ 659 F.2d s.836 (7th Cir. 1981).

⁹²¹ Townsend s.22–23; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.264–265; Sawrie s.732–734; Uloth, Rial s.608–611; McKinnis s.203–204.

⁹²² *Bağlantı* esasına binaen *estoppel* teorisinin uygulanması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edildiği *Sunkist* davasında [513 US s.869 (1994)] Temyiz Mahkemesi, *Sunkist* ile arasında lisans sözleşmesi bulunan *Sunkist Soft Drinks*'in ana şirketi olan *Del Monte* tarafından ileri sürülen, *Sunkist*'in taleplerinin tahkime tâbi bulunduğu iddiasının haklı olduğuna karar vermiştir. *Sunkist* tarafından resmî yargıda hem *Sunkist Soft Drinks* hem de *Del Monte* aleyhine dava açılmıştı. Mahkeme, *Sunkist*'in talepleri ile lisans sözleşmesi arasındaki bağlantının ve *Sunkist Soft Drinks* ile *Del Monte* arasındaki ilişkinin, *taleplerin lisans sözleşmesine dayandığı ve lisans sözleşmesiyle iç içe geçtiği* sonucuna bağladığına karar vermiş ve *Sunkist*'i, taleplerinin tahkime tâbi olmadığını ileri sürmekten *estoppel* teorisine istinaden men etmiştir (Eisen s.44; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.265; Townsend s.23; Lamm, Aqua s.727; Sawrie s.738–739).

Dev Co davasında⁹²³ her iki sözleşmede özdeş tahkim şartları mevcuttu; fakat *Hospital* ile *Triangle* arasındaki sözleşmede “...evraktaki hiçbir emare, *Triangle* ile *McBro* arasında bir akdî ilişki meydana getirmez” hükmü yer almaktaydı. *Triangle*’ın talepleri, *Hospital* ve *McBro* arasındaki sözleşme hükümlerine dayandığı ve bunlarla iç içe geçtiği gerekçesiyle *Triangle*, tahkime itiraz etmekten *estoppel* teorisine istinaden men edilmiş ve *McBro*’ya yönelik talepleri bakımından tahkime gitmesi gerektiğine karar verilmiştir.⁹²⁴

Estoppel teorisinin uygulanması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinde *bağlantı* kriterinin esas alındığı *Westmoreland v. Sadoux*⁹²⁵ davasında ABD Temyiz Mahkemesi, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin temsilcisi olduğunu ileri süren üçüncü kişinin, diğer âkit tarafı tahkime gitmeye zorlayamayacağına karar vermiştir. Olayda davacı *James Westmoreland, Ashton Holdinglerinin* %7 hissesine sahipti. Davalı *Roland Sadoux*’un tamamına sahip olduğu *Pentrade* ve diğer davalı *Jan Hendricks*’in tamamına sahip olduğu *TDC Trade Development* ise *Ashton Holdinglerinin* %46.5 hissesine sahipti. *Westmoreland, Ashton*’daki hisselerini satmasını sağlamak için kendisine yalan söylediklerini ve daha sonra şirketi milyonlarca dolara sattıklarını iddia ederek *Sadoux* ve *Hendricks*’i dava etmiştir. Bunun üzerine *Sadoux*, ortaklık sözleşmesinde yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuş ve mahkeme, temsilcinin, âkit taraflardan birini tahkime gitmeye zorlayabileceği yönündeki içtihatlarına istinaden talebi kabul etmiştir. Temyiz Mahkemesi, üçüncü kişilerin âkit tarafları tahkime gitmeye zorlayabilmesi için temsil teorisinin yeterli olmadığına ve bir âkit tarafı tahkime zorlamaya çalışan üçüncü kişi temsilcinin, *estoppel* teorisine tâbi olacağına karar vermiştir. Temyiz Mahkemesine göre, bu çerçevede üçüncü kişi temsilcinin âkit tarafı tahkime zorlayabileceği iki durum mevcuttur. Birincisi, âkit tarafın, üçüncü kişi aleyhine, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden kaynaklanan iddialarda bulunmasıdır. İkincisi, âkit tarafın, diğer âkit taraf ile üçüncü kişinin

⁹²³ 741 F.2d s.342.

⁹²⁴ Sawrie s.737–738; Hosking, **Third Party**, s.533; Eisen s.44–45; Dileo 57–58; Uloth, Rial s.611–612; Dearman s.671–672.

⁹²⁵ No:01–20793 (5th Cir. 2002).

birbirine bağı ve uyumlu davranışını gerekli kılan yükümlülükler neden olmasıdır. *Westmoreland*'ın davası ortaklık sözleşmesine ve bu sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğe dayanmadığı gibi, üçüncü kişi ile diğer âkit tarafın birbirine bağı ve uyumlu davranışını gerekli kılan yükümlülükler de söz konusu değildir. Bu yüzden *estoppel* teorisinin uygulanma şartları gerçekleşmemiştir.⁹²⁶

Bağlantı esasına istinaden *estoppel* teorisinin tatbiki suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin kabul edilmediği *E.I Dupont de Nemours & Co v. Rhone Poulenc & Resin Intermediaries* davasında⁹²⁷ mahkeme, ilgili taraflar arasında yakın bağlantı bulunmasına ve üçüncü kişiye atfedilen kusurun, sözleşmeden doğan yükümlülüklerle bölünemez biçimde içiçe geçmiş olmasına istinaden tahkim şartının üçüncü kişiye teşmil edilmesinin hakkaniyetli olmadığına karar vermiş ve *estoppeli* reddetmiştir.⁹²⁸

İngiliz hukukunda *estoppel* genel bir kavram olarak kabul edilmekte⁹²⁹ fakat tahkim bağlamındaki nisbîlik sorunlarının üstesinden gelmede ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde, ABD'de olduğu gibi kullanılmamaktadır. *Jones* davasında hakem kararına yönelik bir itirazda mahkeme, ilgili tarafların, sözleşmenin ve tahkim şartının geçerliliğini tartışma konusu yaptıkları için, sözleşmenin geçerli olmasına dayanan talepleri ileri sürmekten *estoppel* teorisine istinaden men edildiğine karar vermiştir⁹³⁰. İngiliz mahkemeleri, bir anlaşma yapılmaksızın tahkime gitme konusunda bir miktar yol alındığı durumlarda bir *ad hoc* tahkim anlaşması doğduğu fikrini de kullanmış⁹³¹ ve böylece ABD mahkemelerinin *estoppeli* uygulamak suretiyle vardıkları sonuca benzer bir duruma yönelmiştir.⁹³²

⁹²⁶ Susan C. Zuckerman, "Nonsignatories", **Dispute Resolution Journal**, August/October 2002, s.91.

⁹²⁷ 269 F.3d s.204 (3d Cir. 2000).

⁹²⁸ Dileo s.59.

⁹²⁹ Peter R. Barnett, **Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments – The Preclusive Effects of Foreign Judgments in Private International Law**, Oxford University Press, 2001, s.133 vd.

⁹³⁰ *Jones Eng'g Serv. Ltd v. Balfour Beatty Bldg. Ltd*, **Construction Law Reports**, Vol:42, 1992, s.12–13.

⁹³¹ *Willie & Co v. Ocean Laser Shipping Ltd*, 'The SMARO', **Lloyd's Rep.** 1999/1, s.225.

⁹³² Hosking, **Third Party**, s.530.

Doğrudan doğruya tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin olmamakla birlikte, tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan bir şahıs tarafından sergilenmesi durumunda tahkim anlaşmasının teşmiline yol açabilecek tutum ve davranışlara ilişkin olduğu için yer verdiğimiz *Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp v. Sulanser Company Limited* davasına⁹³³ konu olayda *Jiangxi, Sulanser*'e çimento satmayı taahhüt etmişti. Tahkim şartı da ihtiva eden satım sözleşmesi yazılı olarak hazırlanmıştı fakat taraflarca imzalanmamıştı. *Jiangxi*, taşıma esnasında vuku bulan gecikmeden ötürü sürastarya ödemek zorunda kalınca, *Sulanser* aleyhine mahkemede dava açmıştır. *Sulanser* ise, sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme tahkim itirazını kabul etmiş ve tahkim yoluna müracaat edilmiştir. Ne var ki *Sulanser*, tahkim yargılamasında şeklen geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürerek hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti, mahkemede açılan davada yazılı olarak ibraz ettiği dilekçeyle sözleşmede yer alan tahkim şartına istinat eden *Sulanser*'in, tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna karar vermiştir. *Jiangxi* hakem kararının tenfizi için Hong Kong Temyiz Mahkemesine müracaat etmiş fakat Temyiz Mahkemesi, geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmiştir. Bu kararın götürüldüğü Hong Kong Yüksek Mahkemesi ise, *Sulanser*'in mahkemede tahkim şartına istinat ettikten sonra tahkim yargılamasında aynı tahkim şartının geçerli olmadığı ileri sürmesinin çelişkili davranış yasağı uyarınca mümkün olmayacağına hükmederek Temyiz Mahkemesinin kararını bozmuştur.

iii. Kıta Avrupası Hukuku

Fransız hukukunda bir kişinin, bir başkasının zararına olacak biçimde kendisiyle çelişmeyeceği prensibi yer almakla birlikte, bu prensibin, üçüncü kişilerin tahkime tâbi kılınması bağlamında ABD'deki anlayışla uygulandığını söylemek mümkün değildir.⁹³⁴ Bu prensibin, dürüstlük kuralının, bir kişinin gerçek

⁹³³ YBCA, Vol:21, 1996, s.546 vd.

⁹³⁴ Fouchard, Gaillard, Goldman s.820 dn.187-188.

iradesi ile beyan ettiği iradesi arasında fark bulunması hâlinde gerçek iradesinin nazara alınması yönünde bir yorumu olduğu kabul edilmektedir.⁹³⁵ Bu yüzden, *âkit taraf* kavramını, '*kendi iradî davranışıyla bir sözleşmenin kuruluşunda asıl olan kişi*' şeklinde tanımlayan Fransız hukuku uyarınca bir kişi, iradesini ortaya koyan bir davranış vasıtasıyla tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınabilir. Yani *estoppel* doktrininin ABD hukukundaki fonksiyonu, sözleşmeye yönelik iradeyi ortaya koyan davranış vasıtasıyla yerine getirilmektedir.⁹³⁶

İsviçre Federal Mahkemesinin 19.5.2003 tarihli kararında⁹³⁷, davacılarından biri, sözleşmenin ve bu sözleşmede yer alan tahkim şartının tarafı olmamasına rağmen, diğer davacı ile davalı arasında akdedilmiş bulunan sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı kılınmıştır. Federal Mahkemenin, *sıradışı* olarak nitelendirilen bu kararına konu olayda iki davacı tarafından bir davalıya yöneltilmiş bir dava söz konusuydu. Birinci davacı olan (A) şirketi ile davalı arasında tahkim şartı içeren bir sözleşme mevcuttu. İkinci davacı (B), sözleşmeyi (A)'nın temsilcisi sıfatıyla imzalamıştı. Federal Mahkeme, (A) şirketinin ve (B)'nin, mahkemede dava açmayı özgürce tercih ettiklerine ve talepleri arasında herhangi bir ayırım gözetmediklerine işaret ederek; sözleşmede yer alan tahkim şartından dolayı, mahkemelerin (A) bakımından yargılama yetkisine sahip bulunmadığına ve aslında tahkim şartına taraf olmayan (B)'nin, ileri sürdüğü talepleri (A)'nın taleplerinden ayırmaması karşısında (A) ile aynı yargılamaya tâbi olma iradesine sahip bulunduğuna karar verdi. Mahkeme, (B)'nin, taleplerinin (A) ile aynı mahkemede görülmesi yönünde açıkça irade göstermiş olmasını, tahkime gitme niyetine sahip bulunduğu biçiminde yorumladı.⁹³⁸

Atina Temyiz Mahkemesinin önüne gelen 4458 sayılı davaya⁹³⁹ konu olayda, bir Yunan şirketi tarafından bir Alman şirketine konserve şeftali satımı söz

⁹³⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman s.257.

⁹³⁶ Hosking, **Third Party**, s.536–537.

⁹³⁷ **ASA Bulletin**, Vol:22, 2004/2, s.344.

⁹³⁸ Scherer, N.24–25.

⁹³⁹ **YBCA**, Vol:14, 1989, s.638–639.

konusuydu. Sözleşmeden uyuşmazlık doğması üzerine, sözleşmede öngörüldüğü üzere Hamburg Borsası tahkimine müracaat edilmiştir. Lehine hakem kararı elde eden Alman şirket, bu kararın tenfizi amacıyla Yunan mahkemelerine müracaat etmiştir. Yunan şirket, kendi adına sözleşmeyi imzalayan genel müdürün tahkim anlaşması akdetme yetkisi bulunmadığı için tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri sürerek tenfiz talebine karşı çıkmıştır. Mahkeme, gerek Alman hukukunda gerekse Yunan hukukunda tarafların, tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik herhangi bir itirazda bulunmaksızın tahkim yargılamasını yürütmeleri hâlinde, tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri süremeyeceklerini belirterek Yunan şirketin itirazını reddetmiştir. Bu içtihat, doğrudan doğruya tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline ilişkin olmamakla birlikte; tahkim yargılamasının, tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik bir itirazda bulunulmaksızın yürütülmesi hâlinde, tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini bir prensip olarak benimsemek suretiyle, tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan şahıslar açısından da uygulanabilir bir anlayışı temsil ettiği için burada yer bulmuştur.

Çelişkili davranış yasağı uyarınca tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E.9108/K.9685 sayılı ve 15.11.1995 tarihli kararına konu olayda, Bulgar şirketi tarafından hakem kararının tenfizinin talep edildiği davada ilk derece mahkemesi, esas sözleşmenin ifa nedeniyle geçerli hâle gelmesi karşısında tahkim şartının geçersizliğini ileri sürmenin MK m.2 hükmüne aykırı olacağına karar vermişti. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise satıcı Bulgar şirketi ile Türk şirketi arasında, Türk şirketinin ortaklığı temsil ve ilzama yetkili olmayan ortağı tarafından imzalanan satım sözleşmesinin ifa sebebiyle geçerli sayılmasına karşın, sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartını, sözleşmeden müstakil olarak ele almış ve tahkim şartına yönelik bir ifa hareketi bulunmadığından tahkim şartını geçersiz saymıştır.⁹⁴⁰

⁹⁴⁰ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.312–313 ve dn.266.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, davalının tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi karşısında, davalının esas sözleşmeyi ifa etmiş olmasına istinaden davacı tarafından ileri sürülen iyiniyet itirazının kabulü mümkün görülmemektedir. Buna gerekçe olarak gerek New York Konvansiyonu m.V/1/a gerekse MÖHUK m.62/a,e hükümlerinin, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını ileri sürme hakkını davalıya tanımış olması gösterilmektedir. Bu görüşe göre, yasaların hak olarak tanıdığı bir itirazın ileri sürülmesinin, hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanması mümkün değildir. Buna karşılık davalının, geçersiz olmasına rağmen *tahkim anlaşmasına yönelik ifa hareketlerinde* bulunmuş olması karşısında tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanabileceği kabul edilmektedir.⁹⁴¹ Bu bağlamda davalının, tahkim yargılaması sırasındaki bazı tutum ve davranışlarının, tahkim anlaşmasının ifasına dönük hareketler sayılması ve tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik itirazları hakkın kötüye kullanılması kapsamına sokup engellemesi olasıdır. Yargıtay'ın iki kararında⁹⁴² davacının hakemini seçip davalıya bildirmesi üzerine onun da hakemini seçip davacıya bildirmesi, tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılması için yeterli kabul edilmiş ve davalının, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazı reddedilmiştir. İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen ve Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E.2249/K.7219 sayılı ve 7.11.2002 tarihli yayınlanmamış kararıyla onanan, E.283/K.701 sayılı ve 12.6.2001 tarihli yayınlanmamış karara konu olayda, davalı taraf, kendisine bildirilen tahkim işlemleri ve gönderilen akdî yazışmalar karşısında suskun kalmasına rağmen tenfiz safhasında tahkim şartının şirket yetkilisi tarafından yapılmadığı gerekçesine dayanan itirazı dürüstlük kuralına aykırı bulunmuş ve itiraz reddedilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E.2003/6774, K.2004/3751 sayılı ve 9.4.2004 tarihli kararına konu olayda tahkim anlaşmasının vekil marifetiyle akdedilebilmesi için vekile özel olarak tahkim anlaşması akdetme yetkisinin verilmesi gerektiğini öngören Türk BK m.388/3 ve HUMK m.63 hükümlerine uyulmamasından ötürü tahkim şartının geçersiz olduğuna dair alt

⁹⁴¹ Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitler**, s.314–315.

⁹⁴² Yargıtay Ticaret Dairesi, E.1287/K.1951, T.8.6.1966: **Ankara Barosu Dergisi**, 1966/4, s.772; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.3855/K.4351, T.2.10.1979: **YKD**, 1980/2, s.245–246.

mahkeme kararı, davalının tahkim yargılaması esnasında kendisine defalarca tebligat yapılmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazında bulunmadığı ve bunun da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur.⁹⁴³ Bu paragraf kapsamında yer verilen içtihatlar, doğrudan doğruya tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin olmamakla birlikte, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline yol açabilecek hususlar ihtiva etmelerinden ötürü önem arz etmektedir. Zira bahse konu davalarda zikredilen “*davalı*”nın, üçüncü kişi olması ihtimal dâhilindedir.

Beyoğlu Ticaret Mahkemesinin, yayınlanmamış *M/V Bursa* kararına konu olayda, çarterpartide uyuşmazlık çözüm yolu olarak İstanbul’da tahkim öngörülmüştü. Konişmentoların ön yüzünde, çarterpartilerle birlikte kullanılacakları yazılıydı ve arka yüzünde ise 16.11.1994 tarihli çarterpartinin bütün hükümlerinin atıf yoluyla ithâl edildiğini öngören bir hüküm mevcuttu. Uyuşmazlık doğması üzerine sigortacı, bir taraftan İstanbul’da tahkime gidilmesini talep etmiş, diğer taraftan Beyoğlu Ticaret Mahkemesi’nde açtığı davayla, çarterpartideki tahkim şartıyla bağlı bulunmadığının tespiti talebinde bulunmuştur. Beyoğlu Ticaret Mahkemesi, tahkim talebine atıfta bulunarak, bir yandan tahkime müracaat ederek diğer yandan tahkim anlaşmasının bağlayıcı olmadığını iddia etmenin iyiniyet prensibiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Mahkeme, Türk hukukuna göre tahkime gitme yönündeki iradenin açık olması gerektiğini ve fakat çarterpartide bunun söz konusu olmadığını iddia eden davacının talebini benimsememiştir. Mahkeme ayrıca, davacının, geçerli bir yazılı tahkim anlaşması bulunmadığı iddiası kabul edilse dahi, hakemlerini tayin etmek suretiyle tarafların geçerli bir tahkim anlaşması yaptıklarını ve hakemlerin de davayı gördüğünü ifade etmiştir. Davacının, bir yıllık süre sınırını korumak amacıyla hakemini atadığı ve tahkim şartını geçerli kılma amacı taşımadığı kabul edilse dahi böyle bir niyetin mahkeme tarafından onaylanması söz konusu olamazdı. Bu itibarla, hakem tayini, tahkim şartının geçerli olduğunun kabulü addedilmiş ve karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.⁹⁴⁴

⁹⁴³ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, dn.268a, s.316–318.

⁹⁴⁴ Elveris s.628–629.

Türk hukukunda, tahkim yargılamasında görev belgesinin imzalanması aşamasında davalının, tahkim anlaşmasının geçersizliği yönünde bir itirazda bulunmadan bu belgeyi imzalamış olmasının, tenfiz safhasında tahkim anlaşmasının geçersizliğine yönelik bir itirazda bulunmasını, çelişkili davranış yasağı kapsamında mütalâa edilmek suretiyle iyiniyet kuralına aykırı hâle getireceği savunulmaktadır.⁹⁴⁵ Bu itibarla, tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan şahıslar, kendileri aleyhine başlatılan tahkim yargılamasında, kendileri tarafından akdedilmiş bir tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmeksizin görev belgesini imzalamış olmaları hâlinde, tenfiz aşamasında kendilerini bağlayan bir tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmekten men edilebilirler.

iv. Değerlendirme

Karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra davranışını değiştirmek veya yeni ve öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunmak suretiyle, karşı tarafın hukuken elverişsiz bir konuma sokulmasını hukuk düzeni kabul etmez. Çünkü karşı tarafın güvenini boşa çıkarmak, sonraki davranışla, önceki davranışı ve bunun sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak *hakkın kötüye kullanılması* anlamına gelir. Bu vesileyle, yasaların hak olarak tanıdığı bir itirazın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanamayacağı yönündeki görüşe iştirak etmediğimizi de ifade etmek isteriz. Zira kötüye kullanılması yasaklanan hususun *hak* olması karşısında, bu hakkın doğrudan kanunlar tarafından tanınmış olması ile dolaylı olarak kanunlar tarafından düzenlenen hukukî ilişkiler çerçevesinde tanınmış olması arasında bize göre bir fark bulunmamaktadır.

Ne var ki tek başına dürüstlük kuralının veya bu kuralın tezahürlerinden biri olan çelişkili davranış yasağının tatbiki vasıtasıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili kanaatimizce mümkün değildir. Zira çelişkili davranış yasağının tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline yol açtığı öne sürülen vakıalarda, esasen, tahkim anlaşmasına yönelik zımnî irade beyanı bulunduğu kanısındayız. Bir başka ifadeyle teşmil, tahkime gitmeyi reddeden tarafın daha önceki davranışlarıyla

⁹⁴⁵ Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.315 dn.268a; Akıncı, *Ünal TEKİNALP'E Armağan*, s.981.

tahkim anlaşmasına rıza gösterdiğinin ortaya konulması hâlinde söz konusu olabilir. Bunun ortaya konulabilmesi için ise, bahse konu önceki davranışın tahkim şartına yönelik olması şarttır. Yani üçüncü kişi konumundaki şahsın, tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmeye istinat etmesi veya bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve menfaatleri elde etmesi yahut yükümlülüklerin altına girmesi, tahkim anlaşmasının teşmili için yeterli değildir. Zira tahkimin istisnaî bir karaktere sahip olmasından ötürü, tahkime gitmeye yönelik iradenin ya açıkça ya da tereddüde mahâl bırakmayacak surette zımnen beyanı gerekmektedir.

Bu itibarla, yukarıda yer verilen içtihatlarda, çelişkili davranış yasağı yasağına istinaden tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan gerekçeler arasında yalnızca, mahkemede açılan davada tarafı olunmayan tahkim anlaşmasına istinaden tahkim itirazında bulunulmasının; davacının dava dilekçesinde varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına, davalı tarafından cevap dilekçesinde itirazda bulunulmamasının; tahkim yargılamasında görev belgesinin imzalanması aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği yönünde bir itirazda bulunulmadan bu belgenin imzalanmış olmasının veya davacının hakemini seçip davalıya bildirmesi üzerine onun da tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir itirazda bulunmaksızın hakemini seçip davacıya bildirmesinin, bir taraftan *çelişkili davranış yasağına* aykırılık teşkil ettiği, diğer taraftan ise bu davranışın tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketler olmaları itibariyle tahkim anlaşmasına zımnen rıza gösterildiği sonucunu doğuracağı ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline yol açacağı kanısındayız. Elbette ki bu tür vakıalarda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili aynı zamanda dürüstlük kuralının da gereğidir. Buna karşılık dürüstlük kuralı, geçersiz bir anlaşmayı geçerli hâle getirmez; sadece anlaşmanın geçersiz olduğu iddiasının ileri sürülmesini engeller. Hâlbuki bahse konu vakıalarda tahkim anlaşmasına yönelik zımnî irade beyanı vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşması kurulacağını savunuyoruz.

Bununla birlikte, davalı tarafın, kendisine bildirilen tahkim işlemleri ve gönderilen akdî yazışmalar karşısında suskun kalmasına rağmen tenfiz safhasında tahkim şartının şirket yetkilisi tarafından yapılmadığı gerekçesine dayanan itirazının

dürüstlük kuralına aykırı bulunmuş olması ve diğer bir davada, davalının tahkim yargılaması esnasında kendisine defalarca tebligat yapılmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazında bulunmaması, suskun kalan davalının tahkim yargılamasına iştirak edip etmediğinin elimizdeki verilerden anlaşılabilmesinden ötürü tam anlamıyla değerlendirilememektedir. Her iki dava bakımından da suskun kalan davalıların, tahkim yargılamasına hiç iştirak etmemiş olmaları hâlinde dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olamayacağı; zira geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığının ileri sürülmesiyle böyle bir anlaşmaya istinaden yürütülen tahkim yargılamasından imtina edilmesinde herhangi bir tutarsızlık bulunmadığı kanaatindeyiz.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili için, tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan şahsın, âkit tarafta, tahkim anlaşmasına taraf olduğu kanaatini haklı olarak uyandıracak bir davranışta bulunması ve bu davranışın tahkim anlaşmasına yönelik olması gerektiğinden: ileri sürülen taleplerin, tarafı bulunmayan tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye dayanması veya sözleşme hükümleriyle içiçe geçmiş bulunması; esas sözleşmeye taraf olunmamasına karşın ifade bulunmuş olması; sözleşmeye taraf olunmamasına rağmen, sözleşmeden doğan menfaatlerin bilerek elde edilmesi; üçüncü kişinin, tahkim anlaşmasının taraflarından biriyle önemli ölçüde bağlı olması ve planlı bir şekilde birlikte hareket etmeleri; üçüncü kişinin davaya konu edilen ihmal ve sorumluluklarının aslında sözleşme hükümlerinin ihlali niteliğinde olduğunun ileri sürülmesinin, daha sonra bu kişinin sözleşmeye taraf olmadığı gerekçesiyle tahkime dâhil olmasına itirazda bulunulmasıyla bağdaşmayacağı; bir gruba dâhil şirketlere bir sözleşme kapsamında '*bir kişi*' muamelesi yaptıktan sonra aynı şirketlerin tahkime katılmasına karşı çıkılması gibi hususlar, tahkim anlaşmasına yönelik bir tutum veya davranış bulunmadığından dolayı, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili için yeterli gerekçe teşkil etmez.

c. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

i. Genel Olarak

Belirli amaçların izlenmesini kolaylaştırmak ve desteklemek üzere, insan gibi doğal varlığa sahip bulunmayan bazı kişi veya mal topluluklarına hukuken bağımsızlık tanınmıştır. Hukuk sahasında ayrı birer hukukî varlık olarak yer alan bu teşekküller, kendilerini oluşturan kişilerden ve organlarının üyelerinden ayrı bir kişiliğe ve kendilerine ait malvarlığına sahiptir. Ne var ki tüzel kişi ile üyeleri arasındaki bu ayrılık ilkesinin mutlak biçimde uygulanmasının haksız sonuçlara yol açması da imkân dâhilindedir ve bu tür durumlarda üyelere ilişkin bazı hususların tüzel kişiye izafe edilmesi yahut tam tersine tüzel kişinin borçlarından dolayı üyelerinin malvarlığına müracaat edilmesi gündeme gelebilir.⁹⁴⁶

Şirketlerin bağımsız birer hukukî kişiliğe sahip olması, şirketler hukukunun en önemli prensiplerinden biridir ve bu temel prensip, şirketlerin; kurucularından, yöneticilerinden ve üyelerinden ayrı, yapay hukukî varlıklar olduğu faraziyesine dayanır. Ne var ki bu prensip dokunulmaz değildir. Tüzel kişinin üyelerinin, art niyetli ve hesaplı bir davranışla, sırf sorumluluktan kurtulmak için tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınmaları durumunda, alacaklıların tüzel kişilik perdesini aralamak suretiyle tüzel kişinin üyelerine uzanabilecekleri kabul edilmektedir⁹⁴⁷. Hukuk sistemlerinde perdenin kaldırılması teorisinin meşruiyet gerekçesi, hukuk kurallarının amaçları dışında kullanılmasına izin vermeyerek, tüzel kişiliğin, sorumluluktan kurtulma aracı olarak istismar edilmesini engellemektir.⁹⁴⁸ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, *bir şirketin, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından çeşitli amaçlarla kukla olarak kullanılması* özelliğine sahip durumlarda

⁹⁴⁶ Veliye Yanlı, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, 2000, s.251.

⁹⁴⁷ Rona Serozan, **Tüzel Kişiler**, 2.Bası, İstanbul, 1994, s.18; Georgina Andrews, “The Veil of Incorporation – Fiction or Façade?” **Business Law Review**, January 2004, s.4.

⁹⁴⁸ Gülören Tekinalp, Ünal Tekinalp, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul 1995, s.387; Vural Seven, Y. Can Göksoy, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi)”, **İBD**, C:80, S:2006/6, s.2458.

uygulanır⁹⁴⁹. Esas itibariyle Anglo Sakson hukukuna ait bulunan⁹⁵⁰ bu teori, perdenin önündeki tüzel kişiyi ve bu tüzel kişinin ayrı hukukî kişiliği bulunduğu savunmasını nazara almayarak, perdenin arkasındaki gerçek veya tüzel kişiyi sorumlu tutmaya imkân verir.⁹⁵¹

Doktriner bazda sorgulandığında, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin, *'hakkı kötüye kullanma yasağı'* nın yani *'dürüstlük kuralı'* nın bir tezahürü olduğu ifade edilmektedir⁹⁵². Hile ve daha genel olarak, hakların suistimali, hakem heyetlerinin tüzel kişilik perdesini kaldırırken dayandıkları en temel esastır. 1983 senesinde verilen bir *ad hoc* hakem kararında⁹⁵³, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrininin, iyiniyet prensibine ve hakların suistimali kavramına dayandığı açıkça ifade edilmiştir.⁹⁵⁴ Bu itibarla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin, dürüstlük kuralı başlığı altında ele alınmasının uygun olacağı kanısındayız.

Yasama ve yargı erkleri, şirket tüzel kişiliğinin hile aracı veya maske olarak kullanıldığı hallerde bu perdeyi kaldırma arzularını nortaya koymuştur. Meselâ *Salomon v. Salomon* davasından⁹⁵⁵ bu yana şirketlerin bağımsız birer hukukî kişiliğe sahip olması prensibinin hâkim bulunduğu İngiltere'de⁹⁵⁶, *Trustor AB v Smallbone* davasında⁹⁵⁷ şirketin, bireylerin sorumluluklarını örtmek veya engellemek amacıyla bir vasıta veya maske olarak kullanılması hâlinde tüzel kişilik perdesinin

⁹⁴⁹ Sandrock, **Non-Signatories**, s.172; Werner F. Ebke, "Die Konzernierung im US-amerikanischen Recht", **Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich**, Baden-Baden 1991, s.321-322.

⁹⁵⁰ Thompson s.383.

⁹⁵¹ Eisen s.42; Sandrock s.166; David S. Bakst, "Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: The Case for the Proposal Civil Liability Directive", **Boston College International and Comparative Law Review**, Vol:19, No:2, 1996, s.323; Note: "Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law", **Harvard Law Review**, Vol:95, 1982, s.853; McKinnis s.204.

⁹⁵² Tekinalp, Tekinalp s.395-397.

⁹⁵³ **YBCA**, Vol:12, 1987, s.63 vd.

⁹⁵⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts-Parties-Issues**, s.278.

⁹⁵⁵ **App. Cas.**, 1897/1, s.22.

⁹⁵⁶ Prentice s.315.

⁹⁵⁷ **All ER**, 2000/1, s.811.

kaldırılabilirliğine ve davadaki koşulların tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirdiğine hükmedilmiştir.⁹⁵⁸

Perdenin arkasındaki şirketin, yabancı bir kukla şirketin tüzel kişiliğinin arkasına saklanmak amacıyla hareket etmesinin arkasında farklı hedefler bulunabilir: perdenin arkasındaki şirket; tâbi olduğu ambargo, boykot veya düşmanla ticaret yasağı gibi düzenlemeleri atlatmak yahut ödemek zorunda kaldığı fakat kukla şirketin muaf olacağı vergilerden, gümrüklerden veya kamu ücretlerinden kaçınmak istiyor olabilir. Aşırı borçlu olan ve aciz yahut iflâs hallerine yakın olan bir gerçek kişinin, malvarlığını, bir yabancı kukla şirkete devrettiği takdirde, bu devrin arkasındaki niyet, malvarlığını alacaklılar tarafından yapılacak hacizlerden kurtarmaktır. Diğer âkit tarafın bilgisi dâhilinde birisinin kimliğini yabancı bir kukla şirket arkasına saklamak da söz konusu olabilir. Uluslararası ticarete bu tarz kukla şirket işlemleri, politik gerekçelerle kimliklerini ticarî işlerde ifşa edemeyen ve bu yüzden uluslararası ticarî akitlere dâhil olabilmek ve böylece toplumlarının ihtiyaçlarını karşılamak için hukukî vasıta olarak kukla şirket kullanan hükûmetlerce de gerçekleştirilmektedir. İşte bu yabancı kukla şirketin bir tahkim anlaşması akdetmiş olması hâlinde çok önemli bir soruyla karşılaşmaktadır: Bu tahkim anlaşmasının diğer tarafı sadece, haczedilecek herhangi bir malvarlığı değerine sahip bulunmayan ve muhtemelen bir posta kutusundan ibaret kukla şirkete karşı değil, bütün işin beyni olan ve haczedilecek malvarlığı değerini elinde bulunduran, perdenin arkasındaki gerçek veya tüzel kişiye karşı tahkim talebinde bulunmaya yetkili midir? Şimdiye dek cevaplanmadığı ifade edilen⁹⁵⁹ bu can alıcı sorunun, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi çerçevesinde cevaplanması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁶⁰

Dava evvel ele aldığımız grup şirketler teorisi uygulamasında, iki şirket arasındaki ilişki nazara alınmak suretiyle, bu şirketlerden biri tarafından akdedilen

⁹⁵⁸ Andrews s.4.

⁹⁵⁹ Sandrock, **Non-Signatories**, s.174–176.

⁹⁶⁰ Khadjavi–Gontard, Hausmann, “Haftungsdurchgriff auf ausländische Staaten”, **RIW** Vol.29 (1983) s.1 vd.; Sandrock, **Non-Signatories**, s.177–179.

tahkim şartı, ana veya yan şirket olduğu gerekçesiyle diğer şirkete teşmil edilmektedir. İlk bakışta, grup şirketler teorisinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bir versiyonu olduğu akla gelebilir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan teorilerin içiçe geçmiş olduğu vakası da bu görünüşü destekler. Fakat iki teori arasında gayet açık bir farklılık bulunduğu kabul edilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması genellikle hile ve hakların suistimali konularıyla sınırlı kabul edilir. Hakem heyetleri ve mahkemeler, grup yapısını uygun biçimde kullanma hakkının altını çizmişlerdir. Bu bakımdan, şirketin, vergi veya diğer sebeplerden ötürü bir araç olarak kullanılması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve tahkim şartının ilgili hissedarlara teşmili için yeterli bir gerekçe teşkil etmez.⁹⁶¹ Ana şirket ve bunun yan şirketi, ayrı ve müstakil hukukî varlıklardır ve bu yüzden, yan şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşması ana şirketi tahkime gitmekle yükümlü kılmaz. Ne var ki ortada bir hile yahut hakkın kötüye kullanılması durumu bulunması hâlinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve perdenin arkasındaki şirketin tahkime gitmekle yükümlü kılınması ihtimali gündeme gelir. Bunun yanında, koşulların gerektirmesi hâlinde şirketin bir yöneticisinin veya hissedarının da, şirketin taraf olduğu tahkim anlaşmasına istinaden tahkime dâhil edilmesi söz konusu olabilir. Yargı mercileri, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının perdenin arkasında kalan kişiye teşmili için, ilgili gerçek kişi ve şirket arasında, ayrı birer hukukî kişi olmadıklarını ortaya koyacak derecede menfaat birlikteliği bulunmasını ve hukuken ayrı birer kişi olmalarının hileye veya haksızlığa yol açmasını aramakta; şirket formalitelerinin ihmal edilip edilmediğini, gerçek kişi ve şirketin aynı yer ofis olarak kullanıp kullanmadığını, gerçek kişiye ve şirkete ait mal veya paranın karışıp karışmadığını ve şirkete ait mal veya paranın, üçüncü kişi için kullanılıp kullanılmadığını incelemektedir.⁹⁶²

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tatbiki suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin detaylı bir biçimde irdelendiği 5721 sayılı ICC davasında bir işveren, ana yüklenici (*B*)*Egypt* ile bir sözleşme akdetmiş ve

⁹⁶¹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.298; Thompson s.380.

⁹⁶² Eisen s.43.

Avrupalı şirket (SA)'yı alt yüklenici tayin etmiştir. (SA), kendisini bir ABD şirketi olan (B)USA'in Mısır'da kurulu yan şirketi olarak takdim eden ve başkanı Bay (C) tarafından temsil edilen (B)Egypt ile iki alt sözleşme akdetmiştir. Bay (C) her iki sözleşmeyi (B)Egypt adına imzalamıştır. (B)Egypt yükümlülüklerini ifa etmemiş ve bundan ötürü işveren, projenin sorumluluğunu (SA)'ya tevdi etmeye karar vermiştir. Bunun üzerine (B)Egypt, (SA) tarafından sağlanan garantilere başvurmuştur. (SA) ise; (B)USA, (B)Egypt ve Bay (C) aleyhine Cenevre'de tahkim yargılaması başlatmış ve hakem heyetinden, alt sözleşmelerin feshine ve garanti mektuplarının hükümsüzlüğüne karar vermesini de talep etmiştir. (B)USA, sözleşmenin sadece (B)Egypt tarafından akdedildiğini ve hakem heyetinin kendisi hakkında yargılama yetkisine sahip olmadığını iddia etmiştir. Sonra (B)Egypt'in, tüzel kişiliği bulunmayan bir şube olduğu ortaya çıkmıştır. Bundan dolayı hakem heyeti, (B)USA'in, Mısır'daki şubesi vasıtasıyla alt sözleşmeleri imzaladığına ve dolayısıyla (B)USA hakkında yargılama yetkisine sahip bulunduğuna hükmetmiştir. Diğer taraftan Bay (C), (B) 'nin başkanı sıfatıyla imzaladığı alt sözleşmelere taraf olmadığı için, hakem heyetinin kendisi hakkında yargılama yetkisinin bulunmadığını iddia etmiştir. Hakem heyeti bu konuda karar verirken iyiniyet kuralını ve uluslararası ticarî örf ve âdeti (*lex mercatoria*) uygulamıştır. Hakem heyeti ayrıca tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin ABD, Mısır ve İsviçre hukukundaki durumu incelemiş ve şu sonuca varmıştır: *“ABD’de tüzel kişilik perdesi, yan şirketin ana şirketin sadece bir enstrümanı olması yani taraflardan birinin aslında bir başkasının kontrolündeki bir enstrüman olması gibi özel durumlarda kaldırılabilir... Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı... sınırlı sorumluluk prensibinin âdil olmayan durumlara sebep olduğu hallerde haklılık kazanır. İsviçre hukukunda... perdenin kaldırılması teorisi, hukukun suistimalinin yasaklanmasına dayanır... Bir şirketin bağımsızlığı ancak hileyle kullanıldığı yani iyiniyet prensibine aykırı olması gibi istisnâî durumlarda görmezden gelinebilir... Mısır hukuku bu genel prensiplerle çelişmez. O da iyiniyet prensibine kati önem verir ve hukukun suistimalini cezalandırır...”* Daha sonra hakem heyeti, tahkim şartının teşmilinin tâbi olacağı prensipleri ortaya koymuştur: *“Tahkimin esas itibariyle rızaya dayandığını eklemek gerekir. Yani tahkim şartının uygulanma alanının genişletilmesi iradî bir temele dayanmak zorundadır. Elbette ki böyle bir iradenin zımnî olması da mümkündür,*

aksi takdirde teşmil tartışmalarının anlamı olmazdı. Fakat diğer yandan, teşmil, üçüncü kişinin davranışını cezalandırma yöntemi olarak vuku bulmamalıdır. Böyle bir davranış, ilgili tarafın, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ileri gelen iddialarını ileri sürebileceği mahkemelere bırakılmalıdır. Özetle iki şirketin aynı gruba ait olması yahut tek bir hissedarın hâkim konumda bulunması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını yasal yönden haklı kılmaya yeterli değildir. Bununla birlikte akdî ilişkiyle ilgili özel bir durumda bir şirketin veya bir ferdin asıl konumda bulunması hâlinde tarafların yasal bağımsızlıklarının, istisnaî olarak, gözardı edilip edilemeyeceğini dikkatlice incelemek uygun olur. Bu istisna, karmaşanın, grup ya da hissedarların büyük çoğunluğu tarafından teşviki hâlinde kabul edilecektir.” Hakem heyeti bu prensipleri davaya tatbik ederek, Bay (C) ve (B) şirketi arasındaki karmaşanın varlığının ortaya konulamadığına ve bu yüzden tahkim şartının Bay (C)’ye teşmil edilemeyeceğine karar vermiştir: “...tahkim şartının, yetkisi dâhilinde hareket eden bir yönetici veya müdüre teşmili konusunda çok tedbirli olunmalıdır. Böyle bir teşmil, sunî kişinin imzaladığı sözleşmelerin ve bulunduğu taahhütlerin gerçek kişiye isnat edilebilmesi amacıyla sunî kişinin, gerçek kişinin enstrümanından başka bir şey olmadığını farz eder. Bu davada, yukarıda sayılan faraziyeler bu bakımdan tam bir kesinlik sağlamaz.” Hakeme göre: “...davacının, (B) vasıtasıyla Bay (C) ile anlaşma yapmaya ya da Bay (C)’nin tahkim anlaşmasına şahsen taraf olmaya niyetlendiği belirli değildi. Eğer davacı, hile veya (B)’in mallarının tahsis edilmesi yahut dağıtılması gibi diğer bir davranış yüzünden Bay (C)’nin sorumluluğunu bahis konusu etmişse, yetkili mahkemede Bay (C) aleyhine dava açmalıdır: Tahkim şartının teşmili, iradî bir temele oturmak zorundadır.”⁹⁶³

ii. Anglo Sakson Hukuku

İngiliz hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin özü, konuya ilişkin temel kararlardan birinde⁹⁶⁴ şöyle ifade edilmektedir: Şirketler, kendilerini kuran şahıslardan hukuken ayrı kişilerdir ve aynı şahıslar tarafından idare edilmelerine, menfaatlerin aynı şahıslar tarafından elde edilmesine rağmen, hukuken

⁹⁶³ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.291; Jarvin, **Group of Companies**, s.199.

⁹⁶⁴ *Saloman v. Saloman*, AC, 1897, s.22.

bu kişilerin temsilcisi veya yeddiemini değillerdir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği bazı durumlar mevcuttur. Meselâ şirketin sadece hile veya sahtekârlık için bir araç işlevi görüyor olması hâlinde hissedarlar ve/veya yöneticiler şirketin borçlarından şahsen sorumlu tutulabilir. Bir yöneticinin, *ultra vires* prensibi kapsamında bir faaliyette bulunması veya belirli bazı kanunî yükümlülükleri ihlal etmesi gibi haller bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bir hissedar da, gölge yönetici olduğu anlaşıldığı takdirde, şahsen sorumlu olabilir. Gölge yönetici, emir ve talimatlarıyla yöneticileri yönlendiren kimse olarak tanımlanmaktadır. Meselâ hissedar, bir gölge yönetici olarak, şirketin, altından kalkamayacağını bildiği yahut bilmesi gerektiği borçların altına girmesine neden olduğu takdirde, şirketin bu borçlarından şahsen sorumlu tutulabilir.⁹⁶⁵

ABD hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında iki aşamalı bir formül kullanılmaktadır. Birinci aşama, farklı gerçek ve tüzel kişiler bulunduğu vakıasının ortadan kalktığını gösterir derecede bir menfaat ve mülkiyet birlikteliğinin mevcudiyetidir. İkinci aşama ise, mevcut davranışların sadece tüzel kişiye atfedilmesinin hakkaniyetsiz bir sonuç doğurmasıdır.⁹⁶⁶ *Flynt Distributing Co v. Harvey* davasında⁹⁶⁷ mahkeme, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulayabilmek için, şirket ile gerçek kişiler arasındaki menfaat ve mülkiyet birliğinin, ortada farklı hukukî kişiliklere sahip ayrı kişiler bulunduğu vakıasını unutturacak derecede olması ve ayrı tüzel kişilik vakıasına itibar edilmesinin adaletsiz sonuçlara yol açacağını saptaması gerektiğini işaret etmiştir.⁹⁶⁸

Hakkaniyet gerektirdiği gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve böylece tahkim şartının, perdenin arkasındaki şirkete teşmili sonucuna varılan *McCarthy v. Azure* davasında⁹⁶⁹ Temyiz Mahkemesi, tek hissedar konumundaki üçüncü kişinin, şirketle davacı arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartına

⁹⁶⁵ Taylor s.4.

⁹⁶⁶ Bakst s.324; Note: “Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law”, **Harvard Law Review**, Vol:95, 1982, s.854.

⁹⁶⁷ 734 F.2d s.1393 (9th Cir. 1984).

⁹⁶⁸ Sandrock, **Group of Companies**, dn.87.

⁹⁶⁹ 22 F.3d s.363 (1st Cir. 1994).

istinaden tahkime gitme talebinin, aslında resmî yargıdan kaçınma çabası olduğuna karar vermiştir. Tek hissedar olan davalı, âkit taraf olan şirketin *alter egosu* olduğunu ve bundan dolayı tahkime gitme hakkı bulunduğunu iddia etmiştir. Mahkeme bu iddiayı reddetmiş ve şirketin, tahkim anlaşmasını kendi tüzel kişilik sıfatıyla imzaladığına ve bu yüzden tek hissedarın, şirketin taraf olduğu tahkim anlaşmasını icra hakkı bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin hakkaniyete dayandığını ve bu yüzden ancak hakkaniyet gerektirdiği takdirde başvurulabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre davada hissedar, şirket tüzel kişiliğinin arkasına saklanmak suretiyle resmî yargıdan kaçınmayı amaçlıyordu ki buna müsaade edilemezdi.⁹⁷⁰

Bir şirketin, diğer bir şirketin *alter egosu* veya enstrümanı olup olmadığının belirlenmesi için incelenecek hususlara yer verilen *Monumental Life Insurance Co v. R.A.J. Holdings Inc* davasında⁹⁷¹; şirket ve hissedar paralarının birbirine karışması, ortaklık formalitelerinin yerine getirilmesinde ihmal, yetersiz sermaye, ayrı banka hesapları veya muhasebe kayıtları bulunmaması ve hissedar yahut yönetim toplantılarının düzenli yapılmaması gibi durumlar, bir şirketin, bir başka şirketin *alter egosu* olup olmadığının tayininde nazara alınacaktır.⁹⁷² Bir şirketin, tamamen bir başka şirketin hâkimiyetinde bulunması hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim şartının, perdenin arkasında kalan şirkete teşmiline hükmedilen *Coastal States Trading v. Zenith Navigation SA* davasında⁹⁷³ mahkeme, ana şirketin, tarafı olmadığı bir tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınabilmesi için, yan şirketi, kendine ait bir iradesi bulunmayacak derecede hâkimiyet altında bulundurduğunun ortaya konulması gerektiğini işaret etmiştir. Kuklacı, hâkimiyeti altındaki şirketin faaliyetlerinin içine, hâkimiyeti altındaki şirketin, kuklacının oyun sahası olan perdeden öte bir şey olmadığını ortaya koyacak derecede girmiş

⁹⁷⁰ Dileo s.46–47.

⁹⁷¹ 1999 US Dist. LEXIS 13035, *2.

⁹⁷² Bishop, Dimitroff, Miles s.680–681; Dileo s.45; Bagot, Henderson s.449.

⁹⁷³ 446 F.Supp. s.330 (SDNY 1977).

olmalıdır. Mahkemeye göre ancak bu tür hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması mümkün olacaktır.⁹⁷⁴

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim şartının teşmili talebinin kabul edildiği *Carte Blanche (Singapore) Pte Ltd v. Diners Club Int'l Inc* davasına⁹⁷⁵ konu olayda, *Carte Blanche (Singapore)* ile *Carte Blanche International* arasında akdedilen ve tahkim şartı da içeren franchise sözleşmesi uyarınca *Carte Blanche (Singapore)*, *Carte Blanche* kredi kartlarını Malezya, Singapur ve Brunei'de pazarlama yetkisine sahipti. *Carte Blanche (Singapore)*, bahse konu franchise sözleşmesinin ihlal edildiği iddiasıyla *Carte Blanche International* aleyhine tahkim talebinde bulunmuştur. Hakem kararı *Carte Blanche (Singapore)* lehine verilmiş ve mahkeme tarafından da onanmıştır. Ne var ki *Carte Blanche (Singapore)*, kararda belirtilen tazminatı *Carte Blanche International*'dan tahsil edememesi üzerine *Carte Blanche International*'ın ana şirketi olan *Diners Club* aleyhine mahkemede bir dava açarak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını ve hakem kararının *Diners Club* aleyhine tenfizini talep etmiştir. Bölge mahkemesi bu talebi reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, *Diners Club* ile *Carte Blanche International* arasındaki etkileşimi incelemiş ve ana şirketin yan şirket üzerindeki hâkimiyet ve idaresinin, tüzel kişilik vakıasının görmezden gelinmesine neden olabilecek derecede olup olmadığına odaklanmıştır. Temyiz Mahkemesi, *Carte Blanche International*'ın şirket kayıtları, yönetici konumunda herhangi bir elemanı, maaşlı bir çalışanı, müstakil bir ofisi, malvarlığı ve kendine ait bir antedi bulunmadığını işaret ederek ve *Carte Blanche International*'ın sağladığı gelirin *Diners Club*'e gittiğine ve *Carte Blanche International*'ın neden olduğu masrafların *Diners Club* tarafından ödendiğine dikkat çekerek, bölge mahkemesinin kararını bozmuş ve hakem kararının ana şirket *Diners Club* aleyhine tenfizine hükmetmiştir.

National Development Company v. Adnan M. Khashoggi davasına⁹⁷⁶ konu olayda, Filipinler Devletine ait *National Development* ile *Adnan Khashoggi*'ya ait

⁹⁷⁴ Sandrock, **Group of Companies**, dn.87.

⁹⁷⁵ 2 F.3d s.24, 29 (2d Cir. 1993); **Dispute Resolution Journal**, March 1994, s.4-5.

⁹⁷⁶ **YBCA**, Vol:18, 1993, s.506 vd.

Triad Holding, bir *joint-venture* kurulması konusunda müzakere yürütmüşler ve 16.5.1984 tarihinde *National Development*, *Triad Holding* ve birlikte kurdukları *Triad Asia Limited* arasında bir ortaklık sözleşmesi akdedilmiştir. Bu sözleşmede, *Triad Asia* hisselerinin ve *Triad Asia*'nın tasfiyesi hâlinde, kalan miktarın *National Development* ile *Triad Holding* arasında yarı yarıya paylaşılması öngörülmüştür. 22.11.1984 tarihinde taraflar arasında tahkim şartı da ihtiva eden bir sözleşme imzalanmıştır. 17.3.1986 tarihinde *National Development* ile *Triad Holding*, *Triad Asia*'yı tasfiye etmeye karar vermişler ve *National Development*, *Triad Asia*'nın bankasına, *Triad Asia*'nın hesabında kalan miktarı *Triad Holding*'in hesabına aktarması talimatı vermiştir. Bu transferden sonra *Triad Holding*, *Triad Asia*'nın yarı hissesini *National Development*'in yan şirketlerinden *Philippine Associated Smelting & Refining Corp*'a transfer edecektir. Bu transfer'in gerçekleşmemesi üzerine *National Development* tarafından *Triad Holding* ve *Adnan Khashoggi* aleyhine tahkime müracaat edilmiş ve Kasım 1986'da *National Development*, *Adnan Khashoggi*'yı tahkime gitmeye zorlamak amacıyla New York mahkemelerinde dava açmıştır. Mahkeme, *Adnan Khashoggi*'nin tahkime gitmesi gerektiği yönünde karar vermiş, fakat *Adnan Khashoggi* tahkim yargılamasına katılmamıştır. Hakem heyeti Nisan 1989'da verdiği kararda, *Adnan Khashoggi* ile *Triad Holding*'in müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Hakem kararının tenfizi davasında *Adnan Khashoggi* tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ileri sürerek itirazda bulunmuştur. Mahkeme, bir gerçek veya tüzel kişinin, tahkim anlaşmasına taraf olan bir başka tüzel kişinin *alter egosu* olduğunun sübutu hâlinde bu tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınabileceğini işaret ederek bu itirazı reddetmiş ve hakem kararının *Adnan Khashoggi* aleyhine tenfizine karar vermiştir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının, perdenin arkasında kalan şirkete teşmilinin mümkün olmadığı sonucuna varılan *Oriental Commercial and Shipping Co Ltd (Saudi Arabia) and Oriental Commercial and Shipping Co Ltd (UK) v. Rosseel (Belgium)* davasında⁹⁷⁷ Belçika şirketi *Rosseel*, *Oriental-UK* tarafından taahhüt edilen petrolün teslim edilmemesi üzerine hem

⁹⁷⁷ YBCA, Vol:12, 1985, s.532.

Oriental-UK hem de bunun yan şirketi *Oriental-Saudi Arabia* aleyhine tahkim talebinde bulunmuştur. Yan şirketin sermayesi ana şirketin hâkimiyeti altında değildi ve fakat her iki şirket de aynı aileye (*Bokhari*) aitti. *Oriental-Saudi Arabia* bu talebe itiraz etmiştir. *Rosseel, Oriental-Saudi Arabia*'nın, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi gereğince tahkim anlaşmasının tarafı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, ayrı tüzel kişilik vakiasının, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi kapsamında görmezden gelinmesi için, ayrı tüzel kişiliklerin artık namevcut olduğunu ortaya koyacak türden bir menfaat ve mülkiyet birliği bulunduğuna ve ayrıca tüzel kişilik perdesinin kaldırılmamasının adaletsizliğe yol açacağına ikna olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, vakıalar, *Oriental-Saudi Arabia*'nın tahkim anlaşmasının tarafı olduğunun kabulü için yeterli değildi.⁹⁷⁸

Ortada bir hâkimiyet altında bulunma durumu yahut hakkaniyetsizlik bulunmadığı için tüzel kişilik perdesinin kaldırılamayacağı sonucuna varılan *Kaplan v. First Options of Chicago Inc* davasında⁹⁷⁹ mahkeme, tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmenin taraflarından birinin, diğer tarafın başhissedarını ve şirket başkanını tahkime dâhil edebilmek için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebini reddetmiştir. Mahkeme, şirket başkanının, bir proje anlaşmasının parçaları olan, kredi sözleşmesini şirketin organı sıfatıyla ve sözleşmenin kurulduğuna ilişkin mektubu şahsı namına imzalamasının, hiçbir surette şirket başkanının kredi sözleşmesindeki tahkim şartıyla şahsen bağlanmaya yönelik irade beyanı olarak kabul edilemeyeceğine işaret etmiştir. Karar, Yüksek Mahkeme tarafından onanmıştır⁹⁸⁰. Yüksek Mahkeme, tahkimin, esasen taraflar arasındaki sözleşmeyle ilgili ve sadece taraflarca tahkime tâbi kılınmış uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir yol olduğunun ve bir tarafın ancak tahkime tâbi kılınmasını kabul ettiği uyuşmazlıklar için tahkime gitmeye zorlanabileceğinin altını çizmiştir.⁹⁸¹

⁹⁷⁸ Rubino-Sammartano s.170-171; Van Den Berg, *Commentary* 1987, s.419; Tweeddale, Tweeddale, s.162-163.

⁹⁷⁹ 19 F.3d s.1503 (3d Cir. 1994).

⁹⁸⁰ 115 S.Ct. s.1920 (1995).

⁹⁸¹ Townsend s.24; Bennett s.12; Hanotiau, *Multiple Contracts-Parties-Issues*, s.271, 288; Reisman, Craig, Park, Paulsson, s.502-507; William W. Park, "Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators", *The American Review of International Arbitration*, Vol:8, 1997, s.136; Alan Scott Rau, "The Arbitrability Question Itself", *The*

Tahkim şartının tarafı olmayan şirketlerin, tahkim şartına taraf şirketin *alter egosu* olduğu gerekçesiyle ileri sürülen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinin reddedildiği *Builders Federal v. Turner* davasında⁹⁸² mahkeme, *Builders*'in, iki *Turner* şirketini Singapur'da tahkime gitmeye zorlama talebiyle karşılaşmıştı. Bahse konu iki *Turner* şirketi, *Builders* ile arasında Singapur'da bir inşaat yapımına ilişkin olan ve tahkim şartı içeren bir sözleşme bulunan *Turner East Asia*'nın sahibiydi. *Builders*, bahse konu iki *Turner* şirketinin, *Turner East Asia*'nın *alter egosu* olduğunu ileri sürdü. Mahkeme, tahkim yargılamasının, sözleşmede taraf olarak zikredilen kişiler arasında cereyan etmesi gerektiğine ve hakem kararının tatmin edici olmaması hâlinde üçüncü kişi aleyhine resmî yargıya başvurulabileceğine işaret ederek, bahse konu iki *Turner* şirketinin tahkim yargılamasına tâbi olmayacağına karar vermiştir.⁹⁸³

Bir Alman kömür ihracatçısı ile bir bankanın *alter egosu* olduğu iddia edilen bir Liberya şirketi arasındaki, tahkim şartı da ihtiva eden navlun sözleşmesinin ihlalden kaynaklanan uyuşmazlığın konu edildiği *Fisser v. International Bank* davasında⁹⁸⁴ mahkeme, bankanın, 1952 tarihinde yürürlükte bulunan FAA'nın aradığı yazılı tahkim şartını imzalamadığı için tahkim yargılamasına dâhil edilemeyeceğine karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi ise, tahkime gitme yükümlülüğünün sadece tahkim şartını bizzat imzalayan kişilere ait bulunmadığına, imzası bulunmayan kişilerin de tahkim şartıyla bağlı olabileceğine işaret ederek, olayda Liberya şirketinin, bankanın *kuklası* olarak hareket ettiğine ve bu yüzden *kukla* tarafından imzalanmış tahkim şartının *kuklacıya* teşmil edilebileceğine karar vermiş ve alt mahkeme kararını bozmuştur.⁹⁸⁵

American Review of International Arbitration, Vol:10, 1999, s.289–290; Alan Scott Rau, “Everything You Really Need to Know about ‘Seperability’ in Seventeen Simple Propositions”, **The American Review of International Arbitration**, Vol:14, 2003, s.90–91.

⁹⁸² **YBCA**, Vol:13, 1988, s.556 vd.

⁹⁸³ Albert Jan Van Den Berg, “New York Convention of 1958 Commentary Cases Reported in Volumes XIII (1988) – XIV (1989)”, **YBCA**, Vol:14, 1989, s.568.

⁹⁸⁴ 282 **F.2d** s.231 (2d Cir. 1960).

⁹⁸⁵ Uloth, Rial s.597–598.

7626 sayılı ICC davasında⁹⁸⁶ tahkim anlaşmasının tarafları (B) şirketi ve bir holding olan (A)-Europe idi. (B) tarafından, (A)-Europe ve onun bir parçası olan (A) şirketi aleyhine tahkim yargılaması başlatıldı. (B), (A)'nın, (A)-Europe'un *alter egosu* olduğunu ve gerek sözleşme gerekse menfaat bakımından asıl âkit tarafın (A) olduğunu ya da en azından (A)-Europe'un, (A)'nın gizli temsilcisi olarak hareket ettiğini ve böylece (A)'nın, temsilcisinin fiillerinden sorumlu kılınması gerektiğini iddia etti. (B) ayrıca, bütün müzakerelerin (A) tarafından yürütülmesine ve (A)-Europe'un sözleşmeye sonradan ve sadece finansal garantör sıfatıyla dâhil olmasına da dayandı. Tahkim yerinin Londra olduğu davada hakem heyeti, (A) bakımından yargılama yetkisinin bulunmadığına hükmetti. Hakem heyeti, tüzel kişilik perdesini kaldırmaksızın aksi bir sonuca ulaşmasının mümkün olmadığını belirterek *Adams v. Cape Industries* davasındaki yaklaşımı benimsemiştir. O davadaki karar şöyle idi: “Mahkemenin, sadece şirketler grubuna üye olan davalı şirket hakkında, şirket yapısının, grubun gelecekteki faaliyetleri bakımından hukukî sorumluluğun, grubun, davalı şirketten farklı bir üyesinin üzerine düşmesini sağlamak amacıyla kullanıldığı gerekçesiyle tüzel kişilik perdesini kaldırmaya yetkili olmasını kabul etmiyoruz. Arzu edilsin yahut edilmesin, şirket yapısını bu surette kullanma hakkı şirketler hukukumuzda mevcuttur.” Ne var ki Temyiz Mahkemesi, davalının, şirket yapısını kullanmak suretiyle emredici yasal hükümlerden veya üçüncü kişilerin mevcut haklarını yerine getirmekten kaçınmaya çalışması halleriyle sınırlı olmak üzere tüzel kişilik perdesini kaldırma yetkisine sahip bulunduğunu kabul etmiştir.⁹⁸⁷

Avustralya mahkemelerinin, ayrı tüzel kişilik vakiasını nazara almaya daha istekli görünmelerine rağmen, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini tatbik etmek suretiyle perdenin arkasındaki şirketi tahkim anlaşmasıyla bağlı kıldığı durumların mevcut olduğu ifade edilmektedir. Meselâ *Brewarrana Pty Ltd v. Commissioner of Highways* davasında⁹⁸⁸ mahkeme, tahkim şartına taraf olan şirket üzerinde belirli derecede hâkimiyete sahip olan hissedarların da tahkim şartıyla bağlı olduğu sonucuna varmıştır. *Sharrment Pty Ltd v. Official Trustee in Bankruptcy*

⁹⁸⁶ YBCA, Vol:22, 1997, s.132 vd.

⁹⁸⁷ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.283–284.

⁹⁸⁸ (1973) 4 SASR s.476.

davasında⁹⁸⁹ ise, tahkim anlaşmasının akdolanması esnasında ortaklık yapısının perde olarak kullanıldığına sâbit olması hâlinde perdenin arkasındaki şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı olacağı sonucuna varılmıştır.⁹⁹⁰

7626 sayılı ICC davasında⁹⁹¹ alıcı Hindistan şirketi ile satıcı Avusturya şirketi arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmalıkta hakem heyeti, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumundaki bir şahsa teşmili talebini Hindistan hukukuna tâbi tutmuş ve hile yahut sahtekârlık amacıyla kurulduğu sabit olmadıkça, bir şirketin sahip olduğu hukukî kişiliğe riayet edilmesi gerektiğine ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına mahâl bulunmadığına karar vermiştir.⁹⁹²

iii. Kıta Avrupası Hukuku

Kıta Avrupası Hukukuna sahip ülkelerde, prensip olarak, tüzel kişilerin, hissedarı olan gerçek ve tüzel kişilerden farklı birer hukukî kişilik oldukları kabul edilmektedir. Bu itibarla hissedarların yükümlülükleri ile tüzel kişinin yükümlülükleri birbirinden tamamen ayrıdır. Ne var ki bu prensibin istisnası bulunmaktadır. Daha önemli menfaatlerin korunmasının gerekli olduğu hallerde, ayrı tüzel kişilik vakıasının gözardı edilmesi ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olabilmektedir. Bunun en temel gerekçesi, tüzel kişinin, hissedarları tarafından, akdî yükümlülüklerden kurtulmanın veya hile yapmanın bir vasıtası olarak kullanılmasının önüne geçilmesidir. Kıta Avrupası ülkelerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında *ekonomik birlik teorisi* kullanılmaktadır. Bu teori uyarınca, hukuk kurallarından ziyade ekonomik vakıalara odaklanılmakta ve aynı hissedar(lar)ın hâkimiyet ve idaresi altında bulunmaları hâlinde, birden çok tüzel kişiye tek bir tüzel kişi muamelesi yapılmaktadır.⁹⁹³ Buna karşılık, tüzel kişilik

⁹⁸⁹ (1988) 18 FCR s.449.

⁹⁹⁰ Clayton Uz, "Australia", *Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide*, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.15.

⁹⁹¹ YBCA, Vol:22, 1997, s.132.

⁹⁹² Busse s.120.

⁹⁹³ Bakst s.338–339.

perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının, perdenin arkasında kalan kişiye teşmilinin kabul edilmediği içtihatlar da mevcuttur.

Paris Temyiz Mahkemesinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının, perdenin arkasındaki şahsa teşmil edildiği hakem kararını iptal ettiği 26.7.2003 tarihli kararına konu olayda, Antigua şirket *AVC Shipping and Management Services Ltd* ile Moritanya şirketi *ARCOT*'u temsilen müdür Bay (M) arasında, Moritanya hukuku çerçevesinde bir şirket (*AVCO*) kurulması konusunda, tahkim şartı da içeren bir sözleşme akdedilmiştir. Daha sonra *AVC Shipping* tarafından Bay (M) aleyhine ICC tahkimine müracaat edilmiş, Bay (M) ise, kendisine karşı bir tahkim yargılamasının yürütülemeyeceğini ileri sürerek itirazda bulunmuştur. Davaya bakan hakem, *ARCOT*'un müdürü olarak Bay (M)'nin şahsen sorumlu olup olmayacağına karar verme yetkisi bulunduğuna hükmetmiş ve *AVC Shipping*'in iddiasını kabul ederek Bay (M)'yi şahsen sorumlu tutan bir karar vermiştir. Bay (M), tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin münhasıran *AVC Shipping* ile *ARCOT* arasında akdedildiği ve kendisinin sadece *ARCOT*'un temsilcisi olarak hareket ettiği gerekçesiyle Paris Temyiz Mahkemesinden hakem kararının iptalini talep etmiştir. Mahkeme, âkit tarafların *AVC Shipping* ile *ARCOT* olduğunu teyit etmiş ve *ARCOT*'un, Bay (M)'yi kamufle eden bir kabuk şirket olduğunun kabulü için yeterli delil bulunmadığına işaret ederek, tahkim şartının Bay (M)'ye teşmili için yeterli sebep bulunmadığı gerekçesiyle hakem kararını iptal etmiştir.⁹⁹⁴

İsviçre hukukunda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin, kukla şirket tarafından akdedilen tahkim şartının, perdenin arkasındaki şirkete teşmili sonucunu doğurmayacağı kabul edilmektedir. Bu sonucun doğabilmesi için, perdenin arkasındaki şirketin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğunun, tahkim anlaşmasından anlaşılması şarttır. Perdenin arkasındaki şirketin yükümlülükleri, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden başka bir hukukî sebebe (misâl: iyiniyet) dayanmaktaysa, tahkim şartının, perdenin arkasındaki şirkete teşmili mümkün görülmemektedir.⁹⁹⁵

⁹⁹⁴ William Thomas, Nanette Pilkington, "France: Setting Aside – Lack of Arbitration Agreement", **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:1, 2004, N.8–9.

⁹⁹⁵ Müller §2.10.5.

Tahkim yeri olarak Cenevre'nin ve esasa uygulanacak hukuk olarak İsviçre hukukunun birlikte seçildiği tek hakemli bir *ad hoc* tahkim yargılamasında⁹⁹⁶ davacı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilini ve üçüncü kişinin, davalının yanında müşterek ve müteselsil borçlu olarak 1.025.012,77 ABD Dolarını, %5 faizini ve yargılama masraflarını ödemeye mahkûm edilmesini talep etmiştir. Üçüncü kişi, davalı şirket bakımından hâkim bir konumda bulunmadığı, davaya konu sözleşmelerin müzakere yahut ifasında aktif rol oynamadığı ve bir ortaklık ilişkisinin, üçüncü kişileri tahkim anlaşmasıyla bağlı kılmak için tek başına yeterli olmadığı gerekçeleriyle davacının taleplerine itiraz etmiştir. Hakem, tahkim yargılamasında izleyeceği usûl kuralları taraflarca tayin edilmediği için, bu kuralları taraflarca görüştüğten sonra belirlemeye ve bu yapılan dek İsviçre hukukunun uluslararası ticarî tahkime ilişkin hükümlerini esas almaya karar vermiştir. Hakem bu aşamada İsviçre Federal Mahkemesinin, 16.10.2003 tarihli kararına konu olan *(X) SA Libanaise, (Y) SA Libanaise, (A) v. (Z) Société à Responsabilité Limitée Libanaise* davasına⁹⁹⁷ atıfta bulunmuştur. Bahse konu kararda Federal Mahkeme, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı sorusunun, tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğini düzenleyen İsviçre DÖH Kanunu m.178/II çerçevesinde tayin edilmesi gerektiğine hükmetmişti. Bahse konu hüküm uyarınca tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliği, taraflarca tâbi kılındığı hukuka veya uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuka yahut İsviçre hukukuna göre tayin edilecekti ve bu bağlama noktalarının tamamı İsviçre hukukunu işaret etmekteydi. Hakem, İsviçre Federal Mahkemesinin, tahkim şartının, esas sözleşmenin ifasına karıştığı gerekçesiyle üçüncü kişiye teşmiline hükmeden hakem kararını onayladığı karara tekrar atıfta bulunmuş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline hükmetmiştir.

1991 senesinde İsviçre'de verilen bir hakem kararında⁹⁹⁸ hakem heyeti, grup şirketler teorisinin uygulanamayacağını belirledikten sonra, tüzel kişilik perdesinin

⁹⁹⁶ Levy, Stucki N.5-6, Habegger s.404 ve Sandrock, **Formvorschrift**, s.1-3'den alınmıştır..

⁹⁹⁷ **BGE** 129 III 727; **ASA Bulletin**, Vol:22, 2004, s.364.

⁹⁹⁸ **ASA Bull**, Vol:10, 1992, s.902.

kaldırılmasına ve yan şirket tarafından akdedilen tahkim şartının ana şirkete teşmiline hükmetmiştir. Hakem heyeti, kararını, ana şirketin yan şirket üzerindeki hâkimiyetine ve yan şirketin kontrolünü tümüyle elinde bulundurmasına; yan şirketin, giriştiği muamelelerin yapısı ve değeri bakımından yeterli sermayeye sahip olmayışına; yönetim, nezaret ve mallar bakımından söz konusu olan karmaşaya ve yan şirketin usulüne uygun feshedilmeyip emvalinin ana şirkete kanalize edilmesine dayandırmıştır⁹⁹⁹.

Yayınlanmamış bir hakem kararına¹⁰⁰⁰ konu olayda, (X) şirketi, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre İstanbul’da kurulmuş, demir çelik üretimi ve satımıyla işteğal eden bir şirketti. Tescil edilmiş sermayesi 4000 paya bölünmüştü ve bu paylar, aynı zamanda şirketin yöneticileri olan Bay (A) ile Bay (B)’ye aitti. Bunun yanında, Bay (C) de üçüncü kişilerle olan ilişkilerde (X) şirketini temsil yetkisine sahipti. Davalı şirket ise bir British Virgin Islands şirketi idi ve antetine göre, Cenevre’de posta kutusu şeklinde bir adrese ve telefon ve faks numaralarına sahipti. Davalı şirket tarafından davacı şirkete gönderilen fakslar eşzamanlı olarak Türkiye’deki bir numaraya daha gönderilmekteydi. Yazılı belgelerin ve elektronik postaların alıcısı yahut göndericisi Bay (C) idi. Bay (C)’nin, elektronik posta almada ve göndermede kullandığı elektronik posta adresinin (X) şirketine ait olduğu konusunda tereddüt yoktu. Eldeki verilere göre, davalı şirkete ait bir elektronik posta adresi bulunmuyordu. (X) şirketinin hissedarı ve yöneticisi olan Bay (A), kiminde tek başına kiminde Bay (C) ile birlikte olmak üzere, bazı belgelerin alıcısı veya göndericisiydi. Bay (A)’nın, Bay (C)’nin yahut (X) şirketinin, malların alıcısı davalı şirketin temsilcisi olarak hareket ettiklerini ortaya koyan herhangi bir husus mevcut değildi. Aslında Bay (A) ve Bay (C), hem (X) şirketinin hem de davalı şirketin adına hareket etmekteydi. Bunun bir sonucu olarak her iki şirket, ‘bir şirket’ muamelesi görmüş ve uyuşmazlığa konu sözleşmeye ilişkin bazı belgeler davalı şirkete değil, (X) şirketine gönderilmiştir. Satıcı tarafından kullanılan iletişim adresleri (X) şirketine aitti. Davalı, finansal durumuna ilişkin belgeleri hakeme sunamayacağını bildirmişti. Hakeme göre bu durum davalı şirketin ayrı muhasebe

⁹⁹⁹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.281–282.

¹⁰⁰⁰ Karar yayımlanmamıştır.

kayıtları tutmadığı anlamına gelmekteydi. Davalı namına hareket eden avukatın da (X) şirketine ait bir elektronik posta adresi kullandığı görülmekteydi. Hakem, bütün bu vakıaları nazara aldığıında, davalı şirket ile (X) şirketine iki ayrı şirket muamelesi yapmanın dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağına hükmetti. Bu sonuç davalı şirketin hukuken bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olmadığı anlamına gelmiyordu. Davalı hukuken bağımsız bir tüzel kişiliğe sahipti ama bu tüzel kişilik ‘içi boş bir kabuktu’. Bu durumda dahi *kabuk* şirket ayrı bir hukukî varlık teşkil ederdi ve *kabuk* şirkete ait hak ve yükümlülükler doğrudan bu şirketin hissedarlarına geçmezdi. Ne var ki, gerçek durum bu şirketin finansal yahut idarî açıdan bağımsız olmadığını açıkça ortaya koyduğu takdirde, ayrı tüzel kişilik vakıasına dayanmak, dürüstlük kuralıyla bağdaşmazdı. Davalı şirket ile (X) şirketi arasındaki *içiçe geçmişlik* vakıası, her yönden (X) şirketine bağımlı bulunan davalı şirketin, (X) şirketinin elindeki ticarî bir enstrümandan başka bir şey olmadığını kabulünü zorunlu kılmaktaydı.

Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması anlayışını yansıtan kanun hükümleri olarak, kollektif şirketlerde şirket borcundan dolayı ortakların kişisel sorumluluğuna başvurulmasına cevaz veren (TTK m.179, 180, 192); limitet şirketin kamu borçlarının ortaklardan tahsilini mümkün kılan (6183 sayılı Kanun¹⁰⁰¹ m.35) ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁰⁰² m.134’de yer alan düzenlemeler gösterilmektedir. Yargısal içtihatlarda, bilhassa Danıştay kararlarında ‘*mücerret hukukî durumun değil fiilî durumun esas alınması*’ formülüyle uygulanma alanı bulan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 15.5.2006 tarihli kararında ismen zikredilmek suretiyle tatbik edilmiştir.¹⁰⁰³

Türk hukukuna tâbi olan bir tahkim şartının, perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması suretiyle üçüncü kişilere teşmili meselesinin hukukî rejimi şöyle ifade edilmektedir: Türk hukukunda perdenin kaldırılması teorisinin yasal dayanağı MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralıdır¹⁰⁰⁴. Dürüstlük kuralına aykırılığın sonucu olarak

¹⁰⁰¹ RG: 01.11.2005–25983 (Mükerrer).

¹⁰⁰² RG: 28.7.1953–8469.

¹⁰⁰³ Seven, Göksoy s.2459–2460, 2469.

¹⁰⁰⁴ Tekinalp, Tekinalp s.396; Seven, Göksoy s.2459, 2469.

tahkim anlaşmasının, perdenin kaldırılması teorisinin tatbiki suretiyle üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Zira perdenin arkasında kalan kişinin hukukten sorumlu tutulmasını sağlayan dürüstlük kuralı bir maddî hukuk normudur ve bir usûl hukuku anlaşması olan tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilini sağlamaz. Dürüstlük kuralına dayanılması suretiyle sorumluluğuna gidilen kişinin tahkim iradesinden söz edilemez.¹⁰⁰⁵ Uyuşmazlıkların genel çözüm yeri devlet mahkemeleridir. Tahkim istisnâ bir yargı yoludur. Bu itibarla, perdenin arkasında bulunan kişilerin, dürüstlük kuralına istinaden tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim anlaşmasıyla bağı tutulması, esas tarafları arasındaki tahkim anlaşmasının yorum yolu ile genişletilmesi anlamına gelir.¹⁰⁰⁶

iv. Değerlendirme

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması, hile ve hakların suistimali gibi konularla sınırlı kabul edilir. Zira meselenin kalbi *bona fides* prensibidir; iyiniyetle davranma yükümlülüğüne aykırı bir durum hukukî korumayı hak etmez.¹⁰⁰⁷ *Flynt Distributing ve Oriental Shipping* davalarında belirtildiği üzere, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulayabilmek için, perdenin önündeki ve arkasındaki kişiler arasındaki menfaat ve mülkiyet birliğinin, ortada farklı hukukî kişiliklere sahip ayrı kişiler bulunduğu vakiasını unutturacak derecede olması ve ayrı tüzel kişiliği göz ardı etmemenin adaletsiz sonuçlara yol açacağı saptanması gerekmektedir. Gerçekten de grup yapısının hukuka uygun biçimde kullanılmasına karşı çıkılması söz konusu değildir. Bu bakımdan, şirketin, vergi veya diğer sebeplerden ötürü bir araç olarak kullanılması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili için yeterli gerekçe teşkil etmez. Bu konuda, *Adams v. Cape Industries* davasında; şirket yapısının, grubun gelecekteki faaliyetleri bakımından hukukî sorumluluğun grubun davalı şirketten farklı bir üyesinin üzerine düşmesini sağlamak amacıyla kullanıldığı gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinin reddine gösterilen, şirket yapısını bu surette kullanma hakkının şirketler hukukunda bulunduğu gerekçesini haklı buluyoruz.

¹⁰⁰⁵ Şanlı, *Nomer'e Armağan*, s.787.

¹⁰⁰⁶ Şanlı, *Nomer'e Armağan*, s.789; Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitler*, s.322–323.

¹⁰⁰⁷ Blessing, *Arbitration Clause*, s.178; Blessing, *Introduction to Arbitration*, s.189.

First Options ve Builders Federal isimli mahkeme kararlarında ve 5721 sayılı ICC davasında verilen hakem kararında da belirtildiği üzere, tahkim esas itibariyle rızaya dayanır ve tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili, zımnî de olsa, iradî bir temele dayanmak zorundadır. Bu itibarla, perdenin arkasında kalan şirketin, tahkim anlaşmasına yönelik açık yahut zımnî bir iradesinin bulunduğunu ortaya koyan tutum veya davranışlar bulunmadıkça, hile yahut hakların suistimali söz konusu olsa dahi, tahkim şartının perdenin arkasında kalan kişiye teşmili mümkün değildir. Teşmil, üçüncü kişinin davranışını cezalandırma yöntemi olarak vuku bulmamalı ve böyle bir davranış, mahkemelere bırakılmalıdır. Bu itibarla, *Fisser* davasında Temyiz Mahkemesinin, *kukla* tarafından imzalanmış tahkim şartının *kuklacıya* teşmil edilebileceğine hükmettiği karara ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin, esas sözleşmenin ifasına karıştığı gerekçesiyle üçüncü kişiye teşmiline hükmeden bir hakem kararını onayladığı kararına atıfta bulunmak suretiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline hükmedilen hakem kararına iştirak etmiyoruz.

Carte Blanche davasında, Temyiz Mahkemesinin, yan şirketin; şirket kayıtları, yönetici konumunda herhangi bir elemanı, maaşlı bir çalışanı, müstakil bir ofisi, malvarlığı ve kendine ait bir anteti bulunmadığını; elde ettiği gelirin ana şirkete gittiği ve yan şirketin neden olduğu masrafların ana şirket tarafından ödendiği gerekçeleriyle, yan şirket aleyhine verilen hakem kararının ana şirket aleyhine icra edilmesine hükmetmesi, ABD hukuku çerçevesinde yerinde görünmektedir. Aynı şekilde, 1991 senesinde İsviçre'de verilen ve hakem heyetinin, ana şirketin yan şirket üzerindeki hâkimiyetine ve yan şirketin kontrolünü tümüyle elinde bulundurmasına; yan şirketin, giriştiği muamelelerin yapısı ve değeri bakımından yeterli sermayeye sahip olmayışına; yönetim, nezaret ve mallar bakımından söz konusu olan karmaşaya ve yan şirketin usulüne uygun feshedilmeyip emvalinin ana şirkete kanalize edilmesine istinaden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve yan şirket tarafından akdedilen tahkim şartının ana şirkete teşmiline hükmettiği hakem kararı da İsviçre hukuku çerçevesinde yerinde görünmektedir. Ne var ki bahse konu tutum ve davranışlar tahkim şartına yönelik olmadığı için, perdenin arkasında kalan şirketin

tahkim anlaşmasına yönelik açık yahut zımnî bir iradesinin bulunduğunu kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir. Bu itibarla perdenin arkasında kalanın da dâhil olduğu bir tahkim yargılamasının ve hakem kararının hukukî mesnedi namevcut demektir ve verilen hakem kararının tenfizi, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmayışından ötürü reddedilmelidir.

7. Devlet Birimleri yahut Teşebbüsleri Tarafından Akdedilen Tahkim Anlaşmalarının Devlete Teşmili

a. Genel Olarak

Günümüzde uluslararası ticarî sözleşmelerin önemli bir kısmı, devletlerin altbirimleri veya devlet teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasında akdedilmekte¹⁰⁰⁸ ve bu sözleşmelerden doğan bazı uyuşmazlıkların özel kişi tarafından tahkime götürülmesi hâlinde, hakem kararının tenfizinde kolaylık sağlamak bakımından tahkim davasının davalısı olarak devlet gösterilmektedir. Zira devlet teşebbüsleri veya altbirimleri aleyhine verilen hakem kararlarının tenfizinde, ilgili teşebbüs veya birimin, bağlı bulunduğu devletten onay beklemesi veya yeterli bütçesi bulunmadığı için kararı yerine getirememesi gibi durumlarla karşılaşmak mümkündür.¹⁰⁰⁹ Bunun yanında, devletin hâkimiyetindeki teşebbüsle sözleşme akdeden yabancı şirket, yatırımı olumsuz etkileyebilecek yasal değişiklikler karşısında teşebbüs ile devletin bir ve aynı kişi olduğunu ve yasal değişikliğin sözleşmenin ihlali teşkil ettiğini iddia edebilir. Yine yabancı şirket, bürokrasinin işleyişindeki aksaklıklar neticesinde yatırımının zarara uğraması karşısında teşebbüs ile devletin bir ve aynı kişi olduğunu ve devletin diğer bir parçası tarafından verilen zararların sözleşmenin ihlali teşkil ettiğini ileri sürebilir.¹⁰¹⁰

Doktrinde, devlet birimleri yahut teşebbüsleri tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarının ilgili devlete teşmili konusunun, tahkim anlaşmalarının üçüncü

¹⁰⁰⁸ Leo J. Bouchez, “The Prospects of International Arbitration: Disputes Between States and Enterprises”, **Journal of International Arbitration**, Vol:8, No:1, June 1991, s.81.

¹⁰⁰⁹ Karl Heinz Böckstiegel, **Arbitration and State Enterprises**, Kluwer, Deventer, 1984, s.49; George Rosenberg, “State as a Party to Arbitration”, **Arbitration International**, Vol:20, No:4, 2004, s.388.

¹⁰¹⁰ Rosenberg s.388.

kişilere teşmilinin söz konusu olduğu diğer hallere nazaran daha zor ve daha hassas bir konu olduğu ileri sürülmekte ve buna gerekçe olarak, devlet birimleri yahut devlet teşebbüsleri tarafından akdedilen sözleşmelerin can alıcı noktasının, çok büyük önem ve değer taşıyan *kamu menfaati* olması gösterilmektedir.¹⁰¹¹ ICC Tahkim Divânı'nın, tahkim anlaşmasının teşmil edilmeye çalışıldığı üçüncü kişinin *devlet* olması durumunda *rıza* konusunda sergilediği katı yaklaşımın, salt ticarî sözleşmeler ve devletin taraf olduğu sözleşmeler arasındaki ayırımın hukukî gerekçesinden kaynaklandığı, zira özel kişiler arasındaki uluslararası ticarî uyuşmazlıklarda hakemlerin doğal hâkimler olduğu ve devlet mahkemelerinin böyle davalarda istisna teşkil ettiği iddia edilmektedir. Buna karşılık bir kamu kişisi dâhil olduğunda tahkim, diğer uyuşmazlık çözüm yollarından farklı olarak devletin yargı muafiyetinin istisnası hâline gelir. Bu, Divân'ın yaklaşımını açıklamaktadır. Uluslararası ticarî tahkim, farklı devletlerden özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların doğal çözüm yolu oldukça, Divân, davacı, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasını ihtiva eden sözleşmenin müzakere, kurulma, ifa veya fesih safhalarında yer aldığını ortaya koyar ve üçüncü kişi tarafından aksi ispat edilmezse, üçüncü kişi özel şirkete karşı tahkim yargılaması yürütülebileceği kararı vermeye eğilimlidir. Bununla beraber, üçüncü kişinin, bir kamu hukuku kişisi, bilhassa bir devlet olması hâlinde Divân bu taraf bakımından bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığı meselesine daha katı yaklaşmaktadır; zira ICC Tahkim Kurallarını yorumlar ve uygularken, devlet mekanizmasının faaliyetine temel teşkil eden *kamu menfaatini* hesaba katmaktadır.¹⁰¹²

Devletlerin, tahkim şartı ihtiva eden sözleşmeler yaparken başka kişileri araç olarak kullanmaları, tahkimin taraflarının tespiti bakımından güçlükler doğurmaktadır¹⁰¹³. Her hukuk sistemi kendi devlet teşebbüslerinin hukukî rejimini kendi düzenler.¹⁰¹⁴ Bu itibarla bir devletin kim tarafından imzalanan sözleşmelerle bağlı olacağı konusunda öncelikle bu devletin hukukuna bakılması gerektiği; konuya

¹⁰¹¹ Silva–Romero s.49.

¹⁰¹² Silva–Romero s.47–48.

¹⁰¹³ Fouchard, Gaillard, Goldman, s.290.

¹⁰¹⁴ Böckstiegel, *State Enterprises*, s.35.

ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması hâlinde ise diğer âkit tarafın, *görünüşteki yetki* teorisine dayanmasının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁰¹⁵

b. Devlet Birimleri Tarafından Akdedilen Tahkim Anlaşmaları

Bir devlet birimi tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarının ilgili devlete teşmili probleminin, ancak ilgili birimin tüzel kişiliğe sahip bulunması hâlinde söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, aksi durumda birim zaten devletin içinde yer almaktadır ve akdettiği tahkim anlaşmasının devleti bağlayacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır.¹⁰¹⁶ Aynı bir tüzel kişiliğe sahip bulunmayan bir devlet birimi ile bir özel teşebbüs arasında bir sözleşme akdedildiğinde, aslında birimin bağlı bulunduğu devlet ile özel teşebbüs arasında bir akdî ilişki bulunduğu kabul edilmesi gerekir.¹⁰¹⁷ Buna karşılık bir teşebbüsün, tâbi olduğu hukuka göre ayrı tüzel kişiliğe sahip olması hâlinde, bu duruma riayet edilmesi gerektiği iddia edilmektedir. Bununla birlikte, devlet ile devlet teşebbüsü arasındaki ayrı tüzel kişilik vakıasının görmezden gelinmesini gerektirebilecek hallerin cereyan edebileceği ve bu gibi hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olabileceği de ifade edilmektedir.¹⁰¹⁸

ICC tahkimine konu olan bir uyuşmazlıkta, İtalyan şirketi olan davacı, bir Afrika devleti ve bu devletin Elektrik Bakanlığına karşı tahkim talebinde bulunmuştur. Afrika devleti, tahkim talebine verdiği cevapta, tahkim şartı ihtiva eden sözleşmeye taraf olmadığı gerekçesiyle ICC Tahkim Divânı'nın ve hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Tahkim anlaşması, davacı ve bakanlık tarafından imzalanmıştı. Divân, davacıyı, devletin, sözleşmenin müzakere, kurulma ve ifa safhalarında yer aldığını ve sözleşmenin kurulmasını bizzat onayladığını ispata davet etmiş; ancak davacı, iddiasını destekleyecek herhangi bir delil tedarik edememiştir. Davacı ile devlet arasında bir tahkim anlaşmasının varlığını ispat edememesi üzerine

¹⁰¹⁵ Chukwumerije s.51.

¹⁰¹⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman s.290.

¹⁰¹⁷ Bouchez s.90.

¹⁰¹⁸ Böckstiegel, *State Enterprises*, s.34–36.

Divân, tahkim yargılamasının yalnızca davacı ve bakanlık arasında cereyan edeceğine karar vermiştir.¹⁰¹⁹

9151 sayılı ICC davası olan *Joint–Venture Yashlar and Bidas SAPIC v. Government of Turkmenistan (or Turkmenistan or the State of Turkmenistan and/or the Ministry of Oil and Gas of Turkmenistan)* davası¹⁰²⁰, *Production Association Turkmengeologia* ile *Bidas SAPIC* arasında *Yashlar joint–venture*’ını kuran *joint–venture* sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Sözleşmede, İngiliz hukuku seçilmişti ve tahkim yerinin İsveç olduğu bir ICC tahkim şartı yer almaktaydı. Beş yıl sonra, *Joint–Venture Yashlar* ve *Bidas SAPIC* tarafından, *joint–venture* sözleşmesinin hâlâ mevcut ve geçerli olup olmadığının tespiti ile tazminatın talep edildiği bir tahkim yargılaması başlatıldı. Davalılardan biri olan *Ministry of Oil and Gas of Turkmenistan* (Türkmenistan Petrol ve Gaz Bakanlığı), *Production Association Turkmengeologia*’nın yerini almıştı. Bu bakanlık daha sonra ilga edildi ve yerine başka bir bakanlık ihdas edildi. Bu bakanlık da daha sonra ilga edildi ve yerini *Turkmangeologia State Corporation* aldı ve böylece *joint–venture*’ın Türkmen tarafını teşkil etti. Davacı *joint–venture*, *joint–venture* sözleşmesi kapsamında gerçek tarafın *Turkmangeologia State Corporation* değil, *State of Turkmenistan* (Türkmenistan Devleti) olduğunu iddia etti. Hakem heyeti, sözleşmenin hâlâ mevcut olup olmadığı konusunda bir ara karar verdi. Bu karara göre ilgili Bakanlık, Türkmenistan hukuku uyarınca ayrı bir tüzel kişiliğe sahipti ve Türkmenistan hukukunda, devletin, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumlarının faaliyetlerinden ve bu tür kamu kurumlarının da devletin faaliyetlerinden sorumlu olmadığı açıkça öngörülmüştü. Ne var ki hakem heyetine göre, ilgili kurumun kendi hukuku uyarınca ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması, belirli bir projede devletin organı, kolu veya *alter egosu* olarak hareket ettiğini kabule engel değildi. Hakem heyeti, âkit taraf olan kurumun, devletten hukuken ayrı ve farklı bir hukukî varlık olması hâlinde dahi ortada sadece başka bir isim altında faaliyet gösteren devletin bulunduğu ve devletin, sözleşmenin asıl tarafı olduğu fikrinin daha makûl görüldüğünü ifade etti. Hakem heyeti, devletin sözleşmenin müzakerelerinde ağırlıklı rol oynadığını, *joint–venture*

¹⁰¹⁹ Silva–Romero s.47.

¹⁰²⁰ Rosenberg s.400–402’den alınmıştır.

sözleşmesinde yer alan birçok taahhüdün ancak bir devlet tarafından yapılabilecek nitelikte olduğunu ve *joint-venture* sözleşmesinin imzalanmasından sonra da devletin menfaatlerinin devam etmekte olduğunu ortaya koyan birçok göstergeye rağmen, Türkmen tarafın, Türkmenistan Devletinin organı veya *alter egosu* olduğunun karara bağlanmasına gerek olmadığına hükmetti. Hakem heyetine göre, *Turkmengeologia*'nın veya halefinin, *joint-venture* sözleşmesi kapsamında devletin organı veya *alter egosu* olarak hareket edip etmediği meselesi, devletin *joint-venture* sözleşmesinin tarafı kabul edilip edilmeyeceği meselesinden farklıydı ve *Turkmengeologia*'nın veya ilgili bakanlığın, devletin organı olarak hareket ettiğinin kabulü, devletin sözleşmenin tarafı olduğu sonucunu doğurmazdı. Heyet, sözleşmede taraf olarak zikredilmeyen bir devletin sözleşmenin tarafı olup olmadığı hakkında karar verilirken, sözleşmeyi imzalayan kurumun, devletin organı olarak hareket edip etmediğinin değil, sözleşmenin taraflarının devleti sözleşmenin tarafı olarak benimseyip benimsemediklerinin esas alınması gerektiğini belirtti. Türkmenistan Devleti, *joint-venture* sözleşmesinin tarafı olmamayı ve sözleşmenin, kendi parasına ve kendi tüzel kişiliğine sahip bulunan bir kurum tarafından akdedilmesine yetki vermeyi açıkça tercih etmişti. Bütün bu hususlar bir araya getirildiğinde, Türkmenistan Devletinin sözleşmenin tarafı olmadığı kanaatine varılmıştı.

Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından akdedilen tahkim anlaşmasına istinaden başlatılan tahkim yargılamasının davalısı olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin gösterildiği 12815 sayılı ICC davasında¹⁰²¹, davacı tarafta Güney Ege Enerji İşletmeleri Ltd Şirketi, davalı tarafta ise, hakem kararının üzerinde yer alan ifade biçimiyle, '*The Republic of Turkey acting through its Ministry of Energy and Resources of the Republic of Turkey (Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Vasıtasıyla Hareket Eden Türkiye Cumhuriyeti)*' yer almaktaydı. Uyuşmazlık, davacının üç termik santrali yirmi yıllığına işletmesine ve üretilen elektriğin Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait elektrik şirketince satın alınmasına ilişkin iki uygulama sözleşmesinin ifasından kaynaklanmıştı. Davacı, sözleşmenin davalı tarafça ihlalinden ötürü mahrum kaldığı kârın tazminini talep

¹⁰²¹ Karar yayınlanmamıştır.

etmekte; davalı ise, yargılama yetkisine yönelik itirazlar yanında, uygulama sözleşmelerinin geçersizliğini ileri sürmekte ve tazminat iddialarını reddetmekteydi. Davacı, uygulama sözleşmesinin 1. maddesinde, sözleşmenin ve sözleşmede yer alan tahkim şartının tarafı olarak *‘Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’*na atıfta bulunulmasına rağmen, Türk hukukunda bakanlıkların, kendilerine ait birer tüzel kişilikleri bulunmayan ve sadece devlet adına hareket edebilen varlıklar olduğu iddiasıyla, sözleşmenin ve tahkim şartının Türkiye Cumhuriyeti devletini bağladığını ileri sürmüştür.

Bakanlık ise, tahkim anlaşmasına *‘Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Vasıtasıyla Hareket Eden Türkiye Cumhuriyeti Devleti’*nin değil, Türkiye Cumhuriyeti devletinden ayrı ve bağımsız bir niteliğe sahip bulunan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın taraf olduğunu; uygulama sözleşmesinin 1. maddesinde taraf olarak *‘Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’*na atıfta bulunulduğunu ve imza kısmında da sadece *‘Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’* ibaresinin yer aldığını; uygulama sözleşmesinin, Bakanlığın, yetkili olduğu konularda izin vereceği ve diğer izinlerin alınmasında davacıya yardımcı olacağı yönündeki m.34/c hükmünün de, Bakanlık ile diğer idarî varlıklar arasında bir ayırım bulunduğunun göstergesi olduğunu; Bakanlıkların, Türk hukukuna göre tüzel kişilikleri bulunmamasına rağmen, yetkileri kapsamına giren konularda hareket etme, başka bir makama ihtiyaç bulunmaksızın bu yetkilerini icra etme ehliyetlerinin ve yetkileri kapsamında kalan konular bakımından davacı ve davalı olma ehliyetlerinin bulunduğunun kabul edildiğini ve davalı veya davacı olma ehliyetinin, maddî hukuka ait bir mesele olması itibarıyla Türk hukukuna tâbi olması gerektiğini ileri sürmüştür.

Davacı taraf, Türk hukukunda sadece devletin tüzel kişiliğinin bulunduğunu ve bakanlıkların, devletin organları olduğunu, bu nedenle Türk idare hukuku uyarınca bakanlıkların geliri veya malvarlığı olamayacağını ve bakanlıklarca kullanılan para ve malvarlığının daima devlete ait bulunduğunu; bakanlıkların tüzel kişiliği bulunmadığı için, olaydaki sözleşmenin Bakan tarafından imzalanması hâlinde imzanın devleti temsilen atıldığını; devletin ancak organları vasıtasıyla hareket edebildiğini ve bu organlar arasında bakanlıkların da bulunduğunu, bu

itibarla, bakanlıkların hareketlerinin devleti bağlamasından hareketle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, bakanlığı tarafından akdedilen uygulama sözleşmeleri ve bu sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarıyla bağlı olduğunu; bu sonucun, organlarının faaliyetlerinin devlete izafe edilmesi ve bu faaliyetlerden devletin sorumlu olması yönündeki uluslararası hukuk prensibine de uygun olduğunu; Türk hukukunda bakanlıkların davacı veya davalı olabilme imkânlarının mevcut tahkim yargılamasında etkisinin bulunmadığını, zira Türk usûl hukuku kurallarının uygulanmadığını; kaldı ki, tamamen pratik mülahazalardan ötürü tanınan bu imkânın, bakanlıkların, devletin organı olarak hareket etmesinden kaynaklandığını ve devlete izafeten yerine getirildiğini ileri sürmüştür.

Hakem heyeti, uygulama sözleşmesinin 1. maddesinde, taraf olarak *‘Türkiye Cumhuriyeti Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’*nın zikredildiğini; uygulama sözleşmelerinin, özel hukuk sözleşmeleri olmaları itibariyle, özel hukuk alanına ait hak ve borçlara ehil olan ve bu itibarla yükümlülük altına girebilecek durumda bulunan kimseler arasında akdedilebileceğini; uygulama sözleşmesi m.34/n hükmünde tarafların haciz ve icra muafiyetlerinden feragat ettiklerini, tüzel kişiliği bulunmayan taraf malvarlığı edinemediği için bu feragatin anlamsız kalacağını; tarafların tüzel kişiliğinin bulunmaması hâlinde tahkim anlaşmalarının da anlamsız kalacağını; Türk hukukunda sadece devletin tüzel kişiliğinin bulunduğunu ve bakanlıkların da devletin organları olduğunu, yaptıkları işlemlerin devlete atfedileceğini mütalâa ederek, tarafların iradelerinin, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının tarafı olduğu yönünde bulunduğunu oyçokluğuyla kabul etmiştir. Hakem heyetine göre New York Konvansiyonu, gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar hakkında uygulanabilir. Bu bakımdan hukukî kişiliği bulunmayan kişiler Konvansiyon kapsamına girmez. Türkiye’deki bakanlıkların hukukî kişiliği bulunmadığına göre, bakanlığın devletin nam ve hesabına hareket ettiğinin ve bu nedenle sözleşme ve tahkim şartıyla, aslında devletin bağlı olduğunun kabulü gerekir. Bakanlık sadece devlet adına hareket edebilir. Bakanlığın, devletten ayrı tüzel kişiliği bulunmadığı için, devletin organı olarak hareket ettiğinin kabulü zorunludur.

Karara muhalefet eden hakeme göre, uygulama sözleşmesinin ve tahkim anlaşmasının tarafları, Güney Ege Enerji İşletmeleri Ltd. Şirketi ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığıdır. Davacı taraf, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Türkiye Cumhuriyeti devleti arasındaki organik ve örgütsel bağa istinaden davayı doğrudan devlete karşı açmıştır. Türk hukukunda bakanlıkların devletin organı oldukları ve devletten ayrı tüzel kişiliklerinin bulunmadığı doğrudur. Davacı veya davalı olma ehliyeti bir hakkın sahibi olmaya bağlıdır ve maddî hukukta hak sahibi olabilme ehliyetinin usûl hukukundaki karşılığı olduğundan, maddî hukuka ait bir meseledir ve ilgilinin millî hukukuna, olayda Türk hukukuna tâbidir. Türk hukukunda Enerji Bakanlığı, 3154 sayılı Kuruluş Kanunu¹⁰²² uyarınca, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak üzere hak sahibi olmaya ehildir. Bunun sonucu olarak da kendi adına davacı veya davalı olabileceği yargı içtihatlarıyla kabul edilmektedir. Sonuç olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, kendi adına sözleşme akdetme yetkisine ve davalı olabilme ehliyetine sahiptir.

ABD Temyiz Mahkemesi'nin, organlarından birinin tahkim şartı içeren bir sözleşmeye taraf olmasından dolayı devlet aleyhine hakem kararı verilebileceği sonucuna vardığı *Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation SA v. The Russian Federation* davasına¹⁰²³ konu olayda, *Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation*, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetlerinden biriyle, devlete ait kurumların temel ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla akdedilen sözleşmelerin finansmanını amaçlayan bir kredi sözleşmesi akdetmiştir. Aynı şirket, ertesi sene Rusya Federasyonu Hükûmetiyle, Rusya Federasyonunun başka bir kurumunun benzer sözleşmelerinin finansmanı ve devlet borçlarının ödenmesi amacıyla kredi sözleşmesi akdetmiştir. Her iki sözleşmede de uyuşmazlıkların Stockholm'de İsveç hukuku uygulanarak tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmüştür. *Noga*, kredi sözleşmelerinin ifa edilmediğini beyan ederek Rusya Federasyonu aleyhine tahkime müracaat etmiştir. Hükûmet tahkim talebine itiraz etmiş ve sözleşmeleri Rusya Federasyonu imzalamadığından dolayı, davalı olarak kendisinin gösterilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti bu husus hakkında hüküm vermemiştir.

¹⁰²² RG: 01.03.1985-18681.

¹⁰²³ 361 F.3d s.673 (2nd Cir. 2004).

Hükûmet ve *Noga* arasında uzun süren tahkim yargılamasından sonra hakem heyeti, *Noga* 'nın, kredi sözleşmelerinin yerine getirilmediğini beyan etmekte haklı olduğuna ve bundan ileri gelen tazminata hak kazandığına karar vermiştir. *Noga*, New York Konvansiyonu kapsamında dava açmak suretiyle hakem kararının, Rusya Federasyonu aleyhine tenfizini talep etmiştir. Alt mahkeme *Noga* 'nın talebini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, Hükûmet ile Rusya Federasyonu ayrı kişiler olmadığı gerekçesiyle hakem kararının Rusya Federasyonu'na karşı geçerli olduğuna karar vererek alt mahkeme kararını bozmuştur. Temyiz Mahkemesine göre, bahse konu sözleşmeler doğrultusunda satın alınan finansmanını sağlarken "*Hükûmet fonksiyonunun ta kendisini*" yerine getiren Hükûmet, Rus Anayasasına göre Rusya Federasyonunun siyasî bir organıdır ve Rusya Federasyonundan ayrı bir hukukî varlık olduğunu ispat edememiştir. Buna ek olarak, Anglo Sakson Hukuku uyarınca, devlet ile siyasî bir organ arasındaki mahallî ayrımın hukukî önemi bulunmamaktadır. Üstelik bütün malvarlığı Rusya Federasyonuna ait olduğu için, kararın yerine getirilmesini sağlamak üzere Hükûmete ait haczedilebilir bir malvarlığı da bulunmamaktadır. Son olarak, bir devlet organının davranışının, organ yasama, yürütme yargı veya diğer bir fonksiyonu yerine getirmiş olduğu takdirde, o devletin davranışı kabul edileceği, genel kabul gören uluslararası hukuk prensibidir. Temyiz Mahkemesi, bu gerekçelerle davayı alt mahkemeye geri göndermiştir.

c. Devlet Teşebbüsleri Tarafından Akdedilen Tahkim Anlaşmaları

Devlet teşebbüsü, ayrı bir tüzel kişiliği bulsun yahut bulunmasın, mülkiyeti veya hâkimiyeti devlete yahut devlet kuruluşlarına ait bulunan teşebbüs olarak tanımlanmaktadır.¹⁰²⁴ Devlete ait bir teşebbüsün fiillerinden dolayı devletin sorumlu olup olmayacağı, genellikle ikili yatırım anlaşmaları vasıtasıyla düzenlenmektedir. Bununla beraber devleti hâkimiyetindeki teşebbüslerin taraf olduğu sözleşmelerin tamamının ikili yatırım anlaşmalarının kapsamına girdiği de söylenemez.¹⁰²⁵

¹⁰²⁴ Böckstiegel, *State Enterprises*, s.14.

¹⁰²⁵ Rosenberg s.387.

ABD’de devlet teşebbüslerinin taraf olduğu sözleşmelerde, sözleşmenin gerçek tarafının devlet olup olmadığını belirlemek amacıyla kullanılan dört yöntemden bahsedilmektedir. Bu yöntemlerden *estoppel* teorisine göre bir devlet teşebbüsünün, ilgili devletin uygulamaları yahut diğer koşullar çerçevesinde devletin iradesinin bu teşebbüs tarafından temsil edildiği yönünde olduğunun ortaya çıkması hâlinde, bu devleti temsil ettiği kabul edilir.¹⁰²⁶ Diğer bir yöntem olan *fonksiyonel kimlik* yöntemine göre, devlet teşebbüsünün icra ettiği fonksiyonun, objektif bakış açısıyla, münhasıran devlet tarafından yerine getirilen bir fonksiyon (vergilendirme, kamulaştırma, imtiyazlar vb) olduğunun kabulü hâlinde, bu teşebbüsün fiillerinden bağlı bulunduğu devlet sorumlu olur¹⁰²⁷. *Wintershall AG v. Government of Qatar* davasında¹⁰²⁸ Katar hukuku uyarınca müstakil bir hukukî kişiliğe sahip bulunan petrol şirketi, gerek Katar devletinin sıkı denetiminde bulunması, gerekse sahip olduğu arazi imtiyazları nedeniyle Katar devletinin kolu ve temsilcisi kabul edilmiştir.¹⁰²⁹ Üçüncü yöntemi teşkil eden *hakkın kötüye kullanılması yasağı* teorisine göre, bir devlet, kendisine bağlı bir devlet teşebbüsünün üzerine düşen yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla, hâkimiyet ve yasama gücünü bu devlet teşebbüsünün hukukî yapısını değiştirmek için kullanırsa, bu hareket hakkın kötüye kullanılması kabul edilir. Yani bir devletin, üzerine düşen yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla bir devlet teşebbüsünün hukukî yapısını değiştirmesi hâlinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi tatbik edilir. Bu yöntem, bir devletin, üzerine düşen bir uluslararası yükümlülüğü ulusal hukukunu kullanarak değiştiremeyeceği yönündeki uluslararası hukuk prensibiyle de uyum hâlinindedir.¹⁰³⁰ Dördüncü yöntem, *kamu kişilerinin hareketlerinden kaynaklanan sorumlulukla* ilişkilidir. Buradaki mesele, bir kamu kişinin, devletin idarî veya yasal düzenlemeleri sonucu ortaya çıkan duruma istinaden mücbir sebep teorisine dayanmak suretiyle ifadan kaçınıp kaçınamayacağıdır. Bu konuda, bir yasal veya idarî düzenlemenin, bahse konu sözleşmeyle veya sözleşme türüyle bağlantılı

¹⁰²⁶ Böckstiegel, *State Enterprises*, s.43; Bishop, Dimitroff, Miles s.679.

¹⁰²⁷ Böckstiegel, *State Enterprises*, s.44.

¹⁰²⁸ *ILM*, Vol:28, 1989 s.795 vd; *YBCA*, Vol:15, 1990, s.30.

¹⁰²⁹ Bishop, Dimitroff, Miles s.679 ve dn.371.

¹⁰³⁰ Lamm, Aqua s.730; Böckstiegel, *State Enterprises*, s.45; Bishop, Dimitroff, Miles s.679.

olmaksızın sadece genel faktörler neticesinde benimsenmiş olduğu takdirde mücbir sebep kabul edilebileceği ifade edilmektedir.¹⁰³¹

Fransa’da kamu hukuku kişilerinin tahkime gidebilmeleri konusunda, tahkim şartının ilişkin olduğu sözleşmenin yerel veya uluslararası nitelik taşıması belirleyicidir. Uluslararası nitelik taşıyan sözleşmeler bakımından Fransız kamu hukuku kişilerinin tahkim yoluna gidebilmeleri mümkünken, yerel nitelikteki sözleşmeler bakımından tahkim yolu Fransız kamu hukuku kişilerine kapalıdır. Bu ayırımın konumuzla ilgili olan kısmı, devletin hâkimiyetindeki şirketler söz konusu olduğunda uygulanmamasıdır. Yani devletin hâkimiyetindeki bir şirket, akdettiği sözleşme ister yerel ister uluslararası nitelikte olsun tahkim anlaşması yapabilir ve yaptığı bu sözleşmeden bizzat sorumlu olur.¹⁰³²

Bir devletin, tahkim şartı içeren bir sözleşme akdetmiş bulunan, hâkimiyeti altındaki bir şirketi tasfiye etmesi üzerine sözleşmenin ve tahkim yargılamasının tarafı addedilip addedilemeyeceği meselesinin ele alındığı, İsviçre Federal Mahkemesinin *Bangladesh* kararına¹⁰³³ konu hakem kararı, tahkim yerinin İsviçre olduğu 1803 sayılı ICC davası neticesinde verilmişti. Olayda, Pakistan Devleti tarafından kurulmuş ve tamamen bu devlete ait bulunan *East Pakistan Industrial Development Corporation* ile Fransız şirketi *Société de Grands Travaux de Marseille* arasında akdedilen ve tahkim şartı da ihtiva eden doğalgaz boru hattı inşa sözleşmesi söz konusuydu. Doğu Pakistan bölgesinde Bangladeş’in bağımsızlığını ilân etmesi üzerine Bangladeş Devlet Başkanı, *East Pakistan Industrial Development Corporation*’ın, *Bangladesh Industrial Development Corporation* hâline geldiğini, *East Pakistan Industrial Development Corporation*’ın tüm hisselerinin, personelinin, yönetim kurulunun ve danışmanlarının otomatikman *Bangladesh Industrial Development Corporation*’a ait hâle geldiğini öngören ve ayrıca *East Pakistan Industrial Development Corporation* ile *Société de Grands Travaux de Marseille*

¹⁰³¹ Böckstiegel, **State Enterprises**, s.46–48; Bishop, Dimitroff, Miles s.679–680.

¹⁰³² Dhisadee Chamlongrasdr, “Tension in Domestic and International Law on Capacity to Enter into Arbitration Agreements: A Survey on Legal Restrictions”, **European Business Law Review**, Vol:16, Issue:2, 2005, s.296.

¹⁰³³ ATF 102 Ia 574.

arasında yürütülmekte olan tahkim yargılamasının geçersiz olduğunu ve *Bangladesh Industrial Development Corporation* aleyhine hakem kararı verilemeyeceğini beyan eden bir kararname yayınlamıştır. Bunun üzerine, *Société de Grands Travaux de Marseille*, *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın, tahkim yargılamasına dâhil edilmesini talep etmiştir. Daha sonra çıkan bir kararnameyle, *East Pakistan Industrial Development Corporation* tarafından taahhüt edilmiş borçların *Bangladesh Industrial Development Corporation*'a atfedilmesinin kabul edilmeyeceği öngörülmüş, bir sonraki kararnameyle ise *Bangladesh Industrial Development Corporation* tasfiye edilmiş ve malvarlığı Bangladeş Devletine devredilmiştir. Bunun üzerine *Société de Grands Travaux de Marseille*, tahkim yargılamasının *East Pakistan Industrial Development Corporation* aleyhine yürütülmesini ve Bangladeş Devletinin ve/veya *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın, ya *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yanında yahut da *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yerine 'davalı' sıfatıyla davaya dâhil edilmesini talep etmiştir. Davaya bakan hakem, *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın, *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yerine 'davalı' sıfatıyla davaya dâhil edilmesine ve aksi davranışın uluslararası kamu düzenine aykırı olacağı gerekçesiyle Bangladeş Devletinin de ikinci davalı olarak davada yer almasına karar vermiştir. Hakem, *East Pakistan Industrial Development Corporation* bakımından bir küllî yahut cüzî halefiyet durumunun söz konusu olup olmadığının, bahse konu şirketin faaliyet merkezinin bulunduğu Bangladeş hukukuna göre tayin edilmesi gerektiği, Bangladeş Devlet Başkanı tarafından vaz edilen kararnameler çerçevesinde *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın tüm hak ve yükümlülüklerinin *Bangladesh Industrial Development Corporation*'a geçmiş bulunması karşısında, *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın uyuşmazlığa konu sözleşmenin tarafı hâline geldiği ve tahkim yargılamasına *East Pakistan Industrial Development Corporation*'ın yerine dâhil edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.¹⁰³⁴

¹⁰³⁴ YBCA, Vol:5, 1980, s.178–181; Reed s.565–566.

Bangladeş Devleti ve *Bangladesh Industrial Development Corporation* tarafından Cenevre mahkemelerinde açılan davayla, yukarıda anlatılan hakem kararının iptali talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi, *Bangladesh Industrial Development Corporation*'ın talebini, hukukî kişilikten yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiş; Bangladeş Devletinin talebini ise, hakemin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişiyi tahkim yargılamasına dâhil etme hakkı bulunmadığı gerekçesiyle kabul etmiştir. *Société de Grands Travaux de Marseille*, kararı temyiz etmiş ve Temyiz Mahkemesi, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilebilmesi için, üçüncü kişiyle taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın bulunması gerektiği ve kamu düzeninin, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı sayılması için kullanılmayacağı gerekçeleriyle temyiz talebini reddederek kararı onamıştır.¹⁰³⁵

Tahkim talebinin, sadece sözleşmenin diğer tarafı olan *Arab Organisation for Industrialisation*'a (AOI) değil, aynı zamanda AOI'yi teşkil eden dört devlete yöneltildiği *Westland* davasına konu olayda, Birleşik Arap Emirlikleri, Suudi Arabistan, Katar ve Mısır devletleri arasında AOI'yi kurdukları bir anlaşma akdedilmiştir. Üç sene sonra AOI ile *Westland Helicopters* arasında, bir anonim şirket olan *Arab British Helicopters Company (ABH)*'yi kurdukları bir ortaklık sözleşmesi akdedilmiştir. Mısır devleti, tahkim talebine verdiği cevapta, ICC Tahkim Divânı'nın ve hakem heyetinin yargılama yetkisine, *Westland*'ın tahkim talebini dayandırdığı tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye taraf olmadığını iddia ederek itiraz etmiştir. Divân, yaptığı *prima facie* incelemede, tahkim yargılamasının yukarıda zikredilen dört devlete karşı gerçekleşeceği ve konu hakkındaki nihâî kararın hakem heyetince verileceği sonucuna varmıştır. Hakem heyeti, konuya ilişkin ara kararında¹⁰³⁶, davaya bakmaya yetkisinin bulunduğu hükmetmiş ve tahkim anlaşmasını ilgili devletlere teşmil etmiştir¹⁰³⁷. Hakem heyeti AOI'nin kendi hukukî

¹⁰³⁵ YBCA, Vol:5, 1980, s.217–219; Sandrock, **Group of Companies**, s.631; Samuel, **Jurisdictional Problems**, s.105; Gillis J. Wetter, "Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunals", **Journal of International Arbitration**, Vol:2, No:1, March 1985, s.8.

¹⁰³⁶ ILM, Vol:23, 1984, s.1071.

¹⁰³⁷ Philippe Cahier, "The Strengths and Weaknesses of International Arbitration Involving a State as a Party", **Contemporary Problems in International Arbitration**, Ed: J.D.M. Lew, Centre for

kişiliğine sahip bulunup bulunmadığı konusunda, devletlerin, *AOI*'yle birlikte ve *AOI*'nin yerine, tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti *AOI*'nin kuruluşuna ilişkin belgeleri dikkate alarak ve Fransız, İsviçre Alman, İngiliz ve Amerikan hukuklarındaki ortaklık kavramıyla benzerliklerine işaret ederek 'böyle bir devletlerarası ortak teşebbüsün hukukî statüsüne, kendisini teşkil eden ortak devletlerin sorumluluğunu ortadan kaldıracak biçimde istinat edilemez' şeklinde karar vermiştir¹⁰³⁸. Bu karar, Mısır devletinin talebi üzerine Cenevre mahkemesince incelenmiş ve *AOI*'nin kendine ait bir tüzel kişiliği bulunduğu ve kendisini kuran dört devletten ayırt edilebilecek bir tüzel kişi olduğu için, tahkim şartının sadece *AOI* bakımından bağlayıcı olduğu ve dört kurucu devletin tahkim şartına taraf olmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. İptal kararı İsviçre Federal Mahkemesince de onanmıştır.¹⁰³⁹ Aslında her iki gerekçe de tahkim yargılaması esnasında ileri sürülmüş ve hakemler tarafından; *AOI*'nin, Komitede yer alan bakanlardan ayrı bir mevcudiyeti olmadığı; hukukî varlığının, ilgili dört devletin başkanlarından ayırt edilebileceğini ortaya koyamayacak derecede ilgili dört devletle birbirine yapışmış bulunduğu; *AOI*'nin ilgili dört devletin sanayileşme programlarını daha iyi idare ve koordine edebilmek amacıyla oluşturdukları bir hukukî araç olduğu ve *AOI*'nin aslında bakanlarından oluşan bir Komite vasıtasıyla hareket eden devletler birliği olduğu gerekçeleriyle reddedilmişti.¹⁰⁴⁰

Pyramids davası olarak bilinen *Southern Pacific Properties v. Arab Republic of Egypt and EGOH* davasına¹⁰⁴¹ konu olayda, Kanada şirketi *Southern Pacific Properties (SPP)* ile Mısır devletine ait *EGOTH* şirketi arasında, Mısır'daki Giza Piramitleri civarında bir gayrimenkul yatırım sözleşmesi akdedilmiş ve sözleşme Mısır Turizm Bakanlığı tarafından *tasdik amacıyla* imzalanmıştı. Davacı tahkim talebini sadece sözleşmenin diğer tarafı olan *EGOTH*'a değil aynı zamanda Mısır

Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, 1986, s. 244–245; Silva–Romero s.47.

¹⁰³⁸ Fouchard, Gaillard, Goldman, s.291.

¹⁰³⁹ *YBCA*, Vol:16, 1991, s.175 vd.

¹⁰⁴⁰ Pierre Lalive, "Arbitration with Foreign States or State–Controlled Entities: Some Practical Questions", *Contemporary Problems in International Arbitration*, Ed: J.D.M. Lew, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, 1986, s.291.

¹⁰⁴¹ *YBCA*, Vol:9, 1984, s.111 vd.

Arap Cumhuriyeti'ne de yönelmişti. Mısır Arap Cumhuriyeti, tahkim talebinin dayandığı tahkim anlaşmasına taraf olmadığı gerekçesiyle ICC Tahkim Divânı'nın ve teşkil edilecek hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Davacı, Mısır Turizm Bakanlığı sözleşmeyi imzaladığı ve “uygun bulunmuş, mutabık kalınmış ve onaylanmıştır” (“*approved, agreed and ratified*”) ibaresini eklediği için bu iddiaya karşı çıkmıştır. Divân, yaptığı *prima facie* inceleme sonucunda, davacı ile Mısır Arap Cumhuriyeti arasında bir tahkim anlaşması olabileceğine ikna olarak, yetkisi hakkında karar vermek üzere meseleyi hakem heyetine bırakmıştır. Hakem heyeti, yetkisi bulunduğunu açıklayan bir karar vermiştir. Hakem heyetinin gerekçesi, tahkim anlaşmasına ilişkin rızanın açık ve tereddüde yer bırakmayacak nitelikte olmasına yönelik prensibe rağmen, devlet sözleşmeye taraf olurken, sözleşmenin ihtiva ettiği tahkim şartıyla bağlı olacağından şüphe duymasının makûl olmayacağı konusunda bir belirsizlik bulunmadığı idi¹⁰⁴². Bunun üzerine Mısır Devleti, Fransız Medeni Usûl Kanunu m.1502 hükmüne dayanarak ve tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürerek, hakem kararının iptali amacıyla dava açmıştır. Paris Temyiz Mahkemesi, tahkim şartına yönelik “uygun bulunmuş, mutabık kalınmış ve onaylanmıştır” (“*approved, agreed and ratified*”) ibaresinin tahkim şartına taraf olma iradesini göstermediği gerekçesiyle Mısır Devletinin talebini kabul etmiştir. Mahkeme bu kararı verirken, “uygun bulunmuş, mutabık kalınmış ve onaylanmıştır” (“*approved, agreed and ratified*”) ibaresinin, Turizm Bakanlığına turist merkezlerinin ve otellerin inşası, işletilmesi ve yönetimini onaylama yetkisini veren Mısır hukuku çerçevesinde ve EGOH tarafından tamamlayıcı sözleşme kapsamında taahhüt edilen yükümlülüklerin ilgili devlet yetkililerinin onayına tâbi olduğuna ilişkin EGOH ile SPP'nin açıklaması ışığında yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁴³. Sonuçta, Paris Temyiz Mahkemesi, ‘*onaylanmış, kabul edilmiş ve tasdik edilmiştir*’ tabirinin Mısır hukukuna göre yorumlanması gerektiği ve Mısır hukuku uyarınca bu işlemin devleti taraf hâline getirmediği gerekçesiyle hakem kararını iptal etmiş ve bu iptal kararı *Cour de Cassation* tarafından onaylanmıştır^{1044 1045}.

¹⁰⁴² Fouchard, Gaillard, Goldman, s.293.

¹⁰⁴³ Fouchard, Gaillard, Goldman, s.293 dn.228.

¹⁰⁴⁴ **Rev.Arb.** 1987, s.469; **YBCA**, Vol:13, 1988, s.152.

Devlete ait bir petrol şirketi tarafından akdedilen tahkim şartının, ilgili devlete teşmili meselesinin ele alındığı 8035 sayılı ICC davasında, bir devlet temsilcisinin bir sözleşmeyi devlet adına imzalamasının; bu imzanın üzerine “Onaylanmıştır” şeklinde bir mühür vurulması ve temsilcinin aynı sözleşmeyi ayrıca devlete ait bir petrol şirketi adına da imzalaması karşısında, bahse konu devleti bu sözleşmenin tarafı hâline getirmeyeceğine karar verilmiştir. Hakem heyetine göre, temsilci, sözleşmeyi devlet adına imzalarken, devleti sözleşmenin tarafı hâline getirmek amacıyla değil, devlete ait petrol şirketinin sözleşmeyle bağlanmasının devlet tarafından da onaylandığını ortaya koymak amacıyla hareket etmişti.¹⁰⁴⁶

Türkmenistan Devletinin hâkimiyetindeki bir şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, Türkmenistan Devleti’ne teşmilinin tartışma konusu olduğu 9508 sayılı ICC davası olan *Bridas SAPIC, Bridas Energy International Ltd, Intercontinental Oil and Gas Ventures Ltd v. Government of Turkmenistan and Concern Balkanbebitgazsenagat* davasına konu uyuşmazlık, Türkmenistan Devletinin hâkimiyetindeki bir teşebbüs ve Arjantinli bir şirketin oluşturduğu *joint-venture* ile Türkmenistan Devleti arasındaki petrol imtiyazlarına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanmaktaydı. 1993 senesinde, daha sonra davacı konumunda bulunan üç *Bridas* davacısından ikisi ile bir Türkmen şirket arasında bir *joint-venture* sözleşmesi akdedilmiştir. Türkmen şirket daha sonra *Balkanbebitgazsenagat* ile yer değiştirmiştir. *Joint-venture* sözleşmesi İngiliz hukukuna tâbi kılınmış ve uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim yerinin Teksas olduğu ICC tahkimi öngörülmüştür. Davacılar, 1996 senesinde *Balkanbebitgazsenagat* ve Türkmenistan Devleti aleyhine tahkim yargılaması başlatmıştır. Türkmenistan Devleti, tahkim yargılamasına *taraf* olarak dâhil edilmesine itiraz etmiş, fakat hakem heyeti,

¹⁰⁴⁵ Cahier s.243; Rubino-Sammartano s.169–170; Chukwumerije s.51; Silva-Romero s.47; Jarvin, **Praxis des ICC**, s.48–49; Hosking, **Third Party**, s.481; Fouchard, Gaillard, Goldman s.292–293; Samuel, **Jurisdictional Problems**, s.104; Wetter s.10–12; Robert Layton, “Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America”, **Journal of International Arbitration**, Vol:10, No:2, June 1993, s.136–138; Reisman, Craig, Park, Paulsson, s.487–491.

¹⁰⁴⁶ Horacio A. Grigera Naón, “The Settlement of Investment Disputes Between States and Private Parties – An Overview from the Perspective of the ICC”, **The Journal of World Investment**, July 2000, Vol:1, No:1, s.99–100.

Türkmenistan Devletinin tahkim anlaşmasının tarafı olduğuna karar vermiştir. Türkmenistan Devleti, *joint-venture* sözleşmesi de dâhil olmak üzere, herhangi bir sözleşmenin tarafı değildi. Hakem heyeti, tarafların, akdî ilişki çerçevesinde *joint-venture* kurulmadan önceki ve kurulduktan sonraki davranışlarını incelemiştir. Hakem heyetine göre, mülkiyeti Türkmenistan Devletine ait bulunan doğal kaynağın kullanımı için Türkmenistan Devleti bir uluslararası ihale açmış, kaynağın hangi şartlar altında kullanılacağını tayin etmiş, kaynağın kullanımının idaresinde aktif rol oynamış, kaynağı kesmiş, kaynağın kullanım şartlarının yenilenmesine ilişkin müzakerelerde yer almış ve davacının temsilcileri, Türkmenistan Devletinin temsilcileriyle muhatap olmuştur. Kaynağın kullanımı Türkmenistan Devletine ait bir konudur ve Türkmenistan Devletinin, projenin hukukî kalıbını seçmede özgür olduğu tartışmasızdır. Potansiyel girişimcilere sunulan bilgiye göre, sözleşmenin tarafı olarak Türkmenistan Devleti değil, başka bir Türkmen tüzel kişisi yer alacaktı. Davacıların, *joint-venture* sözleşmesinin müzakeresine ilişkin iddiaları, tarafların iradelerinin, Türkmenistan Devletinin *joint-venture* sözleşmesine kısmen veya tamamen taraf olması yönünde bulunduğunu ortaya koymak için yeterli görülmemiştir. Hakem heyeti daha sonra *joint-venture* sözleşmesini incelemiş ve kaynağın devri için Türkmenistan Devletinin bir kararnamesinin gerekli olması ve Türkmen tarafça üstlenilen fakat sadece Türkmenistan Devleti tarafından ifa edilebilecek veya verilebilecek yirmi üç farklı taahhüdün bulunması gibi, Türkmenistan Devletinin projede yer aldığını ortaya koyan birçok gösterge bulmuştur. Bu taahhütlere örnek olarak çeşitli vergi muafiyet ve imtiyazları, gümrük yükümlülüklerinden muafiyet ve kaynağın devlet arazisinden çıkarılması gösterilebilir. Aynı ayrı ele alındıkları takdirde bu hükümlerin hiçbiri tarafların iradelerinin, devletin sözleşmenin tarafı olduğu yönünde bulunduğu varsayımını desteklemeye yeterli değildir. Fakat bir arada ele alındıklarında, akdî ilişkiye devlet güçlerinin ve menfaatlerinin de dâhil olduğunu ortaya koyarlar. Bu durum, *joint-venture* sözleşmesinin hükümlerine dayanan irade ve onayların mevcudiyetini teyit eden resmî kararnameyle de tasvir edilmektedir. *Balkannebitgazsenagat, joint-venture* sözleşmesi kapsamında belirli bazı hakları, Türkmenistan Devletinin rızasıyla garanti etmişti. Bu haklar dokuz maddeydi ve sözleşmenin icra edileceği bölgede yürütülecek hidrokarbon faaliyetine, boru hattına, hidrokarbonların ihracına

ve nakit kontrolünden muaf olunmasına ilişkin hakları da içermekteydi. *Bridas* davasındaki koşullar, hakem heyetinin, tarafların tahkim anlaşmasıyla bağlanma iradesine sahip bulunduğu sonucuna ulaşmasına imkân veren sıradışı koşullardı. Sonuca varılmasında en etkin hususlardan biri, Türkmenistan Devletinin sadece *joint-venture* sözleşmesi ile bulunulan taahhütlerde aktif rol oynaması değil, aynı zamanda sözleşme sonrası davranışlarıydı.¹⁰⁴⁷

Bridas davası daha sonra ABD mahkemelerinin önüne gelmiştir.¹⁰⁴⁸ Türkmenistan Devleti ve devlet şirketi *Turkmenneft*, Türkmenistan Devletinin tahkim yargılamasına dâhil edilmesine itiraz etmiştir. Temyiz Mahkemesi, Türkmenistan Devletinin sözleşmede imzasının bulunmaması ve adının da zikredilmemesi karşısında, hakem kararından bağımsız bir inceleme yapmayı gerekli görmüştür. Mahkeme, ABD hukukunda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini temin eden teorileri ele almış; temsil teorisinin uygulanamayacağına karar vererek, devletin bir tür garantör olduğu ve bu yüzden temsil olunan kabul edilmesi gerektiği iddiasını reddetmiş; *alter ego* teorisi bakımından, perdenin arkasındaki şirketin, *kukla* şirket üzerinde tam hâkimiyete sahip bulunması ve bu hâkimiyetin hile veya diğer bir hukuka aykırılık amacıyla kullanılmış olması gerektiğini ve fakat olayda ikinci şartın gerçekleşmediğini belirtmiş; *estoppel* ve üçüncü kişi yararına sözleşme teorilerinin, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeden kaynaklanan menfaatleri elde ederken, bu tahkim şartına istinaden başlatılan tahkim yargılamasına dâhil olmayı reddeden davalıya karşı kullanılabilmesine ve davadaki durumun bu olmadığına karar vermiştir. Netice olarak Temyiz Mahkemesi, tahkim şartının Türkmenistan Devletine teşmil edilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁰⁴⁹

ICSID davası olan *Maffezini v. Kingdom of Spain* davasında İspanya, davacının talebinin İspanya devletiyle aralarındaki bir uyuşmazlıktan değil, İspanya hukukuna göre özel şirket niteliğindeki bir şirketle aralarındaki uyuşmazlıktan

¹⁰⁴⁷ Rosenberg s. 394–396.

¹⁰⁴⁸ *Bridas Sapic v. Turkmenistan*, 345 F.3d s.347 (5th Cir US).

¹⁰⁴⁹ Rosenberg s. 405–409; Carolyn B. Lamm, Eckhard R. Hellbeck, Anna L. Kovina, “United States: No Joinder of Non-Signatory Government to Arbitration Agreement with Wholly Owned Oil Company”, **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:5, 2004, N.56–58.

kaynaklandığını ileri sürmüş ve buna istinaden bahse konu şirketin davranış ve ihmalden doğan neticelerin devlete atfedilemeyeceğini iddia etmiştir. Hakem heyeti ise, bahse konu şirketin gerek fonksiyonel gerekse yapısal bakımdan kamu kudretiyle hareket ettiğine karar vermiş ve İspanya devleti tarafından kurulduğu, çoğunluk hissesinin İspanya devletine ait bulunduğu ve tipik devlet görevlerini ifa etmek amacıyla bölgesel bir kalkınma kuruluşu olarak faaliyet gösterdiği gerekçesiyle, şirketi bir devlet kuruluşu kabul edeceğine hükmetmiştir. Hakem heyetine göre İspanya devletinin, bahse konu şirketin özel hukuk kişiliğinin arkasına sığınmak suretiyle sorumluluktan kaçınmaya çalışması, hukuken korunabilecek bir menfaat değildi.¹⁰⁵⁰

d. Değerlendirme

Bir devlet birimi yahut devlet teşebbüsü tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, devlete teşmilinin mümkün olduğunu savunanlar muhtelif gerekçelere istinat etmektedir:

- tahkim şartını akdeden tarafın tüzel kişiliğinin bulunmaması, sadece devlet adına hareket edebildikleri anlamına gelir;
- ilgili birimin kendi hukuku uyarınca ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması, belirli bir projede devletin organı, kolu veya *alter egosu* olarak hareket ettiğini kabule engel değildir; buna göre, âkit taraf olan kurum, devletten hukuken ayrı ve farklı bir hukukî varlık olsa dahi ortada sadece başka bir isim altında faaliyet gösteren devlet vardır ve böyle durumlarda hukuk mantığını ve tüzel kişilik mefhumunu etkisiz kılan, farklı kıyafet içindeki devlettir;
- esas sözleşmenin finansmanını sağlarken “*Hükûmet fonksiyonunun ta kendisini*” yerine getiren hükûmet, devletin siyasî bir organıdır ve bütün malvarlığı devlete ait olduğu için, kararın yerine getirilmesini sağlamak üzere hükûmete ait haczedilebilir bir malvarlığı bulunmamaktadır. Kaldı ki devlet ile siyasî bir organ arasındaki mahallî ayırımın hukukî önemi bulunmamaktadır ve bir devlet organının davranışının, organ, yasama, yürütme, yargı veya diğer bir fonksiyonu

¹⁰⁵⁰ Lamm, Aqua s.732.

yerine getirmiş olduğu takdirde, o devletin davranışı kabul edileceği, genel kabul gören uluslararası hukuk prensibidir;

- mülkiyeti devlete ait bir doğal kaynağın kullanımı için ihale açılması, kaynağın hangi şartlar altında kullanılacağına tayini, kaynağın kullanımının idaresi, kaynağın kesilmesi ve kullanım şartlarının yenilenmesi gibi faaliyetlerde devletin başrolü oynaması ve diğer âkit tarafın temsilcilerinin, devletin temsilcileriyle muhatap olması; sözleşmenin tarafı olarak devletin değil, bir tüzel kişinin yer alacak olmasının, devletin projenin hukukî kalıbını seçmede özgür olmasına dayanması; kaynağın devri için devletin bir kararnamesinin gerekli olması; özel şirket tarafından üstlenilen fakat sadece devlet tarafından ifa edilebilecek yirmi üç farklı taahhüdün bulunması (vergi muafiyet ve imtiyazları, gümrük yükümlülüklerinden muafiyet ve kaynağın devlet arazisinden çıkarılması gibi) ve en önemlisi bütün bu vakıaların bir arada bulunması;
- ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bulunan fakat tamamen devletin hâkimiyeti altında bulunan bir şirketin ve ilgili devletin ancak tek bir varlık olarak telakki edilebileceği ve devletten ayrı bir kişinin bulunmadığı.

Bir devlet birimi yahut devlet teşebbüsü tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, devlete teşmilinin mümkün olmadığını savunanların temel argümanları ise:

- ilgili birimin, kendi hukuku uyarınca ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bulunması ve kendi hukukunda devletin, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumlarının faaliyetlerinden ve bu tür kamu kurumlarının da devletin faaliyetlerinden sorumlu olmadığını açıkça öngörülmüş olması;
- sözleşmede taraf olarak zikredilmeyen bir devletin sözleşmenin tarafı olup olmadığı hakkında, sözleşmeyi imzalayan kurumun, devletin organı olarak hareket edip etmediğinin değil, sözleşmenin taraflarının devleti sözleşmenin tarafı olarak benimseyip benimsemediklerinin önem taşıması ve bu bağlamda devletin, ilgili sözleşmeye taraf olmamayı ve sözleşmenin, kendi parasına ve kendi tüzel kişiliğine sahip bulunan bir kurum tarafından akdedilmesine yetki vermeyi açıkça tercih etmesi karşısında tahkim şartının devlete teşmilinin söz konusu olamayacağıdır.

Kanaatimizce bir devlet birimi yahut devlet teşebbüsü tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının devlete teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevap, ilgili birim yahut teşebbüsün tüzel kişiliğe sahip bulunup bulunmadığına dayanmalıdır. Zira tüzel kişiliği sahip olmaması durumunda, birim veya teşebbüs zaten devletin içinde yer almaktadır ve akdettiği tahkim anlaşması doğrudan devleti bağlayacaktır. Buna karşılık tahkim anlaşmasını akdeden birim veya teşebbüsün, tâbi olduğu hukuka göre ayrı tüzel kişiliğe sahip olması hâlinde buna riayet edilmesi gerekmektedir. Kendi sorumluluklarına ve kendi ticarî faaliyetleriyle ilgili kararları alma mekanizmasına sahip bulunan devlet teşebbüsleri ile uluslararası ticarî faaliyette bulunabilmeleri için devlet makamlarının yetkilendirmesine yahut tasdikine tâbi olan devlet teşebbüsleri arasında bir ayırım yapılması gerektiği yönündeki görüş¹⁰⁵¹ de bu çerçevede uygulanma alanı bulabilir.

Meseleye sadece Türk hukuku açısından bakıldığında ise, bakanlıklar tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarının; Türk hukukunda bakanlıkların, kendilerine ait tüzel kişiliği bulunmayan ve sadece devlet adına hareket edebilen varlıklar olmaları itibarıyla devlete teşmil edilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız. Zira Türk hukukunda devletin tüzel kişiliği bulunmaktadır ve tüzel kişiliği bulunmayan bakanlıklar, devletin organlarıdır. Bu nedenle bakanlıkların geliri veya malvarlığı da olamaz ve bakanlıklarca kullanılan para ve malvarlığı da devlete ait bulunmaktadır. Devletin ancak, aralarında bakanlıkların da bulunduğu, organları vasıtasıyla hareket edebildiği göz önünde tutulduğunda, bakanlıkların hareketlerinin devleti bağlayacağı, sözleşmenin bakan tarafından imzalanması hâlinde imzanın devleti temsilen atıldığı ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, bakanlığı tarafından akdedilen sözleşmeler ve bunların ihtiva ettiği tahkim şartlarıyla bağlı olduğu kanısındayız. Türk hukukunda bakanlıkların davacı veya davalı olabilme imkânlarının, tamamen pratik mülâhazalardan ve bakanlıkların, devletin organı olarak hareket etmesinden kaynaklanmaları ve devlete izafeten yerine

¹⁰⁵¹ Bouchez s.90.

getirilmeleri itibariyle, tahkim yargılamasında etkisinin bulunmadığı görüşüne katlıyoruz.

Bu başlık çerçevesinde kullanılan *devlet* tabiriyle ifade edilmek istenen hususun ne olduğu konusunda tereddüt yaşanabilir. *Devlet* tabiri mahallî ve milletlerarası bağlamda aynı anlamlara gelmez. Bir vatandaş ile devlet arasındaki – vergi ödeme görevi, adalet ve emniyet gibi bir kamu hizmetinin kötü işlemeden ötürü devletin sorumluluğu gibi– ilişkilere atıfta bulunulduğunda devlet kelimesi ‘devlet mekanizmasını’ veya idareyi ifade etmek için kullanılmıştır. Bu anlamdaki devlet, tüzel kişiliğe sahip kamu hukuku kişilerinden sadece biridir. Milletlerarası bağlamdaki *devlet* ise, milleti ve ülkesi ile birlikte bir devletler umumî hukuku süjesi olan ve bünyesindeki kamu hukuku kişilerini hâkimiyeti altında bulunduran varlığı ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.¹⁰⁵² Bu başlık çerçevesinde, tahkim anlaşmasının teşmil edilmek istendiği *devlet*, uluslararası hukuk süjesi anlamındaki devlettir. Meselâ 12815 sayılı ICC davasında, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından akdedilen tahkim anlaşması, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bünyesindeki sayısız kamu tüzel kişiliğinden biri olan devlet tüzel kişiliğine değil, bir uluslararası hukuk süjesi olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne teşmil edilmek istenmiştir. Bu itibarla, bir üst paragrafta savunduğumuz görüş kapsamında bakanlık tarafından akdedilen tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınması gerektiği kanaatine vardığımız devlet, *kamu tüzel kişisi olan devleti* tarif etmek amacıyla kullanılmıştır.

Bununla birlikte, bir devletin, tahkim şartı içeren bir sözleşme akdetmiş bulunan hâkimiyeti altındaki bir şirketi tasfiye etmesi üzerine sözleşmenin ve tahkim yargılamasının tarafı addedileceği yönündeki kararın gerekçesi olarak *uluslararası kamu düzeni* gibi soyut ve müphem bir kavrama istinat edilmektedir ki bunu doğru bulmadığımızı hemen belirtelim. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin, kamu

¹⁰⁵² Meselâ bir Fransız işadammın, bir taraftan Fransız devletinin Fransız ekonomisinin işleyişinde oynadığı aşırı rolü beğenmediği diğer taraftan Fransa’nın dünya ekonomisindeki pozisyonundan memnun olduğu iki olasılıkta aynı şey hakkında konuşmadığı ifade edilmektedir. Birinci durumda mahallî bir yapıda konuştuğu ve kendinden farklı gördüğü veya kendisiyle çatışma hâlinde bulunan devlet idaresi hakkında şikâyet ettiği; ikinci durumda ise milletlerarası bir yapıda, kurucu unsurunu teşkil ettiği Fransa devletini diğer devletlerin karşısında düşündüğü belirtilmektedir; Silva-Romero s.53.

düzeninin, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı sayılması için kullanılmayacağı yönündeki kararını destekliyoruz.

Bir devlet birimi yahut devlet teşebbüsü tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, salt devlet tarafından uygun görüldüğünün ortaya konulması amacıyla imzalanması yahut mühürlenmesi hâlinde, bu işlemin, tahkim anlaşmasına rıza gösterilmesi yönündeki iradenin mevcudiyetinin başka vakıalarla desteklenmemesi durumunda, devletin tahkim anlaşmasına taraf olduğunun kabulü için yeterli olmadığı görüşüne iştirak ediyoruz.

Son olarak, ICC Tahkim Divânı'nın, tahkim anlaşmasının teşmil edilmeye çalışıldığı üçüncü kişinin *devlet* olması durumunda *rıza* konusunda sergilediği ve salt ticarî sözleşmeler ve devletin taraf olduğu sözleşmeler arasındaki ayırımı dayandırdığı katı yaklaşımı ve ICC Tahkim Kurallarını yorumlar ve uygularken, devlet mekanizmasının faaliyetine temel teşkil eden kamu menfaatinin hesaba katmasını yerinde bulmadığımızı ifade ediyoruz. Zira bize göre üçüncü kişiye teşmil, eğer vuku bulacaksa, muhakkak hukukî birtakım gerekçelere istinat etmelidir ve böyle bir gerekçenin mevcudiyetinden sonra üçüncü kişinin devlet yahut özel kişi olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki kamu menfaatinin temini, mahkemelere yahut hakem heyetlerine tevdi edilmiş bir görev değildir.

8. Farklı Taraflarca Akdedilen Farklı Sözleşmeler Arasındaki Bağlantı

a. Genel Olarak

Farklı taraflar arasında akdedilen farklı sözleşmeler veya bunlardan doğan yükümlülükler arasında bağlantı bulunmasının veya bu sözleşmelerin aslında tek bir sözleşmenin parçalarını teşkil etmesinin yahut birbirini tamamlayıcı nitelik taşımasının; bir sözleşmede yer alan tahkim şartının diğer sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsaması için yeterli bir gerekçe teşkil ettiği yönünde çeşitli görüş ve içtihatlar mevcuttur.

Farklı taraflar arasında akdedilen bağlantılı sözleşmeleri örneklemek gerekirse: bir konsorsiyumun üyeleri olan (A), (B) ve (C), farklı taraflarla farklı birer sözleşme imzalar: (A) ile (X) arasında bir çerçeve sözleşme, (B) ile (Y) arasında bir kooperasyon sözleşmesi ve (C) ile (D) arasında bir *joint-venture* sözleşmesi. Diğer bir ihtimalde (A), (B) ile bir sözleşme imzalar; (C) ile ikinci bir sözleşme imzalar ve (D) ile de üçüncü bir sözleşme imzalar: ilk sözleşmeyi bir mimarla, ikinci sözleşmeyi bir inşaat şirketiyle ve üçüncü sözleşmeyi danışman mühendislerle imzalayan bir işveren. Üçüncü ihtimalde ise (A) ile (B), (B) ile (C), (C) ile (D) arasında birer sözleşme akdedilir: bir işverenin; kendi taahhütlerini, aynı davranışı tekrarlayan alt yüklenicilerle yaptığı sözleşmelere konu eden bir inşaat şirketiyle sözleşme akdetmesi. Bu senaryolar, *Westland* davası¹⁰⁵³ gibi hallerde daha da karmaşık olabilir. Birleşik Arap Emirlikleri, Suudi Arabistan, Katar ve Mısır devletleri arasında, *Arab Organisation for Industrialisation*'ı kurdukları bir anlaşma akdedilir. Üç sene sonra *Arab Organisation for Industrialisation* ile *Westland Helicopters* arasında, *Arab British Helicopters Company*'i kurdukları bir ortaklık sözleşmesi akdedilir. Aynı gün *Westland* ile *Arab British Helicopters Company* arasında bir dizi sözleşme imzalanır.¹⁰⁵⁴

Çalışmamızın bu kısmında, farklı sözleşmeler arasında yer alan bağlantının, bir sözleşmede yer alan tahkim şartının diğer bir sözleşmeye ve dolayısıyla bu diğer sözleşmenin taraflarına teşmilini temin edip etmeyeceği sorusuyla meşgul olacağız.

Konunun mahiyeti farklı olasılıkları da beraberinde getirmektedir. Meselâ taraflar farklı olmakla beraber sözleşmelerde yer alan tahkim şartları aynı veya birbirine uygun olabilir. Tarafların farklı olmasının yanında, sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının da aynı veya birbirine uygun olmama ihtimali mevcuttur. Farklı taraflarca akdedilen farklı sözleşmelerden birinin tahkim şartı içermemesi veya mahkeme lehine yetki şartı içermesi de bu başlık altında incelenmesi gereken konulardandır. Son olarak tahkim yargılamasının davalılarından biri tarafından diğer bir davalıya karşı ileri sürülen taleplerin durumuna temas edilecektir.

¹⁰⁵³ 3879 sayılı ICC davasında verilen 5.3.1984 tarihli hakem kararı, **YBCA**, Vol:11, 1986, s.130.

¹⁰⁵⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts-Parties-Issues**, s. 299-300.

Meselenin esasına geçmeden önce, ABD mahkemelerinin, bu tarz vakıalarla karşılaştıkları zaman çelişkili davranış yasağı (*estoppel*) prensibine müracaat ettiklerine de değinilmelidir. Bir yanda *St Margaret's Hospital* ve onun elektrik müteahhidi *Triangle* arasında, diğer yanda *Hospital* ve onun inşaat müteahhidi *McBro* arasında ayrı sözleşmelerin mevcut olduğu *McBro* davasında¹⁰⁵⁵ her iki sözleşmede özdeş tahkim şartları mevcuttu; fakat *Hospital* ile *Triangle* arasındaki sözleşmede “...evraktaki hiçbir emare, *Triangle* ile *McBro* arasında bir akdî ilişki meydana getirmez” hükmü yer almaktaydı. *Triangle*'ın talepleri, *Hospital* ile *McBro* arasındaki sözleşme hükümlerine dayandığı ve bunlarla iç içe geçtiği gerekçesiyle *Triangle*, tahkime itiraz etmekten çelişkili davranış yasağına istinaden men edilmiş ve *McBro*'ya yönelik talepleri bakımından tahkime gitmesi gerektiğine karar verilmiştir.¹⁰⁵⁶

b. Taraflar Farklı Olmakla Beraber Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Şartlarının Aynı veya Birbirine Uygun Olması

Aynı veya birbirine uygun tahkim şartları ihtiva eden ve farklı taraflarca akdedilen farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tek bir tahkim yargılamasında karara bağlanması konusunda farklı istikamette kararlar mevcuttur.

Milan Ulusal ve Uluslararası Tahkim Odası nezaretinde 2.2.1996 tarihinde karara bağlanan bir davada¹⁰⁵⁷ hakem heyeti, (A)'nın; (B), (C) ve (D) ile aynı amacı taşıyan ve özdeş tahkim şartları ihtiva eden üç benzer sözleşmeyi arka arkaya akdetmesinin, (B)'nin (A) ile birlikte (C) aleyhine tahkim yargılaması başlatmasına müsaade edilmesi için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Olayda (A), yeni bir ilacın geliştirilmesi konusunda özdeş işbirliği sözleşmeleri akdetmiştir. Araştırma aşamasının masrafları tüm taraflarca paylaşılacaktır. Bir yıl sonra araştırma

¹⁰⁵⁵ 741 F.2d s.342.

¹⁰⁵⁶ Sawrie s.737–738; Hosking, **Third Party**, s.533; Eisen s.44–45; Dileo 57–58; Uloth, Rial s.611–612; Dearman s.671–672.

¹⁰⁵⁷ **YBCA**, Vol:22, 1997, s.191.

aşamasının (A) tarafından feshi üzerine, (A) ve (B) tarafından (C) aleyhine, (C)'nin araştırma aşamasındaki payının (B)'ye veya (A)'ya ödenmesi yönünde müşterek bir tahkim talebi ileri sürülür. (C) tahkim talebine itiraz eder ve hakem heyeti, aralarında bir tahkim anlaşması bulunmadığı için (B) ve (C) arasındaki uyuşmazlık hakkında yargılama yetkisi bulunmadığına hükmeder. Hakem heyetine göre üç sözleşme farklı sözleşmelerdir ve çok taraflı bir sözleşme teşkil etmezler. Özdeş tahkim şartları ihtiva etmeleri de sonucu değiştirmez. Bu yüzden hakem heyeti, (B)'nin, tarafı olmadığı tahkim anlaşmasına istinaden (C)'ye karşı tahkim yargılaması başlatamayacağına karar vermiştir.¹⁰⁵⁸

Westland davasına¹⁰⁵⁹ konu olayda uyuşmazlıklar hem *Arab Organisation for Industrialisation (AOI)* ile *Westland* arasındaki sözleşmeden, hem de *Westland* ile *Arab British Helicopters Company (ABH)* arasındaki sözleşmeden kaynaklanmıştı. Bütün sözleşmeler ICC tahkimini öngörmekteydi. *Westland*, ICC nezdindeki tahkim talebini *AOI*, *Birleşik Arap Emirlikleri*, *Suudi Arabistan*, *Katar*, *Mısır* ve *ABH*'ye yöneltti. Hakem heyeti, yargılama yetkisine ilişkin kararında kendisini bütün davalılar bakımından yetkili görmüştür. Hakem heyeti, bu dört devletin, imzalamamış olmalarına rağmen tahkim şartıyla bağlı olduklarına karar vermiş ve Mısır tarafından ileri sürülen, *Westland*'in altı davalı aleyhine tek bir tahkim yargılaması başlatmasının haksız olduğu itirazını reddetmiştir. Hakemler, **(a)**aralarında hukukî bir topluluk mevcut olması veya **(b)**uyuşmazlığın konusunu esas itibariyle müşterek bir maddî ve hukukî sebebe dayanan aynı karakterdeki taleplerin teşkil etmesi hâlinde davacıların, davalarını birden çok davalıya müştereken yöneltebileceklerini ve talebin, bu iki şarta uygun ve dolayısıyla kabul edilebilir olduğuna karar vererek, tahkim şartının ilgili devletlere teşmilinin hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır: “...herşey tarafların tahkim anlaşmasında vücut bulan iradelerine dayanır. Bu yüzden prensip olarak tarafların, hakemlerin aynı anda hepsi hakkında yargılama yetkisine sahip olması ve içlerinden birinin diğerleri

¹⁰⁵⁸ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.305.

¹⁰⁵⁹ 3879 sayılı ICC davasında verilen 5.3.1984 tarihli hakem kararı, **YBCA**, Vol:11, 1986, s.127; Mısır Devletine ilişkin kısmı İsviçre Federal Mahkemesi'nin 29.7.1988 tarihli kararıyla iptal edilmiştir: **YBCA**, Vol:16, 1991, s.180–181.

aleyhine tek bir tahkim yargılaması başlatabilmesi yönündeki niyetleri gerekli ve yeterlidir. Bu yüzden, içerikleri tarafların zihninde bir bütün oluşturduğunu gösteren farklı tahkim şartları bulunmasının fazla önemi yoktur... kabul edilen evrak dizisi bölünmez bir bütün teşkil etmektedir ve bu dört devlet bu surette birlikte hareket etme arzularını tek bir isim altında birleşerek gerçekten göstermiştir. Farklı sözleşmelerdeki şartların benzerliği de bu yorumu doğrulamaya hizmet eder. Bu da göstermektedir ki hakem heyeti sadece devletler, AOI ve ABH hakkında yetkili değil aynı zamanda davalarını bir ve aynı hakem kararında hükme bağlamakta haklıdır.¹⁰⁶⁰”¹⁰⁶¹

Paris Temyiz Mahkemesi'nin 31.10.1989 tarihli kararına¹⁰⁶² konu olayda, fotoğrafların çabuk banyo edilmesi ve basılması amaçlı bir ekipmanın üreticisi olan *Kis France*, bu ekipmanın farklı ülkelerde pazarlanmasını sağlamak amacıyla *Société Générale* ile bir sistem kurmuştur. Farklı sözleşmeler akdedilmiştir:

- *Kis France* ile *Société Générale* arasında, kendi adlarına ve yan şirketleri hesabına hareket ettikleri bir çerçeve sözleşme;
- *Kis France*'in yan şirketleri ile *Société Générale*'in yan şirketleri arasında, çerçeve anlaşmanın yürütülmesine ilişkin sözleşmeler ve bilhassa ABD için, *Société Générale*'in yan şirketi *Sogelease Corporation* ile *Kis*'in yan şirketi *Kis Corporation* arasında akdedilen sözleşme;
- Çerçeve sözleşmeye, gerek *Société Générale*'in gerekse *Kis France*'in yan şirketleri için kendi adlarına hareket ederek imzaladıkları bir ilâve sözleşme;
- *Société Générale*'in kendi ve yan şirketi hesabına hareket ederek, yine hem kendi hem de yan şirketi *Kis USA* hesabına hareket eden *Kis Photo Industrie* ile akdettiği bir sözleşme.¹⁰⁶³

Çerçeve sözleşme ICC tahkim şartı ihtiva etmekteydi ve diğer sözleşme ve eklerde bu şarta açıkça atıfta bulunulmaktaydı. Tahkim yargılaması *Société Générale*

¹⁰⁶⁰ **YBCA**, Vol:11, 1986, s.133.

¹⁰⁶¹ Rubino-Sammartano s.181–182; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.306.

¹⁰⁶² *Société Kis France et Autres c/ Société Générale et Autres*, **YBCA**, Vol:16, 1991, s.145 vd.

¹⁰⁶³ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.306–307.

ve iki yan şirketi *Sogelease Pacific* ve *Sogelease Corporation* tarafından *Kis France*, *Kis Photo Industrie* ve *Kis Corporation* aleyhine başlatılmıştır. Hakem heyeti, hem bütün davacı ve davalılar bakımından, hem de farklı sözleşmelerden kaynaklanan bütün uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisinin bulunduğuna hükmetmek suretiyle tahkim şartını, üçüncü kişi konumundaki davacı ve davalılara teşmil etmiştir. Açılan iptal davasında, hakemlerin yargılama yetkilerini esas itibariyle grup şirketler teorisine istinaden¹⁰⁶⁴ teyit eden Paris Temyiz Mahkemesinin, kararını dayandırdığı gerekçeler arasında ' *tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin değiştirilemez biçimde bağlantılı olması*' da yer almıştır.¹⁰⁶⁵

c. Tarafların Farklı Olmasının Yanında Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Şartlarının Aynı veya Birbirine Uygun Olmaması

Sofidif davasında¹⁰⁶⁶ üç Fransız şirket *Eurodif*, *Sofidif* ve *Cogema*, ICC nezdinde, *Iranian Atomic Energy Organisation (OEAI)* ve *Iranian Organisation for Investment and Economic and Technical Aid (OIAETI)* aleyhine, uranyum zenginleştirilmesi projesinde Fransa'nın İran'la işbirliğine dair, farklı taraflar arasındaki ve farklı tahkim şartları ihtiva eden sözleşmelere ilişkin olarak birlikte tek bir tahkim yargılaması başlatmıştır. *OEAI* ve *OIAETI*'nin itirazına rağmen yargılama devam etmiştir. Hakem heyeti, sözleşmelerin birbirine bağlılığı ve birbirini tamamlayıcılığından dolayı yargılama yetkisine sahip bulunduğuna hükmetmiştir. Hakem kararı Paris Temyiz Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve mahkeme, tek bir tahkim yargılamasının ancak ilgili tüm tarafların rızasıyla gerçekleşebileceğini gerekçe göstererek, bir sözleşmede yer alan tahkim şartının, bir başka sözleşmenin taraflarına teşmil edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

¹⁰⁶⁴ Leadley, Williams s.112; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.307–308.

¹⁰⁶⁵ **YBCA**, Vol:16, 1991, s.145.

¹⁰⁶⁶ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.308'den alınmıştır.

Paris Temyiz Mahkemesinin 19.5.1993 tarihli kararına konu *Labinal*¹⁰⁶⁷ davasında, (A) ve (B) arasında, işverenin *British Aerospace* olduğu bir yatırımda (C) şirketiyle daha iyi rekabet edebilmek amacıyla, tahkim şartı ihtiva eden bir *joint venture* sözleşmesi akdedilmiştir. Daha sonra, *British Aerospace*'in yatırıma ilk tepkileri karşısında (A), (B) ve (C), birlikte çalışmak amacıyla müzakerelere başlamışlardır. Bu müzakereler başarısızlıkla sonuçlanmış, fakat (B) ve (C) arasında, (A)'ya karşı bir anlaşmaya varılmıştır. Bunu öğrenen (A) tarafından, hukuka aykırı bir anlaşma yaptıkları ve davranışlarının haksız rekabet teşkil ettiği iddiasıyla (B) ve (C) aleyhine tahkim yargılaması başlatılmıştır. Bunun üzerine meselenin intikal ettirildiği alt mahkeme kendini yetkili görmüş, fakat Temyiz Mahkemesi: "...*hem iki uyumsuzluk arasındaki bağlantının hem de adaletin temininin, hakem heyetini, özgürce akdedilmiş ve (A) tarafından da kabul edilmiş bir tahkim şartını uygulamaktan alıkoymayacağına...*" hükmederek kararı bozmuş ve tahkim şartının sadece (B) bakımından bağlayıcı olduğuna, üçüncü kişi konumunda bulunan (C)'ye teşmil edilemeyeceğine karar vererek, (C) hakkında yargılama yetkisinin bulunduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁶⁸

Paris Temyiz Mahkemesinin 2.3.1995 tarihli kararı¹⁰⁶⁹, bir inşa sözleşmesinden kaynaklanan çok taraflı bir uyumsuzluğa ilişkindi. İşveren tarafından, projeye katkıda bulunan bütün şirketler, çatı panellerini sağlayan şirket ve panellerin üreticisi aleyhine Fransız mahkemelerinde dava açılmıştır. Üretici, distribütörüyle arasındaki anlaşmada yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Alt mahkeme, Paris Temyiz Mahkemesi tarafından benimsenen kararında, şu gerekçeyle kendisini yetkili görmüştür: "*Bir uluslararası sözleşmeye konulan tahkim şartı, sözleşmenin ifasına ve sözleşmeden doğabilecek uyumsuzluğa doğrudan karışan taraflara, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye taraf olmasalar dahi konumları ve davranışları, tahkim şartının ve kapsamının farkında oldukları varsayımını güçlendirmesi koşuluyla uygulanmasını gerektiren kendine has geçerliliğe ve hükümlere sahiptir. Bu, kendini, üçüncü bir şirket tarafından üretilmiş*

¹⁰⁶⁷ **Rev.Arb.** 1993, s.645.

¹⁰⁶⁸ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.309.

¹⁰⁶⁹ *SMABTP & Autres c/ soc. Statinor & Autre*, **Rev.Arb.** 1997, s.550.

ürünleri alt yükleniciler vasıtasıyla elde etmeyle sınırlamış ve üçüncü şirket ile alt yükleniciler arasındaki anlaşmanın gerektirdiği yükümlülükleri bildiği ne iddia ne de ispat edilebilen bir şirketin (burada işverenin) hâli değildir.” Mahkemeye göre bu yüzden, sözleşme zincirini oluşturan sözleşmelerin sadece birinde yer alan tahkim şartının, akdî ilişkinin diğer katılımcılarına teşmili mümkün değildi.¹⁰⁷⁰

d. Farklı Taraflarca Akdedilen Farklı Sözleşmelerden Birinin Tahkim Şartı İçermemesi veya Aksine Mahkeme Lehine Yetki Şartı İçermesi

Fransız Yüksek Mahkemesinin 30.3.2000 tarihli *Société Firma Waibel v. Käuffer* kararına¹⁰⁷¹ konu olayda, Fransa’da ikamet eden bir iş adamı, iki şirketteki hisselerini bir Alman şirketine satmak konusunda anlaşmıştı. Hisse satış sözleşmesi bir tahkim şartı ihtiva etmekte ve ücretin, şirketlerin Aralık 1995 hesaplarına göre tespit ve 1997 hesaplarına göre revize edileceğini öngörmekteydi. Taraflar ayrıca iki Fransız muhafaza acentasıyla, dokuz milyon frangı müştereken muhafazada tutacakları ve paranın, fiyatın nihaî olarak tespitinden bir ay sonra satıcıya ödenmesini öngören bir muhafaza sözleşmesi akdetti. Fransız satıcı ve Alman alıcı arasında fiyat konusunda bir uyuşmazlık doğması üzerine satıcı, Fransız mahkemelerinde iki ayrı yargılama başlatmış ve muhafaza acentasının elinde tuttuğu miktarı serbest bırakmasına karar verilmesini de talep etmiştir. Muhafaza sözleşmesinde tahkim şartı yoktu ne var ki hisse satış sözleşmesi, dokuz milyon frangın yalnızca fiyatın nihaî olarak tespitinden sonra serbest bırakılacağını öngörerek muhafaza sözleşmesine atıfta bulunuyordu. Alıcı, tahkim şartının, hisse satış sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklara uygulanacağı için muhafaza sözleşmesine de uygulanması gerektiğini iddia etmiş, satıcı ise, talebin sadece tahkim şartı içermeyen sözleşmeye dayandığını ve bu yüzden paranın serbest bırakılmasına karar verme konusunda mahkemelerin yetkili olduğunu ifade etmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi, hisse satış sözleşmesi ile muhafaza sözleşmesi arasında bağlantı

¹⁰⁷⁰ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.309–310.

¹⁰⁷¹ **ASA Bull**, 2000, s.381.

bulduğuna ve hisse satış sözleşmesinde yer alan tahkim şartının muhafaza sözleşmesine de uygulanacağına karar vermiştir.¹⁰⁷²

Üçüncü kişi konumundaki şahsın, tahkim anlaşmasının taraflarından biri tarafından diğer âkit tarafa karşı ileri sürülen taleplerle ayrılamayacak derecede bağlantılı talepler ileri sürmesi üzerine tahkim şartıyla bağlı kılındığı *Rhone Méditerranée Compagnia Francese di Assicurazioni e Riassicurazioni v. Achille Lauro* davasına¹⁰⁷³ konu olayda, *Achille Lauro* isimli İtalyan vatandaşına ait *Angelino Lauro* isimli geminin, *Costa Armatori* şirketi tarafından zaman charteri kapsamında kullanıldığı esnada Virgin Islands'da yanarak batması üzerine *Costa*, maruz kaldığı zararı, sigortacısı *Rhone* şirketine tazmin ettirmiştir. *Rhone* şirketi, *Costa*'nın halefi olarak, *Lauro* ve geminin kaptanı *Antonio Scotto di Carlo* aleyhine mahkemede dava açmıştır. *Rhone*'a göre, yangın, geminin denize elverişli olmamasından ve/veya davalı *Lauro*'nun temsilci yahut çalışanlarının ihmalden ve/veya Kaptan *Carlo*'nun ihmalden kaynaklanmıştı. Davalılar *Lauro* ve Kaptan *Carlo* zaman charterinde bulunan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunması üzerine *Rhone*, tahkim şartının İtalyan hukuku uyarınca geçersiz olduğunu iddia etmekle birlikte, tahkim şartı geçerli sayılsa dahi Kaptan *Carlo*'nun buna taraf olmadığını ileri sürmüştür. ABD Virgin Islands Bölge Mahkemesi, Temyiz Mahkemesince onanan kararında, *Rhone*'nun, Kaptan *Carlo* aleyhindeki talebinin, *Lauro* aleyhinde ileri sürdüğü taleple aynı vakıalara dayandığı ve her iki talebin özleri itibariyle birbirlerinden ayrılamaz nitelikte olduğu gerekçesiyle Kaptan *Carlo*'nun tahkim itirazını da kabul etmiş ve böylece kaptan *Carlo*'ya, tarafı olmadığı bir tahkim anlaşmasına istinat etme imkânı tanımıştır.

Bir sözleşmede yer alan tahkim şartının, farklı taraflar arasında akdedilen ve bu sözleşmenin parçasını teşkil ettiği benimsenin ikinci sözleşmeye ve dolayısıyla ikinci sözleşmenin taraflarına teşmil edildiği *Soabi v. Republic of Senegal* davasında¹⁰⁷⁴, Senegal Devleti, bir Panama şirketiyle, devlet tarafından sağlanacak

¹⁰⁷² Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.312–313.

¹⁰⁷³ **YBCA**, Vol:9, 1984, s.475 vd.

¹⁰⁷⁴ **YBCA**, Vol:17, 1992, s.51.

arazide düşük fiyatlı konut inşasını öngören bir sözleşme akdetmiştir. Panama şirketi, prefabrikasyon unsurlarının üretimi amacıyla inşa edilecek tesisin sahibi olmak üzere kurmayı taahhüt ettiği Senegal şirketini (*Soabi*) kurmuş ve Senegal Devleti ile Panama şirketi arasında akdedilen ilk sözleşmeyi, Senegal Devleti ile *Soabi* arasında akdedilen sözleşme (*Soabi* sözleşmesi) takip etmiştir. *Soabi* sözleşmesi, Senegal Yatırım Kanunu kapsamında verilen kredinin müzakerelerine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere inşaat programına ilişkin taahhütleri tekrar etmekteydi. Sözleşmelerde tahkim şartı yoktu. Sonra Senegal Devleti ile *Soabi* arasında betonarme unsurların prefabrikasyonuna yönelik bir tesise ilişkin olan ve ICSID tahkimini öngören kuruluş sözleşmesi akdedilmiştir. Taraflar arasında uyuşmazlık doğması üzerine *Soabi*, yükümlülüklerini ifa ettiğini fakat Senegal Devletinin yerleşime uygun arazi sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini iddia ederek ICSID tahkimine başvurmuştur. Senegal Devleti, uyuşmazlığın kuruluş sözleşmesindeki tahkim şartının kapsamına girmediği iddiasıyla ICSID'in yargılama yetkisine itiraz etmiş ve ihlâl edildiği ileri sürülen konut inşa sözleşmesinin, kuruluş sözleşmesinin parçası olmadığına dayandırmıştır. Hakem heyeti, kuruluş sözleşmesi dışındaki sözleşmelerin, kuruluş sözleşmesince zımnen kapsandığına ve bu yüzden bu sözleşmelerin yürütülmesine yahut bu sözleşmelerde yer alan hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıkların, kuruluş sözleşmesindeki tahkim şartının kapsamına girdiğine hükmetmiştir. Hakem heyetine göre, taraflar, birlikte yürütmeyi tasavvur ettikleri projenin tamamını üç sözleşmede tanzim etmişlerdi. Kuruluş sözleşmesiyle tasavvur edilen prefabrikasyon tesisinin inşası, 15.000 konutun inşası için projenin ilk aşamasının hayata geçirilmesini teşkil etmekteydi. Yani tarafların isteği iki bağımsız projenin yürütülmesi değil, biri diğerinin yürütülmesinin teknik ön şartı olan ve bu yüzden önce gelen, yakından bağlantılı iki kısımdan ibaret tek bir projenin yürütülmesiydi.¹⁰⁷⁵ Bu suretle, hakem heyeti, Senegal Devleti ile Panama şirketi arasında akdedilen sözleşmede yer alan tahkim şartını, tahkime gitme iradesine sahip bulunup bulunmadığına bakmaksızın, *Soabi* şirketine teşmil etmiştir.

¹⁰⁷⁵ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.315–316.

Fin şirketi (A) ve tamamına sahip olduğu yan şirketi (B)'nin, Oregon şirketi (C) aleyhine Zürih'te başlattığı tahkim yargılaması sonucunda verilen 7929 sayılı ICC kararında¹⁰⁷⁶ *Soabi* kararına atıfta bulunulmuştur. (A) ve (C) arasında, tahkim şartı içeren 1986 tarihli ortaklık sözleşmesi ve tahkim şartı içermeyen 1987 tarihli bir kooperasyon sözleşmesinin de bulunduğu bir dizi sözleşme akdedilmiştir. (C), hakem heyetinin yargılama yetkisine itirazda bulunmuştur. Hakem heyeti, 1986 tarihli sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında yargılama yetkisinin bulunduğuna hükmettiği ve 1987 tarihli sözleşme söz konusu olduğunda, sadece 1987 tarihli sözleşmeden kaynaklandığı takdirde değil, 1986 tarihli sözleşmeyle birleştirilmiş akdî bir tertibin bir parçası olduğu takdirde bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında yargılama yetkisine sahip bulunduğuna ve böyle hallerde tahkim şartının, 1987 tarihli sözleşmenin taraflarına teşmil edilebileceğine hükmettiği bir karar vermiştir.¹⁰⁷⁷ Ayrıca, Kahire'de piramitlerin bulunduğu yerde bir uluslararası turistik tesis inşasına ilişkin işin bir bütün olarak ele alındığı *Pyramids* davasında verilen “...farklı sözleşmelerden ibaret bir yapıya sahip olmasına rağmen...birleştirilmiş bir akdî tertip olarak görülmelidir...” şeklindeki hakem kararına¹⁰⁷⁸ da atıfta bulunan hakem heyeti, “birleştirilmiş akdî tertip” deyimini şöyle tarif etmiştir: “Birçok akdî evrakın tek ve organize bir ilişkiye ilişkin olduğu karmaşık durumlar.”¹⁰⁷⁹

Fransız Yüksek Mahkemesi, (A)'nın (B) ile tahkim şartı içeren bir ana sözleşme akdettiği ve (B)'nin de (C) ile tahkim şartı içermeyen bir garanti sözleşmesi akdettiği iki davada, garantörün, ana sözleşmenin tarafı olmadığı için bu sözleşmedeki hükümlere ve bilhassa tahkim şartına başvuramayacağına hükmetmiştir¹⁰⁸⁰. Bu sonucun, sözleşmelerin nisbîliği prensibinden kaynaklandığı ve

¹⁰⁷⁶ **YBCA**, Vol:25, 2000, s.312.

¹⁰⁷⁷ **ASA Bull**, 1996 s.562.

¹⁰⁷⁸ **YBCA**, Vol:9, 1984, s.115.

¹⁰⁷⁹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.317.

¹⁰⁸⁰ **Rev.Arb.** 1978, s.461; *Cour de Cassation*, 16.7.1992, **Rev.Arb.** 1993, s.611.

sözleşmelerin birbiriyle bağlantılı olmasının da bu sonucu değiştirmeyeceği belirtilmektedir.¹⁰⁸¹

İtalyan Yüksek Mahkemesi *Corte di Cassazione*'nin önüne gelen *Italsempione SpA v. Seport SpA and Agenzia Marittima Italo-Scandinava* davasına¹⁰⁸² konu olayda, *Niver Lines* isimli şirket, *Korinthos* isimli gemisiyle, *Italsempione* için Buenos Aires'den Cenova'ya dondurulmuş et taşımıştır. Malların boşaltımı, depolanması ve *Italsempione*'nin binasına taşınması işini *Seport* ifa etmiştir. *Italsempione*, bazı taşıma ünitelerinin boş olduğu bazılarının ise açılmış ve bozulmuş olduğu iddiasıyla *Seport* ve *Niver Lines*'in İtalya'daki acentası *Agenzia Marittima Italo-Scandinava* aleyhine mahkemede tazminat davası açmıştır. Mahkeme, konişmentoda yer alan tahkim şartından dolayı mesele hakkında yargılama yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Bu karar, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan *Seport* hakkındaki talebin, diğer taleple arasındaki objektif bağlantıdan ötürü tahkim yargılamasına tâbi kılınmasını makûl karşılayan Temyiz Mahkemesi tarafından onanmıştır. Ne var ki bu karar, *Seport*'un tahkim anlaşmasına taraf olmadığı için tahkime gitmeye zorlanamayacağına hükmeden *Corte di Cassazione* tarafından bozulmuştur.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 11.03.2004 tarihli kararına¹⁰⁸³ konu uyuşmazlık, (1) nolu davalı (M) Enerji AŞ ile davacı arasında akdedilmiş bulunan alım satım sözleşmesinden kaynaklanmıştı. Projenin finansmanı ve koordinasyonu, (2) nolu davalı (M) Corp. Bankası ile (3) nolu davalı (İ) Bankası tarafından sağlanmaktaydı. Alım satım sözleşmesinden bir uyuşmazlık doğması üzerine davacı tarafça her üç davalı aleyhine Türk mahkemelerine müracaat edilmiştir. (1) nolu davalı (M) Enerji AŞ tarafından tahkim itirazında bulunulmuş; (2) nolu davalı (M) Corp. Bankası, davacının, tahkim şartından kaçınmak için kendilerine karşı dava açtığını belirterek kendisine karşı husumet yöneltilemeyeceğini ileri sürmüş ve (3)

¹⁰⁸¹ Hanotiau, **Arbitration and Bank Guarantees**, s.15; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.308.

¹⁰⁸² **YBCA**, Vol:14, 1989, s.673–675.

¹⁰⁸³ Y 19. HD, E.2003/2654, K.2004/2603; **YKD**, 2005/3, 394–396.

nolu davalı (İ) Bankası da davada kendisine husumet yöneltilemeyeceği itirazını öne sürmüştür. Mahkemece davanın görev yönünden reddine karar verilmesi üzerine davacı ve (3) nolu davalı (İ) Bankası tarafından temyiz yoluna başvurulmuştur. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi; tahkim şartının, bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak amacıyla yaptıkları bir anlaşma olduğunu ve olayda tahkim şartının yer aldığı sözleşmenin davacı ile (1) nolu davalı (M) Enerji AŞ arasında akdedildiğini belirterek, tahkim şartının, sözleşmenin tarafı olmayan (2) nolu davalı (M) Corp Bankasına ve (3) nolu davalı (İ) Bankasına teşmilinin mümkün olmadığına, zira uyuşmazlıkların mahkemede görülmesinin esas olduğuna, tahkim anlaşmasının ise istisnaî nitelik taşıdığına ve sadece sözleşmenin taraflarını bağlayacağına karar vermiştir. Yargıtay'a göre, aksi düşünce, Anayasa'nın 9. maddesinde teminat altına alınan, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin temel kurala ve tabii hâkimde yargılanma hakkına ters düşer.

Intertec Contracting A/S and Intertec Gibraltar Ltd and Intertec Overseas Ltd v. Turner Steiner International SA and Turner Steiner East Asia Ltd and Turner Corporation davasına¹⁰⁸⁴ konu olayda, *Turner* şirketleri ile Sri Lanka menşeli *Overseas Realty Ceylon Ltd* arasında, *Turner* şirketlerinin Sri Lanka'da iki iş merkezi inşa etmeyi taahhüt ettiği ve tahkim şartı da ihtiva eden bir sözleşme akdedilmiştir. *Turner* şirketleri daha sonra *Intertec* şirketler grubuyla bir alt sözleşme akdetmiştir. Taraflar arasında ödemelerden bir uyuşmazlık doğması üzerine *Intertec* şirketleri tarafından New York mahkemelerine müracaat edilmiştir. *Turner* şirketleri tarafından tahkim itirazında bulunulması üzerine mahkeme, *Intertec* şirketlerinin taraf olduğu bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle tahkim itirazını reddetmiştir. Mahkemeye göre, *Turner* şirketleri ile *Intertec* şirketleri arasındaki alt sözleşmede, *Turner* şirketleri ile *Overseas* arasındaki esas sözleşmeye ve bu sözleşmede yer alan tahkim şartına atıfta bulunulmadığı için, esas sözleşmedeki tahkim şartına, üçüncü kişi konumundaki şahıslarca istinat edilmesi mümkün değildir.

¹⁰⁸⁴ YBCA, Vol:26, 2001, s.949 vd.

Polonya Tahkim Mahkemesi nezaretinde faaliyet gösteren bir hakem heyeti tarafından 18.5.1987 tarihinde verilen hakem kararına¹⁰⁸⁵ göre, (A) ile (B) arasında tahkim şartı ihtiva eden bir inşaat sözleşmesi akdedilir ve (B) de (C) ile mahkemeler lehine yetki şartı ihtiva eden bir alt sözleşme akdederse, (A) ile (B) arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar hakkında karar vermek durumunda kalan hakem heyetinin, (B) ile (C) arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisi bulunmamaktadır.¹⁰⁸⁶

6829 sayılı ICC davasında¹⁰⁸⁷ hakem heyeti, farklı taraflar arasında, birbiriyle bağlantılı yahut iç içe geçmiş bir dizi sözleşme akdedilmesi hâlinde, sözleşmeler arasındaki bu ilişkinin, bir sözleşmeye dayanan yargılama yetkilerinin, tahkimin taraflarından sadece birinin taraf olduğu başka bir sözleşmeye ve bu sözleşmenin taraflarına teşmili için yeterli olmadığını işaret etmiştir. Hakem heyetine göre, uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmelerin feshine, sözleşme zincirindeki diğer bir sözleşmenin feshinin yol açması yeterli değildi. Hakem heyeti ayrıca uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin bazı hükümlerinin başka bir sözleşmenin hükümlerine atıfta bulunmasının, hakem heyetinin ikinci sözleşmenin yorumu yahut uygulanmasına ilişkin bir mesele hakkında yargılama yetkisine sahip olması için yeterli olmayacağını altını çizmiştir.¹⁰⁸⁸

Zürih Ticaret Odasındaki 2273/95 sayılı davada¹⁰⁸⁹ bir Rus hammadde sağlayıcısı olan davalı, bu hammadde için bir kaynak bulmakla uğraşan ve Doğu Avrupa'ya yayılmayı amaçlayan bir Arjantinli şirketler grubuyla (ikinci davacı) ticarî bir ilişkiye girmiştir. Arjantinli şirketler grubu, davalının hammadde temin etmek zorunda olduğu ve %20 hissesini aldığı Arjantinli bir şirketin başhissedarıydı. Sonra Arjantinli şirketler grubu Macaristan'da, davalının hammadde temin ettiği ve %15

¹⁰⁸⁵ YBCA, Vol:14, 1989, s.183.

¹⁰⁸⁶ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.323.

¹⁰⁸⁷ YBCA, Vol:19, 1994, s.167.

¹⁰⁸⁸ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.324.

¹⁰⁸⁹ YBCA, Vol:23, 1998, s.128.

hissesine sahip olduğu bir şirketi (birinci davacı) satın aldı. Son olarak hammaddelerin, %95'i davalıya ait olan bir İspanyol şirketine (ikinci davalı) temin edilmesi gerekiyordu. Daha sonra Rus hammadde sağlayıcısı özelleştirildi ve sözleşmenin ihlalinden doğan zararlarını tazmin ettirmek amacıyla Zürih'te tahkim yargılaması başlatan davacılara hammadde teminini durdurdu. Taraflar farklı sözleşmelerle bağlıydı: ilk basamakta her biri Zürih Ticaret Odası lehine tahkim şartı ihtiva eden iki protokol [protokol (1) ve (2)]; ikinci basamakta sadece birincisi Zürih Ticaret Odası lehine tahkim şartı ihtiva eden ve görünüşte her ikisine de iki davacı ve iki davalının taraf olduğu iki çerçeve sözleşme [(3) ve (4)]. İkinci sözleşme yargılama yetkisine ilişkin herhangi bir hüküm içermemekteydi. Hakem heyeti, (4) nolu sözleşmeden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere, bütün talepler ve bu sözleşmenin tarafları bakımından yargılama yetkisine sahip bulunduğuna, *grup sözleşmeler teorisi* kapsamında hükmetmiştir: *“Taraflarca, en üst basamakta yer alan sözleşmede belirli bir tahkim metodu öngörülmüşse, davacıların talepleri gibi alt basamaktaki bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar, alt basamaktaki sözleşmede veya uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmede farklı bir tahkim şartı yahut mahkeme seçimi bulunmadıkça üst basamaktaki sözleşmede yer alan tahkim şartına tâbi olur... Bu tahkim yargılamasında hakem heyetin önüne getirilen bütün talepler, protokollerde yer alan tahkim şartlarına tâbi kılınmıştır... Bunların çoğu ayrıca birinci davacının çerçeve sözleşmesinde yer alan tahkim şartına da tâbidir. Bütün bu tahkim şartları, farklı olarak kaleme alınmış bulunsalar dahi, aynı anlama gelir. Bu koşullar altında hepsinin aynı hakem heyetini yahut aynı kurumsal tahkim merkezince tayin edilmiş farklı hakem heyetlerini öngördüğü kabul edilmelidir... Binaenaleyh bu taleplerin tamamı Zürih Ticaret Odası tahkimine ve bu hakem heyetinin yargılama yetkisine dâhildir...Eğer tahkim şartının yer aldığı sözleşme, tamamlanması veya kesinlik kazanması için başka sözleşmelerce tamamlanması gerektiğinden dolayı uyuşmazlıklara tek başına yol açmaktan acizse, tarafların öngördüğü uyuşmazlıklar, gelecekteki grup sözleşmelerden doğacak olanlardır. Yer aldığı sözleşmeyle sınırlanması hâlinde bu tahkim şartının hiçbir hedefi olamaz. Çerçeve sözleşmeyi yürütmeyi amaçlayan sözleşmelerin yahut detaylar üzerinde anlaşılmasını gerekli kılan niyet mektuplarının takip ettiği çerçeve sözleşmede yer alan tahkim şartının mevcudiyeti hâlinde bu durumla karşılaşılır. Doğal olarak,*

anlaşma ânında taraflar başlangıçtaki tahkim şartından vazgeçebilir ve meselâ çerçeve sözleşmenin yürütülmesine yönelik sözleşmeler çerçeve sözleşmedeki şartla bağdaşmayan şartlar içermesi hâlinde olduğu gibi, gelecekte karşılaşılabilecekleri uyuşmazlıkları çözmeyi amaçlayan farklı yöntemler benimseyebilir. Susmaları, tahkim şartının devreye girmesi lehine yorumlanmaktadır”^{1090 1091}.

5721 sayılı ICC davasına konu uyuşmazlık Mısır’daki bir inşaat projesinden kaynaklanmıştı. İşveren, esas yüklenici (X)Egypt ile ana sözleşmeyi akdetmiş ve Avrupalı şirket (SA)’yı alt yüklenici tayin etmişti. (SA), kendisini, ABD şirketi (X)USA’nın Mısır’da kuruluş aşamasındaki yavru şirketi olarak tanıtan ve aslında (X)USA’nın, tüzel kişiliği bulunmayan bir şubesi olan (X)Egypt şirketiyle iki alt sözleşme akdetmiştir. (X)Egypt’in, yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine işveren, projenin sorumluluğunu (SA)’ya tevdi etmeye karar vermiştir. Bunun üzerine (X)Egypt, (SA) tarafından sağlanan garantilere başvurmuş, (SA) ise; (X)USA ve (X)Egypt’in de dâhil olduğu davalılar aleyhine tahkim yargılaması başlatmış ve hakem heyetinden, alt sözleşmelerin feshedilmiş bulunduğu ve garanti mektuplarının hükümsüz olduğuna karar vermesini de talep etmiştir. Hakem heyeti bu meseleler hakkında yargılama yetkisinin bulunduğu karar vermiş; garanti eden ve bu garantinin lehdarı arasındaki bir akitten ibaret olan banka garantilerinin, esas sözleşmeden bağımsız olduğunun altını çizmiş, bununla beraber, banka garantilerinin kaynağını esaa sözleşmeler teşkil ettiği için, garanti veren ile garantiden yararlanan arasındaki ilişki bağlamında yargılama yetkilerinin bulunduğu sonucuna varmıştır: “...hakem heyetinin, bankalar hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, garanti mektuplarının lehdarının, başvuru sahibi bakımından garantilerden faydalanma yetkisine sahip olup olmadığını tespit yetkisi de yoktur. Buna karşılık, edimi garanti edilen ile lehdar arasındaki ilişkiler bağlamında garantilerin geçerli olup olmadığını tespiti yetkilidir. Bu garantilerin kaynağı 1983 tarihli sözleşmelerdir ve anılan garantiler, tahkimin tarafları için, esas sözleşmelerin geçerlilik, kapsam ve feshine bağlıdır... Hakem heyeti, lehdarın garantilere

¹⁰⁹⁰ YBCA, Vol:23, 1998, s.137.

¹⁰⁹¹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.326–327.

başvurma hakkı bakımından yargılama yetkisini haizdir. Ayrıca garantilere yapılan başvurunun haksız olup olmadığını tayin etme yetkisini de haizdir... ”¹⁰⁹²

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer durum da, üretici ile bir başka ülkedeki distribütör arasında belirli bir ürüne yönelik olarak akdedilen ve tahkim şartı da içeren münhasır distribütörlük sözleşmesine rağmen üreticinin, aynı ürünü aynı bölgede bir başka şirket vasıtasıyla pazarlamasından doğan uyuşmazlıklardır. Distribütör, hem üreticiye hem de üçüncü şirkete karşı dava açmak istemektedir. Ne var ki üreticiyle arasında tahkim şartı içeren bir sözleşme mevcutken, üçüncü şirketle arasında herhangi bir akdî ilişki bulunmamaktadır. Distribütör, hem üreticiye hem de üçüncü şirkete karşı mahkemede dava açması hâlinde üretici şirket tahkim itirazında bulunacak; tahkim talebinde bulunması hâlinde ise üçüncü şirket tahkim anlaşmasının tarafı olmadığını ileri sürecektir. *Sopac Italiana SpA v. Bukama GmbH* davasında¹⁰⁹³ distribütör, üreticinin, münhasır distribütörlük sözleşmesine konu ürünleri pazarlamak amacıyla İtalya’da bir şirket kurduğunu ileri sürerek, üreticiye karşı sözleşmenin ihlali iddiasıyla ve üretici tarafından kurulduğunu öne sürdüğü İtalyan şirkete karşı da haksız rekabet iddiasıyla mahkemede dava açmıştır. Mahkeme, distribütör ile üretici arasındaki uyuşmazlığı, aralarındaki distribütörlük sözleşmesinde yer alan tahkim şartına istinaden tahkime tâbi kılmamıştır. Mahkeme, İtalyan Yüksek Mahkemesi içtihatlarının, biri tahkime diğeri mahkemelerin yetkisine tâbi olan ve birbiriyle bağlantılı bulunan iki talebin söz konusu olduğu hallerde tahkim şartının hükmünü kaybedeceği ve meselelerin mahkemede görülme zorunluluğunun doğacağı yönündeki içtihatlarına atıfta bulunmuştur. Mahkemeye göre, böyle hallerde, aynı konuya ilişkin iki farklı kararın ortaya çıkma olasılığından dolayı, mahkemelerin yetkisi, hakem heyetinin yetkisini absorbe eder. Mahkeme, New York Konvansiyonu m.II/3 hükmü uyarınca mahkemelerin, taraflardan birinin itirazı üzerine davadan el çekme zorunluluğunun bulunduğunu ve fakat aynı

¹⁰⁹² Hanotiau, *Arbitration and Bank Guarantees*, s.15 vd; Hanotiau, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s.327–328.

¹⁰⁹³ *YBCA*, Vol:2, 1977, s.248.

Konvansiyon uyarınca, tahkim anlaşmasının hükümsüz yahut icra kabiliyetinden yoksun olduğu hallerde bu zorunluluğun ortadan kalktığını belirtmiştir.¹⁰⁹⁴

New York Konvansiyonunun bahse konu hükümleri hakkındaki İngiliz mahkeme kararı *Lonrho Ltd v. Shell*¹⁰⁹⁵'de ise, aynı konuya hakkında farklı kararların ortaya çıkma olasılığının, her ne kadar istenmeyen bir olasılık da olsa, tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açmasının kabul edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Mahkeme, tahkim şartı içeren sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların öncelikle tahkim yargılamasında çözülmesi ve haksız fiil kaynaklı taleplerin ise daha sonra mahkemede ele alınması hâlinde ortada usûlî bir sorun kalmayacağına karar vermiştir.

International Commodities Export Corporation v. Italchimica and Agenzia Marittima A. Bellardi & C davasına¹⁰⁹⁶ konu olayda, *Italchimica*, *International Commodities Export Corporation*'dan gübre satın almış ve gübrenin Romanya'dan İtalya'ya taşınması *Agenzia Marittima* tarafından gerçekleştirilmiştir. Daha sonra *Italchimica*, gübrenin istenen nitelikte olmadığı iddiasıyla *International Commodities Export Corporation* ve *Agenzia Marittima* aleyhine İtalyan mahkemelerine müracaat etmiştir. *International Commodities Export Corporation*, gübrenin alımına ilişkin sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. İtalyan Yüksek Mahkemesi *Corte di Cassazione*, *Italchimica* ile *International Commodities Export Corporation* arasındaki uyuşmazlığın tahkime tâbi olduğu gerekçesiyle tahkim itirazını kabul etmiş ve *Italchimica* ile *Agenzia Marittima* arasındaki uyuşmazlıkla bağlantılı olmasının bu sonucu değiştirmeyeceği sonucuna varmıştır.

Bu bağlamda Belçika Temyiz Mahkemesinin, bir yanda tahkim şartıyla bağlı tarafların diğer yanda tahkim şartı içermeyen bir sözleşmenin taraflarının bulunduğu *bölünemez* nitelikteki bir uyuşmazlıkla karşılaşılması hâlinde tahkim anlaşmasının uygulanamaz olduğuna ve sadece mahkemelerin yetkili olduğuna ilişkin 9.5.1963

¹⁰⁹⁴ Van Den Berg, **New York Convention**, s.161–162.

¹⁰⁹⁵ Van Den Berg, **New York Convention**, s.162–163'den alınmıştır.

¹⁰⁹⁶ **YBCA**, Vol:23, 1998, s.719 vd.

tarıhli içtihadına¹⁰⁹⁷ da yer vermek gerekir. Bu içtihadta atıfta bulunulan *bölünemezlik* kavramı, aynı uyuşmazlığa ilişkin ayrı kararların icrasının maddî olarak imkânsız olmasıyla ilgilidir ve tahkim anlaşmasını etkisiz hâle getireceği iddia edilmektedir.

Aynı sonuca varılan *Sedco v. Pemex* davasının¹⁰⁹⁸ konusunu; bir sondaj gemisinin ABD’li donatanı, gemiyi kiralayan Meksikalı bir sondaj şirketi ve bu sondaj şirketiyle arasında bir petrol sondajı sözleşmesi bulunan Meksika devletinin hâkimiyetindeki bir petrol şirketi (*Pemex*) arasındaki uyuşmazlık teşkil etmekteydi. Uyuşmazlık, 1979 senesinde Campeche Körfezinde meydana gelen petrol sızıntısından doğmuştu. Donatan, sondaj şirketi ve *Pemex*’e karşı ileri sürülen taleplerin birleştirildiği davada, sondaj şirketi, donatanı savunmayı reddetmiş ve donatan ise, sondaj şirketi ve *Pemex* aleyhine, sözleşmeden doğan zararsız tutma yükümlülüğünün ihlali iddiasıyla talepte bulunmuştur. Sondaj şirketi, donatan ile akdettiği çarterpartide yer alan tahkim şartına istinaden tahkim itirazı ileri sürmüştür. Mahkeme, sondaj şirketinin tahkim itirazını reddetmiş ve tahkim anlaşmasının tarafı olmayan *Pemex*’in, uyuşmazlığın çözümünde esas teşkil ettiğini işaret ederek, davanın mahkemelerde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰⁹⁹

İşverenden ödenmemiş borçları tahsil etmeye çalışan davacının, alt yüklenicilerine bizzat yapmak zorunda olduğu ödemeleri yahut aynı olaydan ötürü kardeş şirketlerinin maruz kaldığı zararları, bu alt yüklenicilerin ve kardeş şirketlerin anılan yargılamaya taraf olmaması hâlinde tahkim talebine dâhil etmesi mümkün müdür? Society of Maritime Arbitrators of New York Kuralları dâhilinde verilen 1510 sayılı ve 28.11.1980 tarihli *Map Tankers Inc v. Mobil Tankers Ltd* hakem kararına¹¹⁰⁰ konu olayda, donatan *Map* ile kiracı *Mobil Tankers* arasında 7.4.1978 tarihinde MOBILVOY formunda bir standart çarterparti akdedilmiştir. Çarterpartie göre, kiracı *MOBIL, M/T Bonny* isimli tankeri, İngiltere’den İskenderiye ve Pire’ye motor yağı taşımak amacıyla kiralamıştır. 17.4.1978 tarihinde gemiye 3.501.601 ton

¹⁰⁹⁷ Bernard Hanotiau, “Complex-Multicontract-Multiparty-Arbitrations”, **Arbitration International**, 1998, Vol:14, No:4, s.377 ve Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.310’den alınmıştır.

¹⁰⁹⁸ 767 F.2d s.1140 (5th Cir. 1985).

¹⁰⁹⁹ Karamanian s.60.

¹¹⁰⁰ **YBCA**, Vol:7, 1982, s.151–153.

motor yağı, *Societa Cooperative de Petrole* tarafından İskenderiye’de teslim alınmak üzere, *Mobil Export Corp* namına *Mobil Oil Co* tarafından yüklenmiştir. 606.718 ton motor yağı ise *Mobil Hellas* tarafından Pire’de teslim alınmak üzere *Mobil Sales and Supply Co* namına *Mobil Oil Co* tarafından yüklenmiştir. Geminin İskenderiye’de yükünü boşaltması esnasında, *Mobil Export*, yağın kirli olduğunu ve dolayısıyla hasarlı teslim edildiğini belirterek yalnızca sağlam miktar için fatura çıkarmıştır. Yükün Pire’de boşaltılması esnasında da hasar tespit edilmiş ve *Mobil Hellas* sadece sağlam kısmı ve bozuk kısımdan az bir miktarı teslim almıştır. Bunun üzerine *MOBIL Tankers*, *Map Tankers* aleyhine Pire mahkemelerinde tazminat davası açmıştır. 13.6.1978 tarihinde *Map Tankers*’in P&I Kulübü; *Map Tankers*’in aldığı navlun bedeline mukabil olarak, *Mobil Oil*, *Mobil Tankers*, *Mobil Export*, *Mobil Sales* ve *Mobil Oil Egypt*’e yönelik bir taahhütname tanzim etmiştir. Bunun üzerine *Map Tankers*, çarterpartide yer alan tahkim şartına istinaden tahkime başvurmuş ve sürastarya bedeli, masraflar ve ödenmeyen navlun bedelinin faizi olarak toplam 142.877,64 ABD Doları talep etmiştir. Davalı *Mobil Tankers* ise 400.000 ABD Doları tazminat talebinde bulunmuştur. Hakem heyeti *Mobil Tankers*’in, ilgili şirketlerinin maruz kaldığı zarara ilişkin talebi konusunda, eldeki verilerin, *Mobil Tankers*, *Mobil Export*, *Mobil Sales* ve *Mobil Hellas* arasında bir ortaklık bağı bulunduğunu ve bu şirketlerin, aynı ana şirket organizasyonu kapsamında olduklarını ortaya koyduğunu belirterek, davalının, ilgili şirketlerinin maruz kaldığı zararı ileri sürebileceğine hükmetmiştir.¹¹⁰¹

e. Tahkim Yargılamasının Davalılarından Biri Tarafından Diğer Bir Davalıya Karşı İleri Sürülen Talepler

Aleyhine tahkim yargılaması başlatılan bir alt yüklenici tarafından, aynı tahkim yargılamasının davalısı olan diğer bir alt yüklenici aleyhine, garanti yahut hasardan doğan taleplerin ileri sürülmesi mümkün müdür? Bu soruya verilecek cevabın, tahkim şartının lafzına ve bunun sonucunda tarafların bu tür taleplerin aynı tahkim yargılamasında ileri sürülebilmesine izin vermeye niyet edip etmediklerine

¹¹⁰¹ Reisman, Craig, Park, Paulsson, s.683–686.

dayandığı ifade edilmiştir. Bir konsorsiyum sözleşmesinde yer alan ICC tahkim şartına binaen başlatılan tahkim yargılamasında ICC Tahkim Divanı, 1988 tarihli Kurallar uyarınca, açık bir hükmün yokluğu karşısında ve davalılardan biri tarafından ileri sürülen itirazı nazara alarak, davalıların biri tarafından diğer bir davalı aleyhine ileri sürülen talebin kabul edilebilir olmadığına ve bunun sonucu olarak da meselenin ayrı bir tahkim yargılamasında ileri sürülmesi gerektiğine karar vermiştir. Divâna göre, davalılar arasındaki talepler, ICC Kuralları bu tür talepleri öngörmediği için, ancak *tarafların rızası* ile yargılamaya dâhil edilebilirdi. Üstelik bu ayrı tahkim talebinin, ilgili tüm tarafların rızası bulunmaksızın, ana tahkim yargılamasıyla birleştirilmesi mümkün değildi.¹¹⁰²

Meseleyi Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları açısından inceleyen bir yazara göre, her ne kadar bahse konu kurallar konuyu açıkça düzenlememişse de, tahkim yargılamalarının birleştirilebileceğini öngören 13. maddenin yorumu sayesinde sonuca gitmek mümkündür. Bu yorum doğrultusunda, davalılardan birinin bir diğer davalıya karşı talepte bulunması, bahse konu kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı olması karşısında mümkün görülmelidir.¹¹⁰³

f. Değerlendirme

Sözleşmeler grubuna dâhil sözleşmelerin aynı yahut farklı birer tahkim şartı içermesi veya birinin tahkim şartı içermemesi yahut yetki şartı içermesi hâlinde, bir sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlığın bu sözleşmeyle bağlantılı diğer bir sözleşmeye ve bu sözleşmenin taraflarına teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap verilirken, farklı sözleşmelerin tek bir akdî birim, tek bir sözleşme yahut tek bir ekonomik muamele olarak anlaşılıp anlaşılmadığının veya sözleşmelerin yahut sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin yakından bağlantılı olmasının nazara alındığı görülmektedir. Bununla birlikte, bazı mahkemeler ve hakem heyetleri, farklı taraflar arasında akdedilen farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında, sözleşmelerin birindeki tahkim şartının diğer sözleşmelere

¹¹⁰² Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.344–345.

¹¹⁰³ Pierre A. Karrer, “Multi-party and complex Arbitration under the Zurich Rules”, **Aspekte des Wirtschaftsrecht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994**, Zürih 1994, s.268.

ve dolayısıyla bu sözleşmenin taraflarına teşmilini mümkün görmemektedir. Zira, konu ele alınırken nazara alınması gereken prensiplerin başında *tahkimin iradî/ihtiyarî yapısı* gelir. Hakemlerin yargılama yetkileri, münhasıran tarafların iradelerine dayanır. Bu yüzden yukarıdaki sorulara verilecek cevap, tarafların iradesinden yola çıkmalıdır. Taraflar arasında bu yönde bir anlaşma bulunmaması durumunda, birbirine uymayan tahkim yahut yetki şartları ihtiva eden farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tek bir tahkim yargılamasında birleştirilmesi yönündeki taleplerin reddedilmesinin gerekçesi de budur.¹¹⁰⁴

ICC'ye bu tür bir tahkim başvurusu yapıldığında, davalının davaya cevap vermemesi veya tahkim anlaşması bulunmadığını ileri sürmesi hâlinde, öncelikle taraflar arasında uyuşmazlıkları tahkime havale etme yönünde bir anlaşma bulunup bulunmadığını *prima facie* karara bağlamak zorunda olan¹¹⁰⁵ Divân, bu durumu tahkim anlaşmasının maddî kapsamına dayanan bir itiraz olarak ele almakta ve ICC Tahkim Kuralları m.6/2 uyarınca bir analiz yaptıktan sonra şu üç şart gerçekleştiği takdirde tahkimin yürüyeceğine karar vermektedir: **(i)**sözleşmeler grubunu oluşturan her bir sözleşmenin tarafları aynı olmalıdır, **(ii)**sözleşmeler aynı ekonomik ilişkiye bağlı olmalıdır ve **(iii)**bu sözleşmelerdeki tahkim anlaşmaları asgarî düzeyde de olsa birbiriyle tutarlı olmalıdır.¹¹⁰⁶

Kanaatimizce sözleşmeler arasında bağlantı bulunması, bir sözleşmede yer alan tahkim şartının diğer bir sözleşmeye ve dolayısıyla bu sözleşmenin taraflarına teşmili için yeterli bir gerekçe teşkil etmez. Birden fazla sözleşmenin; tek bir akdî tertibin parçası veya başka bir ifadeyle birden fazla belgede düzenlenmiş tek bir sözleşme teşkil etmesi yahut bir sözleşme zincirinin halkası olması da bu sonucu değiştirmez. Tahkimin akdî/iradî/ihtiyarî niteliğinden ve taşıdığı istisnâî karakterden ötürü tahkim anlaşması, ancak kendisiyle bağlanma iradesini tereddüde mahâl bırakmayacak şekilde ortaya koyan kişileri bağlayabilir. Vardığımız bu sonucun, uluslararası ticarî tahkimin varlık sebebiyle bağdaşmadığı; bir sözleşme zincirinin

¹¹⁰⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.328–329.

¹¹⁰⁵ Chow s.102.

¹¹⁰⁶ Silva–Romero s.50.

halkalarını teşkil eden farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir kısmının tahkimde diğer kısmının ise mahkemelerde çözülmesinin, birbiriyle çatışan kararların ortaya çıkmasına neden olacağı ve uluslararası ticaretin çıkarlarını gözetemeyeceği akla gelebilir. Ne var ki buradaki çözüm yolu, tahkimin akdî/iradî/ihtiyarî niteliğine ve taşıdığı istisnaî karaktere aykırı, tahkim müessesesini yozlaştırıcı, zorlama fikirler ileri sürmek yerine; bu tür sözleşmelere ve bu tür ticarî faaliyetlere girişen uluslararası ticaret camiası aktörlerinin, bunlara uygun mahiyette olan ve çalışmamızda yer verdiğimiz sorunlara mahâl vermeyecek nitelik taşıyan uyuşmazlık çözüm yolu klozları tanzim etmesidir.

Öte yandan, farklı taraflar arasında akdedilen ve yalnızca biri tahkim şartı ihtiva eden sözleşmelerden, *bölünemez* nitelikte bir uyuşmazlık doğması hâlinde, uyuşmazlığın *bölünemezlik* niteliği taşımasının, mevcut ve geçerli bir tahkim şartını etkisiz kılması yönündeki içtihatlarla da katılamıyoruz. Zira uyuşmazlığın *bölünemez* nitelik taşımasının, tarafların tahkime gitmek yönünde geçerli olarak beyan ettikleri iradelerini yok saymaya neden olacak, böyle bir iradeyi ortadan kaldıracı güce sahip olmadığı kanısındayız.

B. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE KULLANILAN USÛL HUKUKU MÜESSESELERİ

1. Genel Olarak

Çalışmamızın bu bölümünde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan usûl hukuku müesseseleri ele alınacaktır. Bahse konu usûl hukuku müesseselerinin bir kısmı, ikinci bölümde ele alınan maddî hukuk müesseseleri söz konusu olduğunda uygulanma alanı bulmaktayken; diğer kısmı ise müstakil niteliktedir.

Ele alacağımız ilk usûlî mesele, tahkim yargılaması başladıktan sonra bu yargılamanın üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığıdır. Bir başka ifadeyle davalının üçüncü kişileri yargılamaya dâhil edip edemeyeceği yahut üçüncü

kişilerin tahkim yargılamasına ihtiyarî olarak katılıp katılamayacakları ele alınacaktır.¹¹⁰⁷

İkinci olarak, farklı taraflar arasında cereyan eden farklı tahkim yargılamalarının birleştirilmesi üzerinde durulacaktır. Aynı ticarî muameleden kaynaklanan ve aynı tahkim şartına tâbi kılınmış birden çok sözleşme söz konusu olduğunda, paralel olarak yürütülen farklı tahkim yargılamalarının birleştirilmesi, ortaya çıkması muhtemel birçok sorunu engelleyebilir. İstisnaen de olsa bazı düzenlemeler, paralel tahkim yargılamalarının birleştirilmesini öngörmektedir.¹¹⁰⁸

Üçüncü olarak, bir hakem kararının, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişiler bakımından kesin hüküm etkisine sahip olup olamayacağı incelenecektir.

Son olarak, anavatanı ABD olan ve Kanada ile Avustralya'da da benimsenmiş bulunan grup davaların (*class/group actions*)¹¹⁰⁹ uluslararası tahkim hukukunda mümkün olup olmadığı ele alınacaktır.

2. Üçüncü Kişilerin Davaya Dâhil Edilmesi Suretiyle Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili

Bu bölümde, prensip olarak resmî yargıya ait bulunan; davanın ihbarı ve fer'i yahut aslî dava arkadaşlığı gibi tezahürleri¹¹¹⁰ bulunan *davaya müdahale* müessesesinin tahkim yargılamasında da uygulanıp uygulanamayacağı ve bu suretle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı ele alınacaktır.

ABD hukukunda üçüncü kişiler için en olası başvuru yolu, mahkemeden, tahkime gidilmesi gerektiği yönünde bir karar alınmasıdır. FAA §4'ün ilgili kısmına

¹¹⁰⁷ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.335–336.

¹¹⁰⁸ Rubino–Sammartano s.186.

¹¹⁰⁹ Bernard Hanotiau, “A New Development in Complex Multiparty – Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration”, **Arbitration International**, Vol:20, No:1, 2001, s.39–40.

¹¹¹⁰ Hakan Pekcanitez, **Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No:30, Ankara, 1992, s.19.

göre: diğer tarafın, yazılı bir tahkim anlaşması uyarınca tahkime gitme yükümlülüğü konusunda ihmali veya reddi sebebiyle zarar gören taraf, ABD mahkemelerinden, tahkim yargılamasının bahse konu anlaşma uyarınca yürütülmesi gerektiğine karar verilmesini talep edebilir. Mahkeme, tahkim anlaşmasının yapıldığı konusunda tatmin olması üzerine taraflara, tahkim anlaşmasına uygun olarak tahkim yargılamasını yürütmelerini emreden bir karar verir. Bu itibarla üçüncü kişinin, yazılı bir tahkim anlaşmasının tarafı olduğunu ispatlaması gerekmektedir.¹¹¹¹

Anglo-Sakson hukukuna ait bir müessese olan *vouching*¹¹¹², bir davanın davalısının, zararını karşılamayı önceden taahhüt eden üçüncü kişiye bir bildirimde bulunmasını öngörür. Bildirimde bulunulan üçüncü kişi, davaya katılıp katılmamasına bakılmaksızın davanın sonucuyla bağlı olur. Üçüncü kişi, davaya katılmayı reddetmesi ve dava sonucunda sorumlu olduğuna karar verilmesi hâlinde, davalı tarafından, tazmin sorumluluğunun tespitine ilişkin olarak açılacak bir davaya muhatap olur ve davet edildiği davada karara bağlanan hususları, kendisini davet eden kişiye karşı tekrar tartışma konusu yapamaz.¹¹¹³

¹¹¹¹ Hosking, **Third Party**, s.549.

¹¹¹² *Vouching* tabirinin kökeni, davet etmek anlamına gelen Latince *vocare* kelimesidir. Britanya’da *vouching*, malvarlığı davalarında kullanılan bir müesseseydi. Meselâ hırsızlıkla suçlanan bir kişi, çaldığı iddia edilen malı devir aldığı kişiyi davet ederek hakkını ispat edebilirdi. Daha sonra bu müessese gayrimenkul davalarında kullanılmaya başlandı. *Voucher* tabiri Fransız hukukunda da kullanılmıştır. O devirdeki özel hukuk davalarının çoğu gayrimenkul mülkiyetine ilişkin olduğu zira feodal yapıda mülkiyet herşeyden önemliydi. Bu bakımdan arazi satın alan kişiler, satıcının garanti vermesini talep ettiler. Satın aldıkları arazinin mülkiyetinin daha sonra gayri iradî bir biçimde elinden alınmak istenmesi hâlinde alıcı, satıcıyı davet etmekteydi. Satıcının davete icabet etmesi ve garantisini kabul etmesi hâlinde alıcı davadan elini çeker ve satıcı davalı olarak davaya devam ederdi. Davacının davayı kazanması hâlinde alıcı, kaybettiği araziye eşdeğer bir arazi parçasını satıcıdan talep hakkı elde ederdi. Satıcının, alıcının davetine icabet etmemesi hâlinde ise mahkeme, esas hakkındaki kararını verdikten sonra satıcının bu kararla bağlı olup olmayacağına da hükmederdi. Önemi 19. yüzyılda azalmaya başlayan *vouching*, ABD’de varlığını korumaya devam etti ve başta sorumluluk sigortaları, satıcının sorumluluğu ve üreticinin sorumluluğu olmak üzere her tür garantide kullanılmaya başlandı. ABD tatbikatına göre, davette bulunulan kişiye; bir davanın açıldığını, ilgilinin bu davaya katılarak kendisini savunabileceğini, aksi halde davette bulunan kişinin kendisini sorumlu tutabileceğini bildiren bir bildirimde bulunulmaktadır. Davette bulunulan garantörün bu davete icabet etmemesinin sonucu, davet edildiği davada karara bağlanan hususları kendisini davet eden kişiye karşı tekrar tartışma konusu yapamamasıdır: O’Connor s.165–167.

¹¹¹³ Jerome C. Scowcroft, “Arbitration – Vouching-In and Third Party Claims”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol:19, 1988, s.605; O’Connor s.168.

SCAC Transport Inc v. SS Danaos davasında¹¹¹⁴ mahkeme, *vouching*in, tahkim yargılamasında ve taahhütte bulunanın tahkime rıza gösterip göstermediğine bakılmaksızın mümkün olduğuna karar vermiştir. Olayda, tahkim şartı içeren bir charterparti çerçevesinde faaliyette bulunan bir gemi söz konusuydu. Kiracı tarafından istihdam edilen bir gemi adamı tarafından gemiye bir tır yüklendiği esnada köprünün çökmesi üzerine tır, gemiye zarar vererek denize düşmüştür. Bir yandan yük sahipleri tarafından donatan ve kiracı aleyhine tazminat davası açılmış, diğer yandan, donatan ve kiracı, gemi adamı aleyhine tazminat talebinde bulunmuştur. Yük sahipleriyle olan uyuşmazlık donatan tarafından giderilmiş, diğer talepler için donatan ile kiracı arasında Londra'da tahkim yargılaması başlamıştır. Kiracı, gemi adamına davayı ihbar etmiş, gemi adamı ise tahkim yargılamasına katılmayı reddetmiştir. Hakem heyeti, kazanın, geminin denize elverişliliğinden yahut gemiye ilişkin bir ihmalden değil, yalnızca gemi adamının ihmalden kaynaklandığına ve bu ihmalden ötürü kiracının donatana karşı sorumlu olduğuna karar vererek, donatan tarafından yük sahiplerine yapılan ödemenin, geminin tamir masraflarının ve tamirat süresince kira bedelinden yapılan kesintinin kiracı tarafından donatana ödenmesine hükmetmiştir. Kiracı, hakem kararını gemi adamına tebliğ etmiş, hakem kararını temyiz etmemesi hâlinde kararın tazminini kendisinden talep edeceğini bildirmiş ve gemi adamının hakem kararını temyiz etmemesi üzerine gemi adamı aleyhine mahkemede dava açmıştır. Kiracı, tahkim yargılamasında hükme bağlanan hususların tekrar tartışma konusu yapılamayacağına ve donatan lehine hükmedilen tazminatın gemi adamı tarafından ödenmesine ilişkin bir karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme, gemi adamı tahkime rıza göstermediği ve tahkim yargılamasında yer almadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Mahkemeye göre, resmî yargılama sisteminde mevcut haklar ve koruma tedbirleri tahkimde söz konusu değildi. Bu haklardan ve koruma tedbirlerinden, açıkça rıza göstermeksizin yoksun kalmak da mümkün değildi. Gemi adamı tahkime açıkça rıza göstermediği için, tahkim yargılamasının kendisine ihbarı ve bu ihbarın hukuken sonuç doğurması kabul edilemezdi. Temyiz Mahkemesi ise, gemi adamına, kiracının zararını tazmin edecek kişi olması itibarıyla, kiracı tarafından tahkim yargılamasının ihbar edilebileceğine karar vermiştir. Temyiz

¹¹¹⁴ 845 F.2d s.1157 (2d Cir. 1988).

Mahkemesine göre, tahkim yargılaması ile resmî yargılama arasındaki farklar veya tahkime rıza göstermeyen bir kişinin hakem kararıyla bağlı olmaması prensibi tahkim yargılamasının üçüncü kişilere ihbar edilmesine engel değildir.¹¹¹⁵

İngiliz hukukunda, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilerin, tahkim yargılamasına, dava arkadaşlığı vb. yöntemler vasıtasıyla dâhil olması mümkün görülmemektedir. *Taunton-Coolins v. Cromie and Others* davasında¹¹¹⁶ mimarın, işveren ile müteahhit arasında cereyan eden tahkim yargılamasına dâhil olma talebi, tahkim anlaşmasına taraf olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.¹¹¹⁷

Fransız hukukunda, tahkim anlaşmasının nisbîliğinin ve hakem kararının kesin hüküm etkisinin, üçüncü kişileri korumaya yeterli olduğu kabul edilerek, uluslararası tahkimde üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdâhil olması kabul görmemektedir.¹¹¹⁸ Aynı yaklaşım Rus hukuku bakımından da söz konusudur.¹¹¹⁹

Alman ve Avusturya hukuklarında, fer'î müdâhil olmak bakımından tarafların rızasına ihtiyaç bulunmadığı ve yargılamanın neticesi bakımından hukuken korunan bir menfaati bulunan kişilerin, tahkim yargılamasına fer'î müdâhil olarak katılabilecekleri ileri sürülmektedir. Davanın üçüncü kişiye ihbarı durumunda, ihbarda bulunulan kişi, tahkim yargılamasına katılmaktan imtina etmesi hâlinde, bu tahkim yargılaması neticesinde verilecek hakem kararına itiraz etme hakkını kaybeder.¹¹²⁰ Bunun yanında, zorunlu dava arkadaşlığı hallerinden birinin tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir vakıada söz konusu olması durumunda, uyuşmazlık resmî yargıda çözümlenmelidir. Yargılamanın bölünmesi ve bir kısmının tahkimde, diğer kısmının resmî yargıda ele alınması caiz görülmemektedir.¹¹²¹ Alman

¹¹¹⁵ Scowcroft s.605–607; O'Connor s.168–169.

¹¹¹⁶ **All ER** 1964/2, s.332.

¹¹¹⁷ Franz Laschet, “Die Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit”, **Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag**, Ed: K.H. Böckstiegel / O. Glossner, Cologne, 1981, s.95–96 ve dn.22.

¹¹¹⁸ Fouchard, Gaillard, Goldman s.918; Hosking, **Third Party**, s.552.

¹¹¹⁹ Kurochkin, Barth s.179.

¹¹²⁰ Laschet s.92; Melis s.574–575.

¹¹²¹ Schwab, Walter s.61; Laschet s.92.

mahkemelerinde görülen bir davaya¹¹²² konu olayda, davacı, bir komandit şirkete borç para vermiş, daha sonra bu paranın ödenmesi talebiyle şirkete ve şirketin komandite ortağına karşı dava açmış; fakat sonradan komandite ortakla, bu talebi de kapsayan bir tahkim sözleşmesi akdetmiştir. Ne var ki şirket bu tahkim anlaşmasının tarafı değildir. Alman mahkemeleri bu durumda komandite ortakla komandit şirket arasında mecburî dava arkadaşlığı bulunduğu ve bu yüzden tahkim şartının geçersiz olduğuna hükmetmiştir.¹¹²³

Belçika Medenî Usûl Kanunu¹¹²⁴ m.1696 uyarınca, menfaat sahibi üçüncü kişiler hakem heyetinden tahkim yargılamasına katılma talebinde bulunabilir veya taraflardan biri üçüncü bir kişiye katılma bildiriminde bulunabilir. Üçüncü kişilerin müdahalesinin kabulü için, üçüncü kişi ve uyuşmazlığın tarafları arasında bir tahkim anlaşması her hâlükârda gereklidir. Bundan başka, hakem heyetinin oybirliğiyle vereceği karar aranır.¹¹²⁵ Benzer bir hüküm, Hollanda Medenî Usûl Kanunu m.1045’de yer almaktadır.¹¹²⁶

1998 tarihli *London Court of International Arbitration (LCIA)* Kuralları m.22/1/h uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakem heyeti: taraflardan birinin başvurusu üzerine, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına *taraf* olarak dâhil olmasına, üçüncü kişi ve başvuruda bulunan taraf arasında buna ilişkin yazılı bir mutabakat bulunması şartıyla izin verebilir ve tahkim yargılamasına dâhil olanlar hakkında bir veya ayrı ayrı karar verebilir. Tahkimin ihtiyarî niteliği, tarafların LCIA Kuralları arasından istemediklerini çıkarabilmelerine izin verildiği için hâlen korunmaktadır.¹¹²⁷

Bu modelin ilginç bir versiyonu Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından 1983 yılında oluşturulan Court of Arbitration for Sports (CAS) tahkimidir. Kurallar,

¹¹²² **JZ**, 1961, s.175 vd.

¹¹²³ Keser Berber s.108.

¹¹²⁴ <http://www.jus.uio.no/lm/belgium.code.judicature.1998/landscape.pdf>

¹¹²⁵ Laschet s.93; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.330.

¹¹²⁶ Van Den Berg, **Netherlands**, s.21.

¹¹²⁷ Hosking, **Third Party**, s.553; Hosking, **Non–Signatories**, s.297.

üçüncü kişilerin, hem iradeleri hilâfına tahkim yargılamasına dâhil edilmesini¹¹²⁸ hem de müdâhil olabilmelerini öngörür.¹¹²⁹ Tahkimin iradî/ihtiyarî yapısıyla bağdaşmayan bu hükümler, Uluslararası Olimpiyat Komitesi gibi dar kapsamlı üyelik sisteminin hâkim olduğu organizasyonlar için uygun görülmektedir.¹¹³⁰

Polonya Dış Ticaret Odası Tahkim Kuralları m.21 uyarınca, davanın sonuçlarının, taraflardan birinin bir üçüncü kişiye karşı ileri süreceği talepleri etkilemesi hâlinde ilgili taraf, ilk duruşmanın bitiminden önce üçüncü kişinin tahkim yargılamasına dâhil edilmesine karar verilmesini talep edebilir.¹¹³¹

ICC Tahkim Divânı, üçüncü kişilerin katılımı konusunda muhafazakâr bir yaklaşım kabul etmiştir. Geçmişte tahkim yargılamasının taraflarını sadece davacıların belirlediği ve davalının hiçbir şekilde bir üçüncü kişiyi yargılamaya dâhil edemeyeceği düşünülmekteydi. Bu tatbikatın, özel kişilerin dâhil olduğu iki ve devletin taraf olduğu bir davada değiştirildiği ifade edilmekte ve bu davalarda davalının, davacı ve üçüncü kişi aleyhine bir karşı dava yönelttiğine ve üçüncü kişinin, tahkim talebine temel teşkil eden tahkim anlaşmasının yer aldığı sözleşmeye taraf olduğuna dikkat çekilmektedir. Divân, davalı tarafından talep edilen üçüncü kişinin katılımını kabul etmesi için iki şartın yerine getirilmesini gerekli görmüştür: davalı, üçüncü kişiye karşı talepte bulunmuş olmalı ve üçüncü kişi, tahkim talebinin dayanağını teşkil eden tahkim anlaşmasını ihtiva eden sözleşmeye taraf olmalıdır.¹¹³²

¹¹²⁸ Madde 41/2: “Davalı, bir üçüncü kişinin tahkimde taraf olarak yer almasını isterse, davaya cevabında gerekçeleriyle birlikte bunu ifade etmeli ve cevabından bir kopya fazla yaptırmalıdır. Mahkeme kalem bu kopyayı, tahkim yargılamasına katılması istenen kişiye ulaştırır ve bu kişiye durumunu bildirmesi ve m.39’a göre bir cevap vermesi için mehil verir. Üçüncü kişinin davaya katılması ve kendi konumu hakkında açıklamada bulunması için davacıya da mehil verilir.”

¹¹²⁹ Madde 41/3: “Tahkim yargılamasında taraf olarak yer almak isteyen üçüncü kişi, bu talebini, davalıya tanınan davaya cevap süresi içinde, gerekçeli olarak, CAS’a ulaştırmalıdır. Bu başvurunun içeriği, tahkim talebinin içeriğiyle aynı olmalıdır. Mahkeme kalem bu başvurunun bir kopyasını taraflara ulaştırır ve üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılması hakkındaki görüşlerini bildirmeleri ve m.39’a göre bir cevap vermeleri için mehil verir.”

¹¹³⁰ Hosking, **Third Party**, s.553–554; Hosking, **Non-Signatories**, s.297.

¹¹³¹ Rubino–Sammartano s.184–185.

¹¹³² Silva–Romero s.48–49.

5625 sayılı ICC davasında, (A) tarafından (X) aleyhine tahkim yargılaması başlatılmıştı. Tahkim yargılaması başladıktan sonra davalı (X), âkit taraf (B) şirketi ile üçüncü kişi konumundaki (Y) ve (C) şirketlerinin de davacı olarak tahkim yargılamasında yer alması gerektiğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti: (B) şirketinin, davacı (A)'nın talebini dayandırdığı sözleşmeye taraf ve tahkim yargılamasının sonucu bakımından menfaat sahibi olmasının, tahkime taraf olup olmadığı yahut taraf yapılmasının gerekli olup olmadığı sorusuyla alâkasız olduğunu; tahkim yargılamasında *davacı* olmak isteyip istemediğine karar vermenin, ilgili kişiye bağlı bulunduğunu; aynı şirketler grubuna dâhil olan (Y) ve (C) şirketlerinin, grubun diğer şirketleri tarafından akdedilmiş bir tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmayacağı ve olacaksa hangi koşullar çerçevesinde bunun mümkün olabileceği konusundaki tartışmanın sadece bir tahkim talebinde davacı veya davalı olarak yer almaları hâlinde söz konusu olabileceğini ve bu nedenle bahse konu davada, (Y) ve (C) şirketlerinin, davacı (A), (B) şirketi ve davalı (X) arasında akdedilen sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olup olmadıkları konusundaki tartışmanın, usûlî bir husus olarak ortaya konulamayacağını; bu tartışmanın sadece, davalı (X) ve/veya (Y) şirketinin, 1988 tarihli Kurallar m.3 uyarınca, davacı (A) ve/veya (B) şirketiyle birlikte olsun yahut olmasın, (C) şirketini davalı olarak tanımlayan bir tahkim talebi ileri sürdüğünde ortaya çıkabileceğini; ICC Kuralları bünyesinde, hakemlerin, atanmalarından sonra, tahkim talebinde yer almayan kişileri davalı yahut davacı olarak tahkim yargılamasına dâhil etme konusunda takdir haklarının bulunmadığını ifade etmiştir.¹¹³³

12171 sayılı ICC davasında¹¹³⁴, hakem heyeti, davacının, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına dâhil edilmesi talebi karşısında, prensip olarak üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahalelerinin mümkün olmadığına karar vermiş ve bu meselenin çözümünün tahkim anlaşmasının kapsamına ilişkin bir mesele değil, yargılama usûlüne ilişkin bir mesele olduğuna hükmetmiştir. Üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahalesi için tahkime taraf olan herkesin rızası bir ön gerekliliktir. Rızası bulunmayan bir kişiyi tahkim yargılamasına dâhil eden veya taraflardan

¹¹³³ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.338–339.

¹¹³⁴ **ASA Bull**, Vol:23, 2005/2, s.249.

birinin talebi üzerine müdahaleye müsaade eden bir hakem kararı tenfiz aşamasında itiraza uğrayabilir. Geçerli bir tahkim anlaşması bulunmayışı, New York Konvansiyonu uyarınca bir tenfiz engelidir. Hakem heyeti, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına dâhil edilmesine engel olunmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği hallerin de bulunabileceğini belirtmiştir. Bahse konu davada, ne haksız yere rıza göstermeme durumu ne de davacının, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına dâhil edilmesinden pratik bir menfaati söz konusu idi. Bu itibarla müdahale talebi reddedilmiştir.¹¹³⁵

UNCITRAL Kurallarına teban yürütülen *ad hoc* nitelikteki *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana* davasında¹¹³⁶, davacılar, *Ghana Investment Centre* aleyhine tahkim yargılaması başlatmış ve yargılama başladıktan sonra Gana Devleti'ni davalı olarak tahkim yargılamasına dâhil etmek istemiştir. Hakem heyeti, Gana Devleti'nin bir birimi olan *Ghana Investment Centre* tarafından akdedilen sözleşmenin Gana Devleti'ni bağlayacağı hususunda tereddüt bulunmadığı ve aslında sözleşmede, yatırımcı ile devlet arasında doğabilecek uyuşmazlıkların kastedildiğini işaret ederek katılımı kabul etmiştir.¹¹³⁷

The Bay Hotel and Resort Limited v. Cavalier Construction Co Limited davasındaki¹¹³⁸ meselelerden biri, tahkim şartının üçüncü kişilere teşmiline ilişkindi. Turks and Caicos Islands'daki (TCI) bir otel inşaatının tamamlanmaması üzerine, kefil *Zurich*'e müracaat edilmiştir. *Zurich*, kalan işi tamamlamayı tercih etmiş ve bunun için TCI'da *The Bay* şirketini kurmuştur. *The Bay*, inşaatın tamamlanması için Bahama şirketi *Cavalier Bahamas* ile bir sözleşme akdetmiş ve *Cavalier Bahamas*'a yapılacak ödeme, *Zurich* tarafından garanti edilmiştir. *Cavalier Bahamas*, sözleşmenin ifası amacıyla TCI'da *Cavalier TCI* isimli bir şirket kurmuştur. *Cavalier TCI* sözleşmenin tarafı değildi. *The Bay* ve *Cavalier Bahamas* arasındaki esas

¹¹³⁵ **ASA Bull**, Vol:23, 2005/2, s.255.

¹¹³⁶ **YBCA**, Vol:19, 1994, s.11 vd.

¹¹³⁷ **YBCA**, Vol:19, 1994, s.18.

¹¹³⁸ **UKPC**, 2001, s.34.

sözleşme, Amerikan Mimarlar Enstitüsü [American Institute of Architects (AIA)] tarafından hazırlanan standart sözleşme esas olarak hazırlanmıştı. Sözleşmeye göre, esasa uygulanacak hukuk, projenin icra edildiği yer olan TCI hukukuydu ve uyuşmazlıklar, AAA'nın 1996 tarihli İnşaat Endüstrisi Tahkim Kuralları uyarınca yürütülecek tahkim yargılaması yoluyla çözümlenecekti. *Cavalier Bahamas*, maruz kaldığı zararın karşılanması talebiyle *The Bay* aleyhine tahkime müracaat ettiğinde, *The Bay*, projede öngörülen işi ifa eden ve bütün finansal yükümlülükleri üstlenen *Cavalier TCI* olduğu için, *Cavalier Bahamas*'ın zarara maruz kalmadığını ileri sürmüş ve meydana gelen zarardan kendisinin sorumlu olmadığını iddia etmiştir. *Cavalier Bahamas*, AIA genel şartları m.4/9/5 hükmüne istinaden bu iddiaya karşı çıkmış ve *Cavalier TCI*'nin yargılamaya taraf olarak katılmasını talep etmiştir. “Yargılamaların Birleştirilmesi ve Üçüncü Kişilerin Müdahalesi” başlığını taşıyan bu hükme göre: İnşaatın yöneticisi, mimar veya bunların çalışanları yahut danışmanları, sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların götürüldüğü tahkim yargılamalarına, yargılamaların birleştirilmesi, müdahale veya benzer bir yolla dâhil edilmeyecektir; meğerki işverenin, yüklenicinin ve tahkim yargılamasına dâhil olan kişinin yazılı ve açık onayı bulunsun. Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların görüldüğü tahkim yargılamasına, yargılamaların birleştirilmesi, müdahale veya benzer bir yolla, işveren, yüklenici yahut m.6'da tarif edilen diğer yükleniciler ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için ele alınması gereken maddî veya hukukî meselelere büyük ölçüde bağlı olan kişiler dışında kalan kimseler dâhil edilmeyecektir.¹¹³⁹

The Bay, *Cavalier Bahamas*'ın başvurusuna karşı çıkmış, fakat başvuru hakem heyetince kabul edilmiştir. Yargılama sonunda hakem heyeti *Cavalier Bahamas* ve *Cavalier TCI* lehine hüküm tesis etmiştir. Kararın iptali amacıyla *The Bay* ve *Zurich* tarafından, TCI mahkemelerinde dava açılmıştır. Mahkeme, *The Bay* ve *Zurich*'in, hakem heyetinin *Cavalier TCI* hakkında hüküm tesis edemeyeceği, zira *Cavalier TCI*'nin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı iddiasını reddetmiş ve hakem

¹¹³⁹ Paul Michell, “Arbitral & Judicial Decision: Party Autonomy and Implied Choice in International Commercial Arbitration”, **The American Review of International Arbitration**, Vol:14, 2003, s.572–573.

kararının tenfiz edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, m.4/9/5 hükmü ve bilhassa ‘*uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için ele alınması gereken maddî veya hukukî meselelere büyük ölçüde bağlı olan kişiler*’ ibaresi, hakem heyetine, *Cavalier TCI*’yi, rıza gösterdiği takdirde tahkim yargılamasına dâhil etme yetkisi vermekteydi. Davanın götürüldüğü TCI Temyiz Mahkemesine göre m.4/9/5 hükmü, hakem heyetine, uyuşmazlığın çözümü için halli gereken maddî veya hukukî meselelere bağlı olan üçüncü kişileri, tarafların rızasına bakmaksızın tahkim yargılamasına dâhil etme izni vermekteydi. Temyiz Mahkemesi, *Cavalier TCI*’nin tahkim yargılamasına dâhil edilmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmakla birlikte, onun, hakem kararının lehdarı yapılmasının hukuka uygun olmadığına karar vermiştir. *Cavalier TCI*’nin hakem kararının lehdarı yapılması, onu, tarafı olmadığı sözleşmeden kaynaklanan menfaatlerin sahibi yapacaktı. Temyiz Mahkemesi, *Cavalier Bahamas*’ın hakem kararını tenfiz edebileceği ve fakat *Cavalier TCI*’nin bu hakka sahip olmadığı sonucuna varmıştır.¹¹⁴⁰

The Bay ve *Zurich*, Temyiz Mahkemesinin kararına karşı Yüksek Mahkemeye başvurmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, tahkim yargılamasına müdahale konusundaki temel prensip, tahkim anlaşmasının tarafları rıza göstermediği takdirde, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilememesiydi. Yüksek Mahkeme, m.4/9/5 hükmüne odaklanmış ve bu hükmün, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilmesinin gerekçesi olmadığı, tam tersine üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilmesi konusunda bir sınırlama teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Bu itibarla Temyiz Mahkemesinin, üçüncü kişi konumundaki *Cavalier TCI*’nin tahkim yargılamasına dâhil edilebileceği ve fakat onun lehine hakem kararı tesis edilemeyeceği yönündeki *melez* yaklaşımı da reddetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, hakem heyeti, ne üçüncü kişileri tahkim yargılamasına dâhil etme ne de onlar hakkında karar verme yetkisine sahipti. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, hakem kararının, *Cavalier TCI*’ye ilişkin kısmını iptal etmiştir.¹¹⁴¹

¹¹⁴⁰ Michell s.574–575.

¹¹⁴¹ Michell s.576–577; Merkin s.652–653.

Türk hukukunda, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilerin, tahkim anlaşmasının tarafları arasında cereyan eden tahkim yargılamasına katılmasının, tahkim anlaşmasının taraflarının iradesine aykırı olduğu ölçüde, tarafların serbest iradelerine müdahale anlamına geleceği savunulmaktadır.¹¹⁴² Zira devlet yargısında söz konusu olan *müdahale* müessesesi, tahkim açısından söz konusu değildir. Tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına *taraf* olarak katılabilmesi, tahkim anlaşmasının taraflarının buna rıza göstermesi hâlinde mümkündür. Tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilmesi, hakemlerin yetkilerini aşması ve tahkim anlaşması bulunmaması sebeplerinden ötürü hakem kararının tenfizine engel olacaktır.¹¹⁴³

Devlet yargısında söz konusu olan mecburî dava arkadaşlığında, davaya konu hakkın, niteliği gereği, birden fazla kişi tarafından veya birden fazla kişiye karşı kullanılması zorunludur. Bu itibarla böyle bir hak için açılacak davalarda hak sahiplerinin tümünün davacı veya davalı olarak yer alması zorunludur. Meselenin konumuzu ilgilendiren boyutu, mecburî dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hakkın tahkime tâbi kılınmış bulunması ve fakat mecburî dava arkadaşlarının tümünün tahkim anlaşmasına taraf olmamasıdır. Mecburî dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde tahkim davasının, mecburî dava arkadaşlarının tamamı tarafından akdedilmiş olması ve davanın da mecburî dava arkadaşlarının tamamına yöneltilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹⁴⁴ Böyle bir durumda tahkim anlaşmasının, New York Konvansiyonu m.II/3 bağlamında etkisiz hâle geleceği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda bir *joint-venture* ilişkisinde, tahkim sözleşmesinin işveren ile *joint-venture*'ı oluşturan ortaklardan bazılarının imzalamış olması hâlinde, *joint-venture* adî ortaklık niteliğinde olduğu için, işverene karşı tahkim yoluna başvurulmak istendiğinde, mecburî dava arkadaşlığının bir sonucu olarak, *joint-venture*'ın taraflarının birlikte dava açmalarının gerektiği, ancak *joint-venture* ortaklarının tümü tahkim anlaşmasını imzalamadığı için, tahkim anlaşmasına taraf

¹¹⁴² Erol Ertekin, İzzet Karataş, **Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Ankara, 1997, s.236.

¹¹⁴³ Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s.201.

¹¹⁴⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özokes, **Medenî Usûl Hukuku**, 6.Bası, 2007, s.709.

olmayanların tahkime dâhil olmasının mümkün olmayacağı ve böylece tahkim şartının *etkisiz* hâle geleceği öne sürülmektedir.¹¹⁴⁵ İhtiyarî dava arkadaşlığı söz konusu olduğunda ise, davanın ihtiyarî dava arkadaşlarının tümüne karşı yöneltilmesinin gerekli olmadığı belirtilmektedir.¹¹⁴⁶

Fer'i müdahale müessesesi vasıtasıyla, dava sonunda verilecek olan hükümden olumsuz biçimde etkilenmesinin engellenmesi amaçlanan fer'i müdâhil, lehine müdahalede bulunulan tarafın yardımcısıdır; taraf sıfatını taşımaz ve bu itibarla verilecek karar, fer'i müdâhil bakımından kesin hüküm teşkil etmez¹¹⁴⁷. Taraflar, yaptıkları bir anlaşma ile aralarında cereyan edecek tahkim yargılamasında fer'i müdahalenin mümkün olduğunu öngörebilirler¹¹⁴⁸ yahut taraflarca tahkim yargılamasına tatbik edilmek üzere seçilen kurallar arasında bu konuya ilişkin hükümler bulunabilir. Bu iki ihtimalin söz konusu olmadığı hallerde, tahkim anlaşmasına taraf olmayan fer'i müdâhilin tahkim yargılamasına katılması, tarafların iradesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle¹¹⁴⁹ ve tahkimin tercih sebeplerinin başında gelen *mahremiyet* prensibi ile diğer tarafın, karşı tarafa yardımcı bir kişinin davaya dâhil olmasına rıza göstermeyecek olması karşısında pek mümkün görülmemektedir.¹¹⁵⁰ Davanın üçüncü kişi konumundaki şahıslara ihbarî söz konusu olduğunda, bu şahısların tahkim anlaşmasına taraf olmaması nedeniyle tahkim yargılamasına dâhil olmaları mümkün görülmemektedir.¹¹⁵¹

Aslî müdahale müessesesi ise, görülmekte olan bir davada, üçüncü kişi konumundaki bir şahsın, dava konusu şey veya hak üzerinde kısmen yahut tamamen hak sahibi olduğunu iddia ederek bu davanın taraflarına karşı dava açması şeklinde tarif edilmektedir. Burada, görülmekte olan bir davanın taraflarından birinin yanınanda davaya katılma değil; görülmekte olan bir davanın taraflarına karşı ayrı ve

¹¹⁴⁵ Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s.204–205 ve dn.567.

¹¹⁴⁶ Pekcanitez, Atalay, Özkes s.709.

¹¹⁴⁷ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.18, 21.

¹¹⁴⁸ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.202.

¹¹⁴⁹ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.204.

¹¹⁵⁰ Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s.209–210.

¹¹⁵¹ Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.205.

bağımsız bir dava açılması söz konusudur. Aslî müdâhil, görülmekte olan davanın taraflarından ayrı ve bağımsız bir taraftır. Bu müesseseyle güdülen amaç, görülmekte olan davanın taraflarına karşı iki ayrı davanın açılmasının önüne geçmek suretiyle dava sayısının azaltılması ve çelişik kararların ortaya çıkma ihtimalinin önüne geçilmesidir.¹¹⁵²

Tahkim müessesesinin akdî/ihtiyarî doğasından ötürü tahkim usûlünde hiç kimse iradesine aykırı olarak bir tahkim yargılamasına katılmaya zorlanamayacağı gibi, yine hiç kimse, tarafı olduğu bir tahkim yargılamasına birlikte dâhil olmayı akdî olarak öngörmediği kişilerle bir tahkim yargılaması yürütmeye zorlanamaz.¹¹⁵³ Bu nedenle üçüncü kişilerin tahkim yargısına müdahale etme veya taraf olarak dâhil edilme imkânı prensip olarak tahkim yargılamasının diğer taraflarının rızasına bağlıdır.¹¹⁵⁴ İhtiyarî tahkimde hakemlerin yargılama yetkisinin tek kaynağı tahkim anlaşmasıdır. Bunun sonucu olarak, fer'i müdâhil veya aslî müdâhil yahut tahkim davasının ihbarda bulunduğu üçüncü kişi tarafından yahut bunlar aleyhine hak veya mükellefiyet doğuran bir yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi, gerek hakemlerin yetkilerini aşmasından gerekse üçüncü kişinin taraf olduğu bir tahkim anlaşması bulunmamasından ötürü mümkün olmayacaktır.¹¹⁵⁵ Bu açıdan, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılmasına ilişkin kararın yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş olmasının, tenfiz hâkimini bağlamayacağına altı çizilmelidir.

Türk hukukunda mecburî dava arkadaşlığı maddî hukuk hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Usûl Kanunumuz, hangi durumlarda mecburî dava arkadaşlığının söz konusu olacağını bizzat göstermemiş ve bu konuda Medenî Kanuna atıf yapmakla yetinmiştir (m.47)¹¹⁵⁶. Mecburî dava arkadaşlığının maddî

¹¹⁵² Pekcanitez, **Fer'i Müdahale**, s.43-45.

¹¹⁵³ Karl Heinz Schwab, "Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft", **Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1989, s.289; Van Den Berg, **New York Convention**, s.163; Keser Berber s.53.

¹¹⁵⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts-Parties-Issues**, s.330.

¹¹⁵⁵ Melis s.577; Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s.201.

¹¹⁵⁶ Üstündağ s.374.

hukuk kaynaklı olmasından ötürü, tahkim yargılamasına konu hakkın, tâbi bulunduğu hukuk uyarınca mecburî dava arkadaşlığını öngörmesi tahkim anlaşmasının tesirsiz hâle geldiğinin kabulü için yeterli değildir. Böyle bir ihtimalde tahkim yargılaması, tahkim anlaşmasına taraf olan kişiler arasında cereyan eder ve mecburî dava arkadaşı olması gereken kişiler birbirlerine rücû etmek suretiyle aralarındaki ilişkiyi tanzim ederler.

3. Farklı Taraflarca Akdedilen Tahkim Anlaşmalarına İstinaden Yürütülen Farklı Tahkim Yargılamalarının Birleştirilmesi Suretiyle Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili

Farklı taraflarca akdedilen farklı tahkim anlaşmalarına istinaden yürütülen farklı tahkim yargılamalarının, tarafların iradesi hilâfına birleştirilmesi hâlinde, bahse konu tahkim anlaşmalarının, diğer tahkim anlaşmasının taraflarına teşmili söz konusu olacaktır.

Genellikle aynı ticarî muameleden kaynaklanan bir dizi sözleşme söz konusu olduğunda ortaya çıkan sorunlardan biri de, bu sözleşmelerden kaynaklanan birden fazla tahkim yargılamasının paralel olarak yürümesidir. Bu gibi durumlarda, paralel olarak yürütülen farklı tahkim yargılamalarının birleştirilmesi, ortaya çıkması muhtemel birçok sorunu engelleyebilir. Ne var ki tahkimin iradî/ihtiyarî karakterinden ötürü bu pek mümkün görülmemekte ve tahkim yargılamalarının, tarafların iradesi hilafına birleştirilmesinin tahkimin iradî niteliğine zarar vereceği kabul edilmektedir.¹¹⁵⁷ Buna karşılık, istisnaen de olsa bazı düzenlemeler, paralel tahkim yargılamalarının birleştirilmesini öngörmektedir.¹¹⁵⁸

Tahkim yargılamalarının birleştirilmesine karşı çıkanlar, böyle bir tutumun tarafların sözleşmelerinin yeniden kaleme alınması ve bu suretle sözleşme serbestisi prensibine ve bu prensibin hâkim olduğu modern uluslararası ticarî tahkime

¹¹⁵⁷ Ambrose s.416; Schwartz M. s.342.

¹¹⁵⁸ Rubino-Sammartano s.186.

müdahale edilmesi anlamına geleceğini ileri sürmektedir. Tahkim yargılamalarının birleştirilmesi lehinde görüş bildirenler ise, bu görüşlerine gerekçe olarak, tahkimin nihaî amaçları olan, uyuşmazlıkların etkin bir biçimde çözümü ve ekonomik ve ticarî adalete ulaşmanın vasıtalarından biri olduğunu öne sürmektedir.¹¹⁵⁹

Resmî yargılamada, çatışan kararların ortaya çıkmasını engellemek ve para ve zaman tasarrufu sağlamak suretiyle usûl ekonomisine katkıda bulunmak amaçlarıyla benimsenen birleştirme işleminin, aynı gerekçelerden ötürü tahkim yargılamasında uygulanıp uygulanmayacağı çözülmesi gereken bir mesele teşkil eder. Doktrinde, tahkimi, uluslararası ticaret alanına egemen bir uyuşmazlık çözme yöntemi olması sebebiyle ve çatışan kararların ortaya çıkmasını önlediği, ayrı yargılamaların yürütülmesini nedeniyle daha fazla zaman ve para kaybının ortaya çıkmasını engellediği, usûl ekonomisini yerine getirerek daha etkin bir çözüm öngördüğü ve daha hakkaniyetli olduğu gerekçeleriyle, birleştirme işleminin caiz olduğu bir alan kabul edenler mevcuttur.¹¹⁶⁰

Birleştirme olasılığı farklı hallerde tezahür edebilir. Bir yanda taraflar, tahkim anlaşmasında öngörmemiş olmalarına rağmen, yargılamaların birleştirilmesini kararlaştırabilirler. Öte yanda tahkim yargılamalarının birleştirilmesine, tarafların anlaşmalarında yetkili kıldıkları tahkim kurumunca veya atanan hakem heyetince de karar verilebilir. Böyle bir birleştirme, ICC Tahkim Kuralları (m.4/6), CEPANI Kuralları (m.11), Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları (m.13–14)¹¹⁶¹ veya Cenevre Ticaret Odası Tahkim Kuralları (m.13–18) gibi değişik tahkim kurallarıyla organize edilmektedir. GAFTA (m.5) gibi bazı meslek birliklerinin tahkim kurallarında da durum budur.¹¹⁶²

¹¹⁵⁹ Julie C. Chiu, “Consolidation of Arbitral Proceedings and International Commercial Arbitration,” **Journal of International Arbitration**, Vol:7, No:2, June 1990, s.56–57; Stipanowich s.494, 500.

¹¹⁶⁰ Platte s.67; Dominique Hascher, “Consolidation of Arbitrations by American Courts: Fostering or Hampering International Commercial Arbitration?” **Journal of International Arbitration**, Vol:1, No:2, 1984, s.132; Nicklish, **Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit**, s.221–222, 229–230; Nicklish, **Multi-Party Arbitration**, s.57, 64.

¹¹⁶¹ Karrer s.261 vd.

¹¹⁶² Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.330; Hanotiau, **Complex Arbitrations**, s.379.

1988 tarihli ICC Tahkim Kurallarının, “Tahkim Yargılamasında Taleplerin Birleştirilmesi” başlıklı 13. maddesinde: “*Aynı taraflarca tahkime havale edilmiş ve Divânda derdest bir hukukî ilişkiyle ilgili bir tahkim talebinde bulunulduğunda, Divân, Kuralların 16. maddesine uygun olarak bu talebin mevcut tahkim yargılamasına dâhil edilmesine karar verebilir*” hükmü yer almaktaydı. Bu hükme göre taleplerin birleştirilmesi, biri taraflar diğeri hukukî ilişkiler arasında özdeş kimlikler gerektirmekteydi. Esasa ilişkin bu şartın yanında, derdest davanın *Terms of Reference* aşamasının ötesine geçmemesini öngören usûlî bir şart da mevcuttu. Bu aşama geçildikten sonra birleştirme, tarafların ilâve bir anlaşma yapmasına bağlıydı. 1998 tarihli yeni Kurallar m.4/6 uyarınca: “*Bu Kurallara teb’an aynı taraflar arasında derdest bir tahkim yargılamasının ilişkin olduğu hukukî ilişkiyle bağlantılı bir tahkim başvurusunda bulunulduğunda, Divân, taraflardan birinin talebi üzerine, tahkim başvurusundaki talepleri derdest yargılamaya dâhil edebilir; yeter ki Terms of Reference, Divân tarafından imzalanmamış yahut onaylanmamış olsun. Terms of Reference, Divân tarafından imzalandıktan yahut onaylandıktan sonra, talepler, m.19 hükmüne uygun olarak derdest yargılamaya dâhil edilebilir.*” Ve yeni m.19 hükmü uyarınca: “*Terms of Reference, Divân tarafından imzalandıktan yahut onaylandıktan sonra, taraflar Terms of Reference’in kapsamı dışında kalan talep yahut karşı talepler ileri süremezler; meğerki bu talep veya karşı taleplerin doğasına, tahkim yargılamasının aşamasına ve diğer ilgili koşullara uyulmak kaydıyla hakem heyetince buna müsaade edilmiş olsun.*”¹¹⁶³

Divân’ın bir tahkim yargılamasını derdest bir tahkim yargılamasıyla birleştirme yetkisi, m.4/6 hükmüne uygun olarak, şu şartların yerine getirilmesine bağlıdır: birleştirme taraflardan en az birince talep edilmelidir, tahkim yargılamaları aynı taraflar arasında olmalıdır, tahkim yargılamaları aynı hukukî ilişkiyle bağlantılı olmalıdır ve *Terms of Reference*, Divân tarafından imzalanmamış yahut onaylanmamış olmalıdır (yahut imzalanmış veya onaylanmış olması hâlinde

¹¹⁶³ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.331.

eklenmesi istenen talepler, Kuralların 19. maddesi uyarınca kabul edilebilir olmalıdır).¹¹⁶⁴

Farklı biçimde formüle edilmiş benzer bir birleştirme usûlü, merkezi Brüksel’de bulunan Belçika Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi [*Centre belge d’arbitrage et de médiation – The Belgian Center for Arbitration and Mediation (CEPANI)*] Kuralları m.11’de yer almaktadır. Bu maddeye göre: “*CEPANI tahkim şartı ihtiva eden farklı sözleşmelerden, çok yakından bağlantılı yahut bölünemez nitelikte uyuşmazlıklar doğması hâlinde Başvuru Komitesi yahut CEPANI Başkanı tahkim yargılamalarını birleştirmeye yetkilidir. Bu birleştirme kararı, hakem heyetinin kararı veya tarafların talebi yahut CEPANI’nin bizzat harekete geçmesi üzerine alınır. Talep kabul edildiğinde Başvuru Komitesi yahut CEPANI Başkanı birleştirilen uyuşmazlıkları karara bağlayacak hakem heyetini atar. Lüzumlu olması hâlinde hakemlerin sayısı beşe kadar yükseltilebilir. Başvuru Komitesi yahut CEPANI Başkanı, tarafları ve ihtiyaç olduğu takdirde atanmış bulunan hakemleri çağırdıktan sonra karar verir. Hâlihazırda bir ara kararın veya talebin kabul edilebilirliği yahut esası hakkında bir kararın verilmiş olması hâlinde birleştirme kararı verilemez.*” CEPANI Kuralları çerçevesinde, farklı uyuşmazlıkların tarafları tamamen yahut kısmen aynı olmasa dahi birleştirme mümkündür. Gerekli olan sadece farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar arasında çok yakın *bağlantı* bulunması yahut bu tür uyuşmazlıkların *bölünemez* nitelik taşımasıdır. Bu yüzden CEPANI’nin yaklaşımı ICC’nin yaklaşımından daha esnek görülmektedir.¹¹⁶⁵

Bazı ülkelerde yasalar, bağlantılı yargılamaların, mahkemelerin emri üzerine birleştirilmesini yahut uyumlaştırılmasını düzenlemektedir. Meselâ Hollanda Medenî Usûl Kanunu m.1046 hükmü, Amsterdam İlk Derece Mahkemesi’nin başkanını, Hollanda’da vuku bulan bağlantılı tahkim yargılamalarının birleştirmeye yetkili kılmıştır. Ayrıca tarafların birleştirme yolunu kapaması da mümkündür.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.331–332.

¹¹⁶⁵ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.332–333.

¹¹⁶⁶ Hoellering, **Consolidated Arbitration**, s.48; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.334; Platte s.73; Van Den Berg, **Netherlands**, s.21–22; Eric Schwartz, “Multi-party Arbitration

Hong Kong Tahkim Kanunu (1989) §VI/B uyarınca: “İki veya daha fazla tahkim yargılamasına ilişkin olarak: bütün yargılamalarda ortak maddî yahut hukukî meselelerin ortaya çıkması veya ileri sürülen talebe konu hakların aynı muameleden yahut aynı muamele serisinden kaynaklanması veya diğer haller için, bu bölüm kapsamında bir karar vermenin gerekli olması hallerinde mahkeme bu tahkim yargılamalarının birleştirilmesine hükmedebilir”¹¹⁶⁷. Bu hüküm çerçevesinde Yüksek Mahkemenin, meselâ, bina sahibinin yükleniciye ve mimarlık şirketine karşı ileri süreceği taleplerin bulunduğu ve aynı esnada yüklenicinin de alt yükleniciye karşı ileri süreceği taleplerin bulunduğu ve bahse konu taleplerin müşterek hukukî ve maddî meseleler ihtiva ettiği yahut aynı projeden kaynaklandığı hallerde tahkim yargılamalarını birleştirme yetkisinin bulunduğu belirtilmektedir.¹¹⁶⁸

Alman hukukunda tüm tarafları bağlayan müşterek bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı hallerde tahkim yargılamalarının birleştirilmesinin de mümkün olmadığı kabul edilmektedir.¹¹⁶⁹

Fransa’da, çok taraflı tahkim için bir hakem heyetinin teşkiline yönelik bir hükmün yokluğunda, mahkemeler, tahkim yargılamalarının birleştirilmesine izin vermemiştir. Paris Temyiz Mahkemesi, 19.12.1986 tarihli *Sofidif* kararında¹¹⁷⁰, “...tahkim anlaşmasının akdî/ihtiyarî/iradî yapısına istinat eden tahkim kurallarının, uyumsuzluğun kaynaklandığı sözleşmenin hükümlerinin, sözleşmeye yabancı üçüncü kişilere teşmiline müsaade etmediğini ve herhangi bir mecburî müdahale usûlünü yahut garantilere başvurulmasını engellediğini; böylece, bağlantıdan yahut

and the ICC – in the Wake of Dutco”, **Journal of International Arbitration**, Vol:10, No:3, September 1993, s.7 dn.11; Schwartz M. s.365.

¹¹⁶⁷ **Arbitration International**, 1985, s.109.

¹¹⁶⁸ Greig, Kaplan s.8.

¹¹⁶⁹ Laschet s.107.

¹¹⁷⁰ **Rev.Arb.** 1987, s.275.

bölünemezlikten kaynaklanan zorlukların akdî bir düzlemde çözüme kavuşabileceğini” ifade etmiştir.¹¹⁷¹

İtalyan Yüksek Mahkemesinin önüne gelen bir davaya konu olayda, bir lisans sözleşmesinin ihlali iddiasıyla Zürih’te başlatılan tahkim yargılamasını takiben, lisans veren tarafından Roma mahkemelerine müracaat edilerek, lisans alanın İtalya’daki malvarlığının haczine ve meselenin esası hakkında İtalyan mahkemelerinin yetkisinin bulunmadığına karar verilmesi talep edilmiştir. Lisans alan, tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri sürerek buna karşı çıkmış ve lisans verenin markalarının hükümsüz olduğuna karar verilmesini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, İtalyan mahkemelerinin yetkisinin bulunmadığına karar vermiş fakat haciz talebi ve karşı talep konusunda İtalyan mahkemelerinin yetkili olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca lisans alanın, tahkim yargılamasının ve karşı talebin birleştirilmesine ilişkin talebini, böyle bir birleştirmenin sadece mahallî tahkimde mümkün olduğu ve uluslararası tahkimde gerçekleştirilemeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir.¹¹⁷²

İngiltere’de hakemlerin, üçüncü kişileri yargılamaya dâhil etme yetkisi yoktur. Bir ve aynı ticarî muameleden kaynaklanan ve herbiri aynı tahkim şartına tâbi kılınmış bir dizi sözleşme söz konusu olsa da durum değişmez. Bütün tarafların rızası lâzımdır. Bu lüzum, mahkemenin, tahkim anlaşmasında hakemlere tahkim yargılamalarını birleştirme yetkisinin verilmediği *The Eastern Saga* davasında¹¹⁷³ ele alınmıştır. Mahkeme bu lüzumu, hakem heyetine arz edilen delillerin gizliliğini muhafaza etmesiyle, tarafları boş yere delil sunmaktan korumasıyla ve ilâve tarafların katılımı yüzünden tahkim süresinin ve masraflarının artmasını engellemesiyle gerekçelendirmiştir. 1996 tarihli Tahkim Kanunu’nun hazırlayıcıları, *tarafların özerkliği* prensibine zarar vereceği gerekçesiyle, hakemlere tahkim yargılamalarını birleştirme konusunda kanundan doğan bir yetki vermemeyi tercih

¹¹⁷¹ Albert Jan Van Den Berg, “New York Convention of 1958 Commentary Cases Reported in Volume IX (1984)”, **YBCA**, Vol:6, 1984, s.362.

¹¹⁷² Pieter Sanders, “Consolidated Commentary Volumes III and IV”, **YBCA**, Vol:4, 1979, s.243–244.

¹¹⁷³ *Oxford Shipping Co v. Nippon Yusen Kaisha*, **All ER** 1984/3, s.835; **YBCA**, Vol:2, 1985, s.79–81.

etmiştir. Bu yüzden, Tahkim Kanunu (1996) §35, tarafların, yargılamaların birleştirilmesi veya aynı anda yürütülmesi konusunda serbest oldukları ve bu yetkiyi hakemlere devredebileceği, fakat bu tür bir yetkinin verilmemesi hâlinde hakemlerin böyle kararlar verme yetkilerinin bulunmadığı yaklaşımını yasalaştırmıştır.¹¹⁷⁴

Abu Dhabi Gas Liquefaction davasına¹¹⁷⁵ konu olayda, bir ABD şirketi, *Abu Dhabi Gas Liquefaction*'a bir doğalgaz santrali inşa etmeyi taahhüt etmiş, ancak gazın muhafaza edileceği depo ayıplı olduğu gerekçesiyle ABD şirketine karşı İngiltere'de tahkim yoluna başvurulmuştur. ABD şirketi, gaz deposunun ayıplı olduğu iddiasını reddetmekle birlikte, böyle bir ayıbın sübutu hâlinde dahi bunun kendi kusurundan değil, depoyu yapmayı üstlenen alt müteahhidin kusurundan kaynaklandığını belirterek, alt müteahhidin sorumlu olması gerektiğini ileri sürmüş ve Japon alt müteahhide karşı Londra'da tahkime müracaat ederek her iki tahkim yargılamasının birleştirilmesi talebinde bulunmuştur. *Abu Dhabi Gas Liquefaction*, tahkim süresinin uzayacağı ve meselenin daha karmaşık hâle geleceği gerekçesiyle, birleştirme talebine itiraz etmiştir. Japon alt müteahhit ise, öncelikle ilk tahkim yargılamasının sona ermesi ve durumunun netlik kazanması için birleştirme talebine itirazda bulunmuştur. İngiliz mahkemeleri, bütün tarafların rızası bulunmadığı takdirde tahkim yargılamalarının mahkemelerce birleştirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.¹¹⁷⁶

ABD'de paralel tahkim yargılamalarının birleştirilmesi mahkemelerin inisiyatifindedir.¹¹⁷⁷ Müşterek hukukî ve maddî meselelerin varlığı durumunda; ekonomik oluşu, neticenin tutarlılığı ve uyuşmazlık çözme mekanizmasının daha etkin bir hâle getirilmesi gibi gerekçelerle tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yoluna gidilmektedir. Birbiriyle bağlantılı uyuşmazlıkların iki veya daha fazla tahkim yargılaması yerine tek bir tahkim yargılaması eliyle çözülmesinin, hem daha ekonomik ve daha verimli, hem de amaca daha uygun olduğu benimsenmekte;

¹¹⁷⁴ Hosking, **Third Party**, s.545–546.

¹¹⁷⁵ *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co Ltd v. Eastern Bechtel Corp*, **Lloyd's Rep**, 1982/2, s.425 vd; *Eastern Bechtel Corp v. Shikawajima Jarima Heavy Industries*, **Com LR**, 1982, s.215.

¹¹⁷⁶ Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s.199–200.

¹¹⁷⁷ Hosking, **Third Party**, s.551.

üstelik birden fazla tahkim yargılamasından uyumsuz yahut çelişkili hakem kararlarının doğmasının önüne geçileceğinin altı çizilmektedir.¹¹⁷⁸

Konuya ilişkin *Compania Espanola de Petroleos v. Nereus Shipping* davasında¹¹⁷⁹ Temyiz Mahkemesi, tarafların bu yönde iradeleri bulunmamasına rağmen, farklı tahkim yargılamalarının FAA uyarınca birleştirilebileceğine karar vermiştir. Davanın konusu, petrol taşıma işine dair çok taraflı bir uyuşmazlıktı. Donatan ile kiracı arasındaki sözleşmede, geniş lafza sahip bir tahkim şartı mevcuttu. Daha sonra donatan, kiracı ve üçüncü kişi konumundaki garantör arasında, charter sözleşmelerine ek bir sözleşme imzalanmıştır. Bu ek sözleşmede garantör, kiracının yükümlülüklerini garanti etmekte ve charter sözleşmesindeki koşullarla yerine getirmeyi taahhüt etmekteydi. Uyuşmazlık doğması üzerine donatan, biri kiracı diğeri garantör aleyhine iki ayrı tahkim yargılaması başlatmıştır. Kiracı, tahkim yargılamalarının birleştirilmesi talebiyle mahkemeye müracaat etmiş ve tahkim yargılamalarının birleştirilmesine hükmedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Temyiz Mahkemesi, Federal Medenî Usûl Kanunu ve bilhassa FAA çerçevesinde mahkemelerin, müşterek maddî ve hukukî meseleler içeren farklı tahkim yargılamalarını birleştirme yetkisinin bulunduğuna hükmederek kararı onamıştır.¹¹⁸⁰

ABD Yüksek Mahkemesinin önüne gelen bir davaya¹¹⁸¹ konu olayda, charterer (Z) şirketi, bir gemiyi, donatanı (X) şirketinden 10 yıllığına kiraladıktan sonra, (Y) şirketi ile 6 ay süreli bir alt charter sözleşmesi akdetmiştir. (Y) şirketinin isteği üzerine gemiye, Güney Afrika'nın Durban limanında tahliye edilmek üzere yağ yüklenmiştir. Geminin Güney Afrika'ya varmasının öngörüldüğü esnada Liberya, kendi bayrağını taşıyan gemilerin Güney Afrika'ya nakliye yapmasını yasaklayan bir karar almıştır. Bunun üzerine (X) şirketi, geminin Güney Afrika'ya girmesini engellemiş ve (Z) şirketi tarafından tahkime müracaat edilmiştir. Charter sözleşmesine istinaden tahkim

¹¹⁷⁸ Hoellering, **Consolidated Arbitration**, s.44.

¹¹⁷⁹ 527 F.2d s.966 (2d Cir. 1975).

¹¹⁸⁰ Richard E. Wallace, "Consolidated Arbitration in the United States – Recent Authority Requires Consent of the Parties", **Journal of International Arbitration**, Vol:10, No:4, 1993, s.6–7; Stipanowich s.504; Hoellering, **Consolidated Arbitration**, s.44; Hascher s.133–134; Scowcroft s.613; O'Connor s.173–174; Keser Berber s.158–159; Schwartz M. s.351–354.

¹¹⁸¹ **YBCA**, Vol:8, 1983, s.423 vd.

yargılamasının başlatılmasından bir ay sonra, alt çarterer (Y) tarafından, alt çarter sözleşmesinde yer alan tahkim şartına istinaden (Z) aleyhine tahkime müracaat edilmiştir. Tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yönündeki isteği (Y) tarafından kabul görmeyen (Z), New York mahkemelerine müracaat ederek, tahkim yargılamalarının birleştirilmesini talep etmiştir. Bölge mahkemesi, tahkim yargılamalarının, sadece *yükün Güney Afrika'ya taşınmasının hukuka aykırılığı* konusunda kısmen birleştirilebileceğine karar vermiş ve bu karar Yüksek Mahkeme tarafından onanmıştır.

New York Temyiz Mahkemesi, *Sidermar SpA v. Antco Shipping Co Ltd & New England Petroleum Corp* davasında¹¹⁸², garantör aleyhine mahkemede açılan davanın, donatan ile kiracı arasında cereyan eden tahkim yargılamasıyla birleştirilmesi yönündeki talebi kabul etmiştir. Mahkemeye göre, çarterpartide yer alan tahkim şartının konusunu, '*çarterpartiden kaynaklanan her türlü anlaşmazlık ve uyuşmazlıklar*' teşkil etmekteydi ve bu itibarla garantöre karşı ileri sürülecek bir tahkim talebi, bu şartın kapsamı dışında bırakılmamıştı. Garantör ise, *Antco*'nun bütün hukukî yükümlülüklerini garanti etmişti ki bunların arasında tahkime gitme yükümlülüğü de yer almaktaydı.

Farklı tahkim şartlarına tâbi taleplerin tek bir tahkim yargılamasında birleştirilmesi meselesinin söz konusu olduğu *North River* davasına¹¹⁸³ konu olayda, *North River*, iki ayrı sigorta şirketine karşı iki ayrı tahkim yargılaması başlatmıştı. *North River* ve diğer iki sigorta şirketi tarafından her iki tahkim yargılaması için aynı hakemler seçildikten sonra üçüncü hakemde anlaşılabilmesi üzerine *North River*, tahkim yargılamalarının birleştirilmesi talebiyle mahkemeye başvurmuş, bölge mahkemesi talep doğrultusunda karar vermiş ve bu karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Hakem kararının tasdiki talebi üzerine sigortacılar, hakem kararının iptalini talep etmişlerdir. Temyiz Mahkemesi, bütün tarafların iradeleri bu yönde

¹¹⁸² Van Den Berg, **New York Convention**, s.164'den alınmıştır.

¹¹⁸³ *North River Ins. Co. v. Philadelphia Reinsurance Corp.*, 856 **F.Supp.** s.850 (SDNY 1994).

olmasa dahi tahkim yargılamalarının birleştirilmesinin mümkün olduğuna karar vererek iptal talebini reddetmiştir.¹¹⁸⁴

Farklı taraflarca akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tek bir tahkim yargılamasında birleştirilmesi konusunda aslolan unsurun, tarafların iradesi olduğunun altının çizildiği *Del E. Webb Construction v. Richardson Hospital Authority* kararına¹¹⁸⁵ konu uyuşmazlık, *Authority*'e ait bir medikal merkezin yenilenmesinden doğmuştu. *Authority* ile mimarlık şirketi *LDWA/Buford & Work Inc (LDWA)* arasında, projenin gözetim ve denetimi için bir sözleşme akdedilmişti. Yine *Authority* ile esas yüklenici *Webb* arasında, yenileme işini konu alan bir sözleşme akdedilmişti. Her iki sözleşmede birer tahkim şartı yer almakta ve *Authority* ile *Webb* arasındaki tahkim şartı, vuku bulacak bir tahkim yargılamasına *LDWA*'nın katılımının ancak *LDWA*'nın rızasıyla mümkün olabileceğini öngörmekteydi. İnşaattaki gecikmelerden kimin sorumlu olacağı konusunda uyuşmazlık doğması üzerine, *Webb* tarafından *Authority* aleyhine mahkemede dava açılmıştır. *Authority*'nin karşı talepte bulunması ve *LDWA*'yı da davalı olarak yargılamaya dâhil etmek istemesi üzerine, *Webb*, tahkim itirazında bulunmuş ve ayrıca, kendisi ile *Authority* arasındaki tahkim yargılamasıyla, kendisi ve *LDWA* arasındaki resmî yargılamanın birleştirilmesini talep etmiştir. Mahkeme, yargılamaların birleştirilmesini engelleyen anlaşmaya istinaden talebi reddetmiştir.¹¹⁸⁶

Government of the United Kingdom of Great Britain v. The Boeing Company davasında¹¹⁸⁷ davacı taraf, aynı hukukî ve maddî meseleyi ihtiva eden ayrı tahkim yargılamalarının birleştirilmesini talep etmiştir. New York Bölge Mahkemesinin, birleştirme talebini kabul etmesi üzerine *Boing* şirketi temyize müracaat etmiştir. Temyiz Mahkemesi, tarafların birleştirme iradesi bulunmadıkça, bölge mahkemesinin, ayrı tahkim anlaşmalarından kaynaklanan farklı tahkim

¹¹⁸⁴ Hoellering, **Consolidated Arbitration**, s.45.

¹¹⁸⁵ 823 **F.2d** s.145 (5th Cir. 1987).

¹¹⁸⁶ Andrew A. Davenport, "Consolidation of Separate Arbitration Proceedings: The Effect of the United States Arbitration Act on the District Court's Power under Federal Rules of Civil Procedure 42(a) and 81(a)(3)", **Mercer Law Review**, Vol:42, 1991, s.1680-1681.

¹¹⁸⁷ 998 **F.2d** s.68 (2d Cir. 1993).

yargılamalarının birleştirilmesine, bu yargılamalar aynı maddî yahut hukukî meseleleri ihtiva etse dahi hükmedemeyeceğini belirterek kararı bozmuştur^{1188 1189}.

Weyerhauser Co v. Western Seas Shipping Co davasında¹¹⁹⁰ *Western Seas Shipping* 'in halefi *Trans-Pacific Shipping*, *Weyerhauser* tarafından kiralanan iki adet geminin sahibiydi. *Weyerhauser* bu gemileri daha sonra *Karlander* 'e alt kira sözleşmesiyle kiralamıştır. Her iki sözleşmede de tahkim şartı yer almaktaydı. *Karlander*, yüklerin yerleştirilmesine ilişkin sınırlamalar nedeniyle uğradığı zararın tazmini talebiyle *Weyerhauser* aleyhine tahkim yargılaması başlatmış, *Weyerhauser* ise, *Trans-Pacific* aleyhine tahkim talebinde bulunmuş ve sonra iki tahkim yargılamasının birleştirilmesi için dava açmıştır. Mahkeme, *Trans-Pacific* ve *Weyerhauser* arasındaki sözleşmeye, *Weyerhauser* 'ın akdedeceği alt kira sözleşmelerinden doğabilecek yükümlülüklerden *Trans-Pacific* 'in hariç bırakıldığı bir ek yapıldığını belirtmiş ve bu ek karşısında tahkim yargılamalarının birleştirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.¹¹⁹¹

Farklı taraflar arasında cereyan eden farklı tahkim yargılamalarının birleştirilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu bakımından New York Konvansiyonu'nu ele alan görüşe göre, New York Konvansiyonu m.II/3 hükmü uyarınca, âkit devlet mahkemeleri uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün mümkün olduğu görüşüne sahipse, taraflardan birinin isteği üzerine uyuşmazlığı tahkime

¹¹⁸⁸ McCormack s.89; Wallace s.10–11; Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.333; Hoellering, **Consolidated Arbitration**, s.45.

¹¹⁸⁹ Bu düşünce, *Glencore Ltd v. Schnitzer Steel Products Co* davasında [189 **F.3d** s.264 (2d Cir. 1999)] verilen kararla teyit edilmiştir. *Glencore*, çelik hurda alımı için *Schnitzer* ile ve bunların taşınması için *Halla Merchant Marine* ile birer sözleşme akdetmiştir. Her bir sözleşme New York'da tahkim öngörmektedir fakat tahkim yargılamaları iki farklı tahkim kurumunda yürütülecektir. Mahkeme, taraflar arasında bir anlaşma bulunmamasından ötürü, sadece birleştirmenin mümkün olmadığına değil, aynı zamanda duruşmaların birleştirilmesine hükmedemeyeceğine de karar vermiştir: “*Federal Medenî Yargılama Kuralları m.42/a, ortak bir hukukî yahut maddî mesele ihtiva eden davalar mahkemelerde derdest olduğunda, duruşmaların yahut davaların birleştirilebileceğini öngörmektedir; fakat tahkim yargılamaları, mahkemede derdest davalardan değildir.*” Mahkeme ayrıca, gecikme ve kararların uyumsuz olma riskinin, geçerli kaygılar olmalarına rağmen mahkemelere, bir uyuşmazlığa yol açan özel hukuk sözleşmelerini yeniden şekillendirme yetkisi vermediğini ilâve etmiştir (Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.333).

¹¹⁹⁰ 743 **F.2d** s.635 (9th Cir. 1984).

¹¹⁹¹ Lamm, Aqua s.717; Davenport s.1682–1683; Scowcroft s.613; O'Connor s.174; Wallace s.8–9.

havale edecektir. Bununla birlikte tahkim şartının; hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbikinin imkânsız olduğu kanaatinde ise, uyuşmazlık resmî yargıda çözümlenecektir. Bu görüşe göre, birbiriyle bağlantılı uyuşmazlıkların farklı tahkim yargılamalarında yahut birinin tahkim yargılamasında diğerinin ise resmî yargılamada çözülmesi ve bu nedenle çatışan kararların ortaya çıkma ihtimali, m.II/3 anlamında hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir tahkim anlaşması bulunduğu anlamına gelmez.¹¹⁹²

Indian Organic Chemicals Ltd v. Chemtex Fibres davasına¹¹⁹³ konu olayda Hintli bir şirket için polyester fabrikası kurulması amacıyla *Chemtex* şirketi ve *Chemtex* şirketler grubuna dâhil iki yan şirket ile Hintli şirket arasında birer sözleşme akdedilmiştir. Birinci sözleşme Hintli şirket ile yan şirketlerden biri arasında, ikinci sözleşme Hintli şirket ile diğer yan şirket arasında ve üçüncü sözleşme ise Hintli şirket ile *Chemtex* şirketi ve iki yan şirket arasında akdedilmiştir. Her üç sözleşmede tahkim şartı yer almakla birlikte, birinci ve üçüncü sözleşmede tahkim yeri Londra, ikinci sözleşmede ise Hindistan'dır. Taraflar arasında uyuşmazlık doğduğunda Hintli şirket, *Chemtex* ve diğer iki yan şirket aleyhine Bombay mahkemelerinde dava açmıştır. Bunun üzerine her üç ABD şirketi tahkim itirazında bulunmuşsa da, mahkeme bu itirazı reddetmiştir. Mahkeme, Hintli şirket tarafından ileri sürülen, farklı tahkim yargılamalarının yürütülmesi hâlinde birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkma ihtimalinin tahkim anlaşmasını tesirsiz kılacağı iddiasını, bu ihtimalin tarafların beklentilerine aykırı ve istenmeyen bir sonuç ortaya çıkarabileceği ancak New York Konvansiyonu m.II/3 anlamında tahkim şartının tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğu sonucunu doğurmayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.¹¹⁹⁴

Hakemler hâkim değildir. Bu itibarla sahip oldukları yargılama yetkisi, sadece yetkili kılındıkları uyuşmazlık bakımından söz konusudur. Bu nedenle birbiriyle bağlantılı dahi olsa, farklı tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yönünde

¹¹⁹² Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.198.

¹¹⁹³ *YBCA*, Vol:4, 1979, s.271, 273.

¹¹⁹⁴ Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.198–199.

bir karar alma yetkisi hakemlerde mevcut değildir.¹¹⁹⁵ Ayrıca, çatışan kararların ortaya çıkma olasılığı da, tahkim yargılamasına has bir durum değildir.¹¹⁹⁶

Müşterek hukukî ve maddî meselelerin varlığı durumunda; ekonomik oluşu, neticenin tutarlılığı ve uyuşmazlık çözme mekanizmasının daha etkin bir hâle getirilmesi ve hakkaniyetli sonuçlar doğurması gibi gerekçelerle başvuru, farklı taraflar arasında cereyan eden tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yoluna, kanaatimizce, ihtiyarî tahkimin tek kaynağının tarafların iradesi ve bu iradenin açığa vurulma vasıtasının tahkim anlaşması olmasından ötürü, tarafların bu yönde iradesi bulunmadığı takdirde müracaat etmekten kaçınılması gerekmektedir. Zira böyle bir tutumun, sözleşme serbestisi prensibine müdahale edilmesi ve bu prensibin hâkim olduğu uluslararası ticarî tahkim müessesesinin yozlaştırılması anlamına geleceği görüşündeyiz. Millî hukukların konuyla ilgili yaklaşımları da bu görüşü desteklemektedir. İngiliz, İtalyan, Alman ve Fransız hukuklarında, tüm tarafları bağlayan müşterek bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı hallerde tahkim yargılamalarının birleştirilmesinin mümkün olmadığı fikri hâkimdir. Keza ICC Tahkim Divânı da, birleştirilmesi söz konusu olan tahkim yargılamalarının aynı taraflar arasında cereyan etmesini şart koşmaktadır.

Ortak maddî yahut hukukî meselelerin ortaya çıkması veya ileri sürülen talebe konu hakların aynı muameleden yahut aynı muamele serisinden kaynaklanması, bu sonucu değiştirmek için yeterli gerekçe teşkil etmez. Aynı şekilde, çatışan kararların ortaya çıkmasının önlenmesi, ayrı yargılamaların yürütülmesini nedeniyle daha fazla zaman ve para kaybının ortaya çıkmasını engellemek suretiyle usûl ekonomisini yerine getirmesi veya daha hakkaniyetli olması gibi gerekçeler, tahkim anlaşmasına dayanmayan bir tahkim yargılamasının hukukî mesnedi olmak için yeterli güce sahip değildir.

Benzer şekilde, tahkim şartının lafzının “*bu sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlıklar*” şeklinde dizayn edilmiş olmasının, bu şartta rıza göstermeyen

¹¹⁹⁵ Bernini, **Multi-Party Arbitration**, s.163.

¹¹⁹⁶ Melis s.572.

kişilerin bu şarta istinat eden bir tahkim yargılamasında yargılanabilecekleri anlamına geldiğini kabul etmek mümkün değildir. Zira tahkim anlaşması, bir sözleşmenin içinde yer alan bir kloz şeklinde düzenlenmiş olduğu hallerde, ancak sözleşmede taraf olarak zikredilen ve iradesini bu yönde beyan eden kişileri bağlar. Ayrı bir sözleşme olarak düzenlendiği hallerde ise, bizzat tahkim anlaşmasında taraf olarak gösterilen ve kendi iradeleri de bu yönde tecelli eden kişileri kapsamına alır. Yukarıdaki gibi geniş bir lafza sahip tahkim şartının, üçüncü kişilere karşı ileri sürülecek tahkim taleplerini kapsamı dışında bırakmadığını kabul etmek kanımızca mümkün değildir.

Tarafların iradesi hilâfına birleştirilen tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararlarının tenfizinin mümkün olup olmadığı büyük önem taşır. New York Konvansiyonu m.V/1/d hükmü uyarınca, hakem heyetinin teşkilinin ve hakemlik prosedürünün, taraflar arasındaki anlaşmaya ve taraflar arasında böyle bir anlaşmanın yokluğu hâlinde tahkim yeri hukukuna uygun olmaması, hakem kararının tenfizi için ret sebebidir. Bu itibarla taraflar arasında tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yönünde bir anlaşma bulunmaması; taraflarca yetkili kılınan tahkim kurumunun tahkim kuralları arasında, tahkim yargılamalarının birleştirilebileceğini öngören hükümler yer almaması ve tahkim yeri hukukunda da bu yönde düzenlemelerin bulunmaması hâlinde, birleştirilen tahkim yargılamasında verilen hakem kararının tenfizi New York Konvansiyonu m.V/1/d hükmü çerçevesinde engellenecektir. Tahkim anlaşmasında yahut taraflarca seçilen kurumun kuralları arasında, tahkim yargılamalarının birleştirilmesini öngören hükümler bulunmamasına rağmen tahkim yeri hukukunun, tahkim yargılamalarının hakemler yahut mahkemeler marifetiyle birleştirilmesini öngörmesi hâlinde tenfizin engellenmesi için yeterli bir durum oluşmaz. Zira tarafların, bu tür bir hükme sahip bir ülkeyi tahkim yeri olarak tayin etmesi, bu hükmün de taraflarca seçildiği anlamına gelir. Tahkim yargılamalarının, tarafların iradesi hilâfına hakemler veya mahkemeler marifetiyle birleştirilmesinin, sözleşme serbestisini kısıtlaması itibariyle kamu düzeni müdahalesine uğrayabileceği de öne sürülmekle birlikte,¹¹⁹⁷ bize göre burada öne

¹¹⁹⁷ Schwartz M. s.370–371.

sürebilecek diğer itiraz; farklı taraflarca akdedilen farklı tahkim anlaşmalarına istinaden yürütülen farklı tahkim yargılamalarının tarafların iradesi hilâfına birleştirilmesi hâlinde, bahse konu tahkim anlaşmalarının, diğer tahkim anlaşmasının taraflarına teşmili söz konusu olacağından, hakem kararının, tarafı olunmayan bir tahkim anlaşmasına istinaden yürütülen tahkim yargılaması sonucu verilmiş bulunduğu, yani ortada geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığı itirazı olmalıdır.

4. Üçüncü Kişiler Bakımından Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi

Millî mevzuatlarda da öngörüldüğü üzere, hakem kararları bakımından kesin hüküm etkisi söz konusudur. Fransa’da, Medenî Usûl Kanunu m.1476 ve m.1500 hükümleri uyarınca, hakem kararları, çözümledikleri uyuşmazlık bakımından kesin hüküm teşkil eder. Aynı durum, taraflara tebliğ edildikleri andan itibaren hakem kararlarının kesin hüküm teşkil ettiği ve artık bu hususun hakemler önünde tartışma konusu yapılamayacağı Belçika için de geçerlidir (Medenî Usûl Kanunu m.1703). Alman ZPO m.1055 hükmüne göre: “...*hakem kararı, taraflar arasında, kesin ve bağlayıcı bir mahkeme kararıyla aynı etkiye sahiptir.*” Hollanda (Medenî Usûl Kanunu m.1059), Avusturya¹¹⁹⁸ (ZPO §594) ve İsviçre’de de (DÖH Kanunu m.190) benzer hükümler mevcuttur. FAA, hakem kararlarının taraflar üzerinde bağlayıcı olduğunu öngörmektedir. Bu itibarla hakem kararları ABD’de, kesin hüküm etkisine sahip olur. İngiltere’de Tahkim Kanunu (1996) §58, hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğunu öngörmektedir.¹¹⁹⁹

Konunun, çalışmamız bakımından önem arz eden boyutu, hakem kararlarının, üçüncü kişi konumundaki şahıslar bakımından kesin hüküm etkisine sahip olup olmayacağıdır. Bir hakem kararının, bu kararın verildiği tahkim yargılamasının hukukî mesnedini teşkil eden tahkim anlaşmasına taraf olmayan şahıslar bakımından bağlayıcı olması ve kesin hüküm teşkil etmesi hâlinde, bahse konu tahkim anlaşması, üçüncü kişi konumundaki bu şahıslara teşmil edilmiş olur.

¹¹⁹⁸ www.jus.uio.no/lm/austria.code.of.civil.procedure.fourth.chapter.as.modified.1983/landscape.pdf

¹¹⁹⁹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.356–357.

Hakem kararının, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişiler bakımından kesin hüküm etkisine sahip olup olmayacağı tartışma konusu olduğu *Nauru Phosphate Royalties Inc v. Drago Daic Interests Inc* davasına¹²⁰⁰ konu olayda, *Nauru* beş milyon dolar nakit ve sekiz milyon dolarlık bir bono karşılığında *Daic* ve *M-666*'dan arazi satın almıştı. Bonoda, arazinin düzenlenip satılmasından elde edilen kâr ile ödeneceği; kâr elde edilmemesi hâlinde ise *Nauru*'ya karşı herhangi bir talepte bulunulamayacağı öngörülmüştü. *Nauru*, arazinin düzenlenmesi için *Drago* ile tahkim şartı içeren bir sözleşme akdetmiştir. *Nauru* ve *Drago* arasında uyuşmazlık çıkmış ve hakem heyeti, *Nauru* lehine hüküm vermiştir. Hakem heyeti, bununla birlikte, *Nauru*'nun, bononun lehdarlarına karşı sorumluluğu bulunmadığına, zira *Drago* tarafından yapılan sözleşme ihlâlinin sonucu olarak *Nauru*'nun kâr elde edemediğine hükmetmiştir. Her iki lehdar da tahkim şartına veya tahkim yargılamasına taraf değildi. Gerek bölge mahkemesi gerekse Temyiz Mahkemesi, bononun lehdarlarının, tahkim şartının tarafları olmasalar dahi hakem kararıyla bağlı olduklarına karar vermiştir.¹²⁰¹

Aksi sonuca varılan *Sacor Maritima SA v Repsol Petroleo SA* davasına¹²⁰² konu gemi, *Sacor* tarafından, donatanı *Kosan*'dan ana charter sözleşmesiyle kiralanmıştı. *Sacor*, kimyasal yüklerin taşınması için *Repsol* ile alt sözleşme akdetmiştir. Ne var ki yüklemeden önce geminin tankları nitrojenle temizlenmediği için yükün karbondioksit maruz kaldığı anlaşılınca, donatan *Kosan*, yük alıcısının talebini karşılamış ve *Sacor* aleyhine, esas charter sözleşmesi kapsamında tahkim yargılaması başlatmıştır. Davaya bakan hakem, *Sacor*'un, *Repsol* tarafından tayin edilen *surveyor*un tutum ve ihmalden dolayı *Kosan*'a karşı sorumlu olduğuna karar vermiştir. *Sacor*, *Repsol* aleyhine tahkim yargılaması başlatmış ve tazminat talebinde bulunmuştur. Hakem, zararın meydana gelmesinde her iki tarafın tutum ve ihmallerinin rol oynadığına hükmetmiştir. *Sacor*, ana charter sözleşmesini konu alan tahkim yargılamasında verilen ve *Sacor*'un, *surveyor*un tutum ve ihmalden dolayı

¹²⁰⁰ 138 F.3d s.160 (5th Cir. 1998).

¹²⁰¹ Murray s.346–347.

¹²⁰² Lloyd's Rep. 1998/1, s.518.

Kosan'a karşı sorumlu olduğuna hükmeden hakem kararının, *Sacor* ve *Repsol* arasındaki tahkim yargılamasında da bağlayıcı olduğunu ileri sürmüştür. Hakem heyeti, önceki tahkim yargılamasında, ana charter sözleşmesine ilişkin olarak varılan sonuçların veya yapılan delil değerlendirmelerinin, kendi tahkim yargılamasında bağlayıcı olmasını öngören herhangi bir kural bulunmadığına hükmetmiş ve tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yönünde bir iradenin bulunmadığı ayrı tahkim yargılamalarında bu tip sonuçlarla karşılaşılmasının tarafların taşıdığı bir risk olduğunu gerekçe göstererek, *Sacor*'un talebini reddetmiştir.¹²⁰³

Garantörün, borçlu ile alacaklı arasındaki hakem kararıyla bağlı olup olmayacağı meselesinin ele alındığı *Stargas SPA v. Petredec Ltd* davasına¹²⁰⁴ konu olayda *Stargas*, zaman charteri sözleşmesiyle *Petredec*'ten bir gemi kiralamıştı. Daha sonra *Neste, propylene* gazı taşımak amacıyla aynı gemiyi sefer charteri sözleşmesi ile *Stargas*'tan kiralamış, ne var ki geminin önceki iki yükünün kimyasal madde olması nedeniyle *propylene* gazı zarar görmüştür. Bunun üzerine *Neste*, sefer charteri sözleşmesinin ihlali iddiasıyla *Stargas* aleyhine tahkim yargılaması başlatmış ve *Stargas* aleyhine hakem kararı elde etmiştir. *Stargas* ise, zararın *Petredec* tarafından karşılanması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, esas borçlunun tüm edimlerinin ifasının garanti edilmesinin, garantörün, esas borçlu ile alacaklı arasındaki hakem kararıyla bağlı olması sonucunu doğurmayacağını; garanti sözleşmesinin, esas borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kapsamasına rağmen, hakem kararının yerine getirilmesini kapsamayacağını ifade ederek *Petredec*'in, hakem kararında belirtilen meblağı tazmin etmek durumunda kalmayacağı sonucuna varmıştır.¹²⁰⁵

Aynı taraflar arasında akdedilmiş olmasına rağmen, farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların birinde verilen hakem kararının, diğer tahkim yargılamasında kesin hüküm teşkil etmeyeceği sonucuna varılan *Smithkline Beecham*

¹²⁰³ Sarita Patil Woolhouse, "The Effect of an Arbitration Award on Subsequent Arbitration Between Different Parties – An English Law Perspective", **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:5, 2004, s.151.

¹²⁰⁴ **Lloyd's Rep.** 1994/1, s.412.

¹²⁰⁵ Woolhouse, **Effect of an Award**, s.151–152.

v. *Biogen* davasına¹²⁰⁶ konu olayda aynı taraflar arasında akdedilmiş ve biri ABD ile Japonya dışındaki ülkeler için lisans hakkı tanıyan ve İngiliz hukukuna tâbi olarak Londra’da tahkim öngören, diğeri ise ABD için lisans hakkı tanıyan ve New York hukukuna tâbi olarak New York’ta tahkim öngören iki farklı lisans sözleşmesinin tarafları arasında bir uyumsuzluk doğmuştur. Birinci sözleşme kapsamında, davacı lehine Londra’da bir hakem kararı verilmiştir. New York’taki hakem heyeti ikinci tahkim yargılamasını yürütmüş ve iki tahkim yargılaması bakımından: farklı tahkim şartları ihtiva eden farklı sözleşmeler ve farklı akdî haklar söz konusu olduğu için New York’daki yargılamada kesin hüküm itirazının söz konusu olmayacağına karar vermiştir.

ICC nezaretinde faaliyette bulunan hakem heyetleri, bu hususta ICC kurallarında bir düzenleme bulunmamasına rağmen, hakem kararlarının kesin hüküm teşkil edeceği yönünde kararlar vermektedir. Kesin hüküm etkisinin söz konusu olabilmesi için aranan şartlara ilişkin olarak, 6363 sayılı ICC davasında¹²⁰⁷ hakem heyeti “...önceki bir hüküm ile yeni bir talep arasında; taraflar, uyumsuzluk konusu ve dava sebebi bakımından özdeşlik söz konusu olduğunda yeni talebin, kesin hüküm prensibi nedeniyle engelleneceğini...” ifade etmiştir.¹²⁰⁸

Kesin hükmün kapsamı, dikey sözleşmeler zincirinden kaynaklanan uyumsuzlukların konu olduğu 2475 ve 2762 sayılı ICC davalarında ele alınmıştır. (A) ile (B) arasında çelik alımına ilişkin bir sözleşme akdedilmişti. (A) ayrıca, aynı ürün hakkında, daha sonra aynı ürünü (D)’ye satmayı taahhüt eden (C) ile bir sözleşme akdetmiş; (D) de çeliği (E)’ye satmıştır. Üretici malları tedarik etmemiş ve sözleşmelerin hiçbiri ifa edilmemiştir. Dört yargılama cereyan etmiştir. (C) tarafından (A) aleyhine tahkim yargılaması başlatılmıştır. (E), Belçika mahkemelerinde (D) aleyhine dava açmış, fakat kaybetmiştir. Bunun üzerine (C) aleyhine tahkim yargılaması başlatmış ve (C) de karşılık olarak (A) aleyhine yeni bir tahkim yargılaması başlatmıştır. İki tahkim yargılaması birleştirilmiştir. (A) ile (C)

¹²⁰⁶ 1996 WL 209897 (SDNY); *ASA Bull*, 1997, s.141.

¹²⁰⁷ *YBCA*, Vol:17, 1992, s.198.

¹²⁰⁸ Hanotiau, *Multiple Contracts–Parties–Issues*, s.357.

arasındaki ilişkilerde bir hakem kararı verilmiş bulunduğundan, bu ilk hakem kararının kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği; eğer ederse bunun kapsamının ne olacağı ve hakem heyetinin, Brüksel Temyiz Mahkemesinin kararıyla bağlı olup olmadığı sorularıyla karşılaşmıştır. Hakem heyeti, ilk hakem kararının kesin hüküm teşkil ettiğine karar vermiş ve ayrıca “*ICC nezaretinde faaliyet gösteren bir hakemin, aynı taraflar ve aynı hususlar hakkında yine ICC himayesinde faaliyet gösteren bir başka hakem tarafından verilen hakem kararıyla bağlı olmayacağını ileri sürmenin paradoksal olacağını...*” belirtmiştir.¹²⁰⁹

ICC hakemlerinin bu yaklaşımı, ICC nezaretinde, aynı taraflar arasında ve aynı konuya ilişkin olarak verilen bir hakem kararının Paris Temyiz Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden ve iptal kararının Fransız Yüksek Mahkemesince onanmasından sonra, bir ICSID hakem heyeti tarafından benimsenmemiştir¹²¹⁰. Paris Temyiz Mahkemesine göre, ICC hakem kararı geçersizdir; zira Mısır, uyuşmazlığı ICC’ye havale etme iradesine sahip değildi. Ne var ki *SPP*, yeni hakem heyetine başvurarak, ICC hakem heyetinin *SPP*’nin sözleşmelerden doğan yükümlülükleri hakkındaki maddî saptamalarını benimsemesi ve kendi saptamaları gibi kullanması gerektiğini öne sürmüştür. ICSID hakem heyeti, bu başvuruyu hem prensip olarak, hem de Merkezin tahkim kuralları bakımından kabul edilebilir bulmamış ve başvurunun, hakem heyetinden, maddî vakıaları değerlendirme fonksiyonunu terk etmesini ve bir tahkim şartının bahsettiği yetkileri aşan surette hareket eden bir hakem heyetinin değerlendirmelerini kendi değerlendirmeleri gibi benimsemesini istediğine karar vermiştir. Hakem heyetine göre, böyle bir yaklaşım, hakem heyetinin, tarafların çatışan menfaatlerine ilişkin gerçeği belirlemesine imkân sağlayan yargılama sürecinin delillere ilişkin temel fonksiyonuna pek uygun değildi. Üstelik ICSID Tahkim Kuralları m.47 uyarınca ICSID hakem heyetleri kendi maddî vakıa değerlendirmelerini bizzat yapmakla yükümlüydü.¹²¹¹

¹²⁰⁹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.357–358.

¹²¹⁰ *SPP v. Arab Republic of Egypt* (Pyramid) davasında yargılama yetkisi hakkındaki 14.4.1988 tarihli ICSID kararı, **YBCA**, Vol:16, 1991, s.39–40.

¹²¹¹ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.359–360.

ICC nezaretinde verilen bazı hakem kararlarında aksi sonuca varıldığı da görülmektedir. Bir hakem heyetinin, bağlantılı bir diğer tahkim yargılamasında verilen bir hakem kararını nazara almasının gerekli olup olmadığı ve eğer gerekliyse bunun kapsamı, aynı projeden kaynaklanan dört tahkim yargılamasının dâhil olduğu bir ICC davasında ele alınan enteresan bir meseledir. Her bir tahkim yargılamasındaki önemli meselelerden biri, tedarik sözleşmelerinin akdedilmesi esnasında hile bulunup bulunmadığıydı. Davalar dört farklı hakem heyeti tarafından görülmüştür. Davaların birinde¹²¹² davacı, diğer davalardan birinde verilen ve hakem heyetinin, hilenin mevcudiyetine ve uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin hükümsüzlüğüne hükmettiği ve davalıya, davacının zararını tazmin etmesini emrettiği (X) hakem kararını hakemlere sunmuştur¹²¹³. İkinci hakem heyeti, her iki davadaki tarafların aynı olmadığını; eldeki davanın, farklı bir sözleşme ve tahkim yeri aynı olsa dahi farklı bir tahkim anlaşması kapsamında vuku bulduğunu; uygulanacak hukukun da farklı olduğunu ve aynı delillere dayanan malzemenin her iki hakem heyeti için de eşit derecede mevcut olduğunun varsayılmayacağını işaret etmiştir. Bu nedenle, kendilerinin ve bu tahkim yargılamasının taraflarının (X) hakem kararıyla bağlı olmadığı sonucuna varmıştır.¹²¹⁴

İçtihatlarla bakıldığında, (A) ile (B) arasında cereyan eden tahkim yargılamasında verilen hakem kararının, (B) ile (C) arasında daha sonra cereyan eden tahkim yargılamasında bağlayıcı etkiye sahip olması yönünde genel bir prensibin teşekkül ettiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Bir başka ifadeyle, hakem kararının sadece tahkim anlaşmasına ve tahkim yargılamasına taraf olanlar bakımından etki doğurması prensibi geçerliliğini korumaktadır. Hakem kararı, bu kararın hükümlerine tâbi olmaya açıkça rıza gösteren kişiler saklı kalmak üzere, üçüncü kişiler lehine veya aleyhine hak veya yükümlülük tesis edemez. Hakem kararları, sadece tahkim anlaşmasının tarafları bakımından kesin ve bağlayıcıdır.¹²¹⁵

¹²¹² 7061 sayılı ICC davasındaki yayınlanmamış 28.11.1997 tarihli hakem kararı.

¹²¹³ 7056 sayılı ICC davasındaki yayınlanmamış 04.08.1995 tarihli hakem kararı.

¹²¹⁴ Hanotiau, **Multiple Contracts–Parties–Issues**, s.359.

¹²¹⁵ Woolhouse, **Effect of an Award**, s.152.

Zira aralarındaki uyuşmazlığı tahkime sevk etmekle, hakem kararıyla bağlanmayı da taahhüt etmiş olan kişiler sadece *taraf*lardır.¹²¹⁶

Prensip bu olmakla beraber, bir hakem kararının üçüncü kişi bakımından kesin hüküm etkisi doğurup doğurmayacağı meselesi, bu hakem kararının ya bir başka tahkim yargılamasında yahut da mahkemelerde ileri sürülmesi hâlinde söz konusu olabilir. Mesele mahkemelerde ortaya çıktığı takdirde, bir yabancı hakem kararının kesin hüküm etkisi doğurabilmesi için bu kararın tanınması gerektiğinden, tanınmanın tâbi olduğu hukukî rejim çerçevesinde, tanınması talep edilen hakem kararının hukukî dayanağını teşkil eden tahkim anlaşmasına taraf olunmadığı itirazının ileri sürülmesi vasıtasıyla tanınmanın engellenmesi mümkündür. Ne var ki, bir hakem kararının üçüncü kişi bakımından kesin hüküm etkisi doğurup doğurmayacağı meselesi, bir başka tahkim yargılamasında ortaya çıktığı takdirde, hakem heyetinin, daha önce bir tahkim yargılamasında verilmiş bir hakem kararına kesin hüküm etkisi tanımalarını engelleyen bir kural bulunmadığından, hakem kararlarının farklı tahkim yargılamalarında bu karar bakımından üçüncü kişi konumunda bulunan şahıslar bakımından kesin hüküm etkisine sahip olup olmayacakları tamamen hakem heyetlerinin takdirindedir.

5. Grup Davaların Tahkimde Görülmesi

Konusunu, belirli bir davranışta bulunma yahut bir alacak talebinin teşkil edebildiği grup davaları (*class/group actions*), Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancısıdır. Grup davalarının anavatanı, Kanada ve Avustralya'da benimsenmiş bulunsalar da, ABD'dir ve grup davaların tahkim yoluyla icra edilip edilemeyeceği meselesi de ABD'de ortaya çıkmıştır. Grup davaları, davacıların, maruz kaldıkları haksızlık karşısında sadece kendi adlarına değil, aynı ihlale maruz kalan diğer kişiler adına da dava açabilmelerine olanak sağlayan bir usûl hukuku müessesesidir. Klâsik bireysel dava modelinin, çok sayıda talebin bir davalının aynı fiilinden kaynaklanması hâline uygun olmadığı düşüncesine ve yargılama masraflarının

¹²¹⁶ Woolhouse, *Effect of an Award*, s.150.

muhtemel tazminat miktarını aşabileceği endişesine dayanır.¹²¹⁷ Grup davaların çoğunluğu, antitrust, tüketici, çok kişiyi ilgilendiren haksız fiil, çevre sorumluluğu ve imalatçının sorumluluğu talepleri içeren tazminat davası niteliğindedir.¹²¹⁸

Grup davaları, başta zaman tasarrufu olmak üzere, mahkemelerin yükünün azaltılması, birbiriyle çelişen kararların verilmesinin önüne geçilmesi, malî açıdan avantaj sağlaması, çok küçük meblağlı alacaklar için dava açmaktan kaçınılacakken bu küçük meblağların birleştirilip tek bir davaya konu edilmesini mümkün kılması gibi nedenlerle, gerek yargının aktörleri gerekse halk tarafından tercih edilmektedir.¹²¹⁹ Buna karşılık grup davaların popülaritesinin son yıllarda giderek azaldığı da ifade edilmektedir.¹²²⁰

ABD’de *mahkemelerde* grup davası açabilmenin şartları Federal Medenî Usûl Kanunu §23 hükmünde düzenlenmiştir:

(a) Bir grubun bir veya daha fazla üyesinin, grubun tamamı adına dava etmesi veya edilebilmesi için: grubun üye sayısının çokluğundan ötürü grup üyelerinin yargılamaya müdahalesinin pratik olarak imkânsız olması, gruba ilişkin müşterek nitelikli maddî veya hukukî meselelerin bulunması, temsilcilerin iddia veya savunmalarının, gruba özgü iddia veya savunmalar olması ve temsilcilerin, grubun menfaatlerini layıkıyla ve tam olarak koruması gereklidir.

(b) Bir davanın grup davası olarak yürütülebilmesi için ayrıca aşağıdaki hususların varlığı aranır:

(1) grubun üyeleri tarafından veya bunlar aleyhine ayrı davaların yürütülmesinin; uyumsuz kararların veya karara taraf olmayan grup üyelerinin menfaatlerine uygun düşmeyen kararların ortaya çıkma risklerini doğurması; veya

(2) grubun karşısındaki tarafın, grubun geneline uygulanabilir sebeplere dayanması; veya

¹²¹⁷ Hanotiau, *Classwide Arbitration*, s. 39–41.

¹²¹⁸ Hanotiau, *Classwide Arbitration*, s.44.

¹²¹⁹ Daniel R. Waltcher, “Classwide Arbitration and 10b-5 Claims in the Wake of *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*”, *Cornell Law Review*, Vol:74, 1989, s.393.

¹²²⁰ Waltcher s.391.

(3) mahkemenin, grubun üyeleri bakımından müşterek olan maddî veya hukukî meselelerin sadece bazı üyeler bakımından hâkim olduğuna ve grup davasının diğer yöntemlere nazaran daha elverişli olduğuna karar vermesi.

(c) (1) Grup davası başlar başlamaz mahkeme davanın grup davası olarak yürütülüp yürütülemeyeceği hakkında karar verir. Bu karar şarta bağlı olabilir ve esasa ilişkin karar verilmeden önce değiştirilebilir veya kaldırılabilir.

(2) §23/b/3 çerçevesinde grup dava olarak yürütülen bir davada mahkeme, grubun, makûl bir çabayla belirlenebilecek bütün üyelerine en uygun yoldan bildirimde bulunacaktır. Bildirimde, mahkemenin, talep ettiği takdirde üyeyi grubun dışında bırakabileceği; nihaî kararın, hariç tutulmak isteyenler dışındaki bütün grup üyelerini kapsayacağı ve hariç tutulmayı istemeyen üyelerin, arzu ettikleri takdirde, vekil marifetiyle davaya iştirak edebilecekleri yer alır.

(3) §23/b/1 veya §23/b/2 çerçevesinde yürütülen bir grup davasında verilen nihaî kararda, grubun lehine olsun yahut olmasın, mahkemenin gruba üye olduğuna karar verdiği kişiler yer alır. Grup davası olarak yürütülen bir davada §23/b/3 çerçevesinde verilen kararda, §23/c/2 çerçevesinde bildirimde bulunulan üyeler, hariç tutulmayı talep etmeyen üyeler ve mahkemenin, grubun üyesi olduğuna karar verdiği üyeler yer alır.

Grup davası, belirli bir grubun temsilcisi olarak dava açan kişi veya kişilerce başlatılır. Grubun bütün üyelerinin temsilci olarak hareket etme hakkı vardır. Bir davanın grup davası olarak kabulünden önce, grubun namevcut üyelerine bildirimde bulunulmalıdır (§23/c). Üreticinin sorumluluğu ve tüketici davalarında görüldüğü üzere bireysel olarak bildirimde bulunulamaması hâlinde gazete, dergi, radyo ve televizyon vasıtasıyla duyuru yapılır. Yapılan duyuruda grubun muhtemel üyelerine, grubun üyesi olmak istemeleri hâlinde herhangi bir davranışta bulunmalarına gerek olmadığı ve çekilme formu doldurmadıkları takdirde grup davası sonunda verilen

kararla bağı olacakları bildirilir. Grubun dışında tutulmak isteyen kişiler diledikleri takdirde bireysel dava açabilirler.¹²²¹

Mahkemenin, davanın grup davası olarak yürütüleceğine ilişkin kararı için dört şart aranır: (1)grup, bütün üyelerinin davaya katılmasını fiilen imkânsız kılacak derecede kalabalık olmalıdır; (2)maddî veya hukukî nitelikte meseleler bulunmalıdır; (3)grup temsilcisinin iddiaları gruba has özellik taşımaktadır; (4)grup temsilcisi, grubun menfaatlerini takip etmelidir ve temsilcinin ve grup üyelerinin menfaatleri arasında çatışma bulunmamalıdır.¹²²²

Grup davaların tahkim yargılamasında söz konusu olup olmayacağı sorusu iki farklı olasılığı beraberinde getirmektedir. Bu olasılıklardan birincisi, taraflar arasında akdedilen sözleşmede, grup davalarına ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmeyen bir tahkim şartının yer almasıdır. İkinci olasılık ise, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartında, grup davasının tahkim yargılamasında görüleceğine yer verilmesidir.

Grup davalarını önlemek amacıyla, standart sözleşmelere tahkim şartı konulmakta ve bu surette bireysel davaların mecbur kılınması umulmaktadır. Standart sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının, *mahkemelerde* grup dava yoluna başvurulmasına engel teşkil etmeyeceği yönündeki görüş kabul görmemektedir.¹²²³ Geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinin, uyuşmazlığın mahkemelerde grup davası şeklinde görülmesini engelleyeceği sonucuna varılan *Powertel Inc v. Bexley* davasında¹²²⁴ mahkeme, potansiyel taleplerin bireysel olarak ileri sürülemeyecek derecede düşük meblağlar olduğunu, grup davaların en ekonomik usûlî yöntemi öngördüğünü, şirketin, taleplerin tahkime tâbi olması gerektiğini ileri sürerek müşterilerinin bireysel olarak ileri sürmelerinin olanaksız olduğu bu talepleri

¹²²¹ Hanotiau, **Classwide Arbitration**, s.43.

¹²²² Hanotiau, **Classwide Arbitration**, s.43.

¹²²³ Hanotiau, **Classwide Arbitration**, s.44, 46.

¹²²⁴ 743 **So.2d** s.570 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).

birleştirme ihtimalinden sakınmaya çalıştığını ve fakat tahkim şartının, grup davasına mahâl vermediğini belirtmiştir.¹²²⁵

Tarafların anlaşması tahkimi öngördüğü ve fakat grup davanın tahkim yoluyla görülmesi konusunda sessiz kaldığı hallerde birçok mahkeme grup davaların tahkim yoluyla görülebileceğine karar vermiştir. Bir başka ifadeyle, tarafların anlaşmasında bulunan boşluktan, tarafların grup davaların tahkimde görülmesi imkânını ortadan kaldırdıkları anlamı çıkarılamaz. Bu görüşü desteklemek için, zayıf tarafın korunması düşüncesine ve tahkim yanlısı politikaya atıfta bulunmaktadır.¹²²⁶

Misâl olarak *Keating v. Superior Court of Alameda County* davasında¹²²⁷ Kaliforniya mahkemesi, grup davaların tahkim yargılamasında görülmesi fikrini benimsemiştir. Mahkeme, birçok *franchise* alanın, *franchise* veren aleyhindeki taleplerini ayrı tahkim yargılamalarında ileri sürmek durumunda bırakılmaları hâlinde menfaatlerinin zarar göreceğine karar vererek ve hakkaniyet fikrinin gerekli kıldığına işaret ederek, taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşmalarında grup davalardan bahsedilmemiş olmasına rağmen mahkemelerin, grup davaların tahkim yargılamasında görülebileceğine hükmetme yetkisine sahip bulunduğu sonucuna varmıştır.¹²²⁸

Tahkim anlaşmasının grup davalar konusunda sessiz kalması durumuna ilişkin olarak liberal bir yaklaşımın sergilendiği *Green Tree* davasına¹²²⁹ konu olayda tahkim şartı, uyuşmazlıkların, *Green Tree*'nin müşterisinin onayıyla *Green Tree* tarafından tayin edilecek tek hakem tarafından çözüleceğini öngörmekteydi. *Green Tree* temyiz aşamasında, tahkim şartının grup davasının tahkimde görülmesine engel olduğunu ileri sürmüştür. Davacılar ise, tahkim şartının konu hakkında sessiz olduğunu ve bu yüzden grup davasının tahkimde görülmesini engellemediğini iddia

¹²²⁵ Hanotiau, *Classwide Arbitration*, s.48.

¹²²⁶ Hanotiau, *Classwide Arbitration*, s.49.

¹²²⁷ 31 Cal. 3d s.584, 645 P.2d s.1192.

¹²²⁸ Stipanowich s.493; Hanotiau, *Classwide Arbitration*, s.46, 47.

¹²²⁹ *Green Tree Financial Corp v. Bazzle*, 123 S.Ct. s.2402 (5th Cir. 2003).

etmiştir. Temyiz Mahkemesi, davacıların iddiasını benimseyerek, ilgili tahkim şartı çerçevesinde grup davasının tahkimde görülüp görülemeyeceği sorusunun, tahkim şartının eyalet hukuku kapsamında yorumu yoluyla çözülmesi gerektiğine ve bu bağlamda tahkim şartının sessiz kalması hâlinde grup davasının tahkimde görülmesine engel bir durum bulunmadığına karar vermiştir.¹²³⁰

Öte yandan, bazı kararlarda aksi sonuca varılmış ve tahkim şartının sessiz kaldığı hallerde, grup davalarının tahkimde görülemeyeceğine karar verilmiştir. *Champ v. Siegel Trading Co* davasında¹²³¹ Temyiz Mahkemesi, grup davasına cevaz vermeyen ve davacının tahkime bireysel olarak gitmesini emreden alt mahkeme kararını onamıştır. Mahkeme, FAA'ya göre, tarafların anlaşmasının, hükümlerine göre yerine getirilmesinin gerekli olduğunu ve FAA'nın bu kaygısına öncelik verilmesi gerektiğini belirterek, tarafların anlaşmasında tahkim yargılamalarının birleştirilmesine ilişkin bir hükmün yokluğu hâlinde mahkemelerin tahkim yargılamalarını birleştiremeyeceğini öngören kararlara atıfta bulunmuştur.¹²³²

In re Knepp davasında¹²³³ davacı, grup davasını, iflâs davası olarak açmıştır. Grup davasıyla karıştığı ve işe yarar bir tazminat fırsatını engellediği gerekçesiyle tahkime itiraz edilmiştir. Bu itiraz, iflâs davasına bakan yargıç tarafından; mahkemeler grup davaların tahkim yoluyla görülmesini engellemeye devam ettikleri takdirde, tüketici sözleşmelerinde tahkim şartının kullanımının yaygınlaşması karşısında, haksızlığa uğramış tüketiciler için grup dava yolunun kapanmasına yol açacakları gerekçesiyle kabul edilmiştir.¹²³⁴

¹²³⁰ Samuel Estreicher, Michael J. Puma, "Arbitration and Class Actions After Bazzle", **Dispute Resolution Journal**, August / October 2003, s.14–15; Huber s.533; Hanotiau, **Classwide Arbitration**, s.44–45.

¹²³¹ 55 F.3d s.269 (7th Cir.1995).

¹²³² Hanotiau, **Classwide Arbitration**, s.49–50.

¹²³³ 229 BR s.821 (Bankr. ND Ala. 1999).

¹²³⁴ Hanotiau, **Classwide Arbitration**, s.47.

Gammaro v. Thorp Consumer Discount Company davasına¹²³⁵ konu olayda *Joseph Gammaro, Thorp* isimli şirketle akdettiği ve tahkim şartı de ihtiva eden kredi sözleşmesinden uyuşmazlık doğması üzerine mahkemede grup davası açmıştır. *Thorp* tarafından tahkim itirazında bulunulması üzerine mahkeme, taraflar arasında akdedilmiş bulunan tahkim anlaşmasının gereğinin yerine getirilmesi gerektiğini; ne var ki tahkim yargılamasının grup davası olarak yürütülmesinin mümkün olmadığını, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının, grup davaların tahkim yoluyla görülebileceğini öngörmediğini ve davaları birleştirme yetkisi de vermediğini belirterek itirazı kabul etmiştir.¹²³⁶

İkinci olasılık olan, grup davalarının tahkim yoluyla görüleceğine ilişkin anlaşmalar, sözleşmeye taraf olan herkes buna rıza gösterdiği takdirde sorun yaratmaz. Ne var ki şirketlerin çoğu, grup davaları engelleyen uyuşmazlık çözüm yöntemleri öngördüğü için, bu tür anlaşmalarla çok nadir karşılaşmaktadır. Uygulamada daha sık karşılaşılan durum şirketlerin, tüketicilerin ve çalışanların grup davalarından baştan feragat edecekleri türden tahkim şartları hazırlamalarıdır.¹²³⁷

Tahkim anlaşmasının, bütün taraflar razı olmadıkça grup davalarını açıkça yasakladığı *Zawikowski v. Beneficial National Bank* davasında¹²³⁸ mahkeme, bireysel olarak tahkime gidilmesi gerektiğine karar vermiş, davacıların, tahkim anlaşmasının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz olduğu itirazını reddetmiştir.¹²³⁹

Grup davalar, davaya taraf olmayanların dava sonunda verilen kararlarla bağlı olmayacağı yönündeki genel kuralla bağdaşmadığı için, usûl hukuku bakımından sorun doğurmaları muhtemeldir. Bunun sonucu olarak, davada yer almayan grup üyelerinin menfaatlerini korumak üzere özel tedbirlerin alınması gereklidir. *Keating v. Superior Court of Alameda County* davasında¹²⁴⁰ Kaliforniya Temyiz Mahkemesi,

¹²³⁵ 828 F.Supp. 673 (D. Minn. 1993).

¹²³⁶ **Dispute Resolution Journal**, March 1994, s.2.

¹²³⁷ Hanotiau, **Classwide Arbitration**, s.47.

¹²³⁸ 1999 WL 35304 *1 (ND Ill.1999).

¹²³⁹ Estreicher, Puma, s.19 dn.26.

¹²⁴⁰ 167 Cal. Rptr. s.481 (Cal. Ct. App. 1980).

grup davalarının tahkim yoluyla görülmesinin önünde başa çıkılmaz bir engel bulunmadığını belirtmiş ve ayrıca hem grup davalarının hem de tahkimin menfaatlerini en iyi karışık bir usûlün koruyacağına işaret etmiştir. Mahkeme, grup davasının yürütülebilirliğine ve grup üyelerine yapılacak bildirimlere ilişkin olarak başlangıçta birtakım kararlar almak durumundadır ve grup davası tahkim yoluyla görülecek ise davada yer almayan grup üyelerinin haklarının korunması için mahkeme kararına ihtiyaç duyulabilir.¹²⁴¹

Dickler v. Shearson Lehman Hutton Inc davasında¹²⁴² Pensilvanya Yüksek Mahkemesi, mahkemelerin sadece grup davasının görülebilirliğine izin vermekle kalmayıp grup üyelerine bildirim yapılmasını sağlaması, sulhe varılması hâlinde sulh anlaşmasını incelemesi ve grubun birden çok temsilcisi arasındaki anlaşmazlıkların giderilmesi gibi işlevler görmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeler aslında davaya ilişkin temel meseleleri çözmektedir: davanın grup davası olarak görülebilirliğini belirleme, grubu tanımlama, grup üyelerine yapılacak bildirim onaylanması, uyuşmazlığın sulhle çözümlenmesi hâlinde sulh anlaşmasının onaylanması, *discovery* işlemlerinin yürütülmesi gibi. Tahkimde yürütülen grup davasında, davada yer almayan grup üyeleri adına hakem tayinini davacı veya grup temsilcisi yapacaktır. Mahkemenin gözetimi ve müdahalesi bulunmaksızın tahkimde yürütülecek bir grup davasında, davada yer almayan grup üyeleri; yer almadıkları bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararıyla bağlı olacaktır.¹²⁴³

Doktrinde, hakem heyetlerinin bu fonksiyonların çoğunu icra edebileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre davanın grup davası olarak görülüp görülmeyeceğine ilişkin kararı hakemler verebilir. Dava, tipik bir tahkim davası gibi cereyan eder. Hakem tayini konusunda grup üyelerinin itiraz etmesi hâlinde ya dava grup davası olmaktan çıkarılacak ya da itiraz edenler grup harici tutulacaktır. Yani

¹²⁴¹ Hanotiau, *Classwide Arbitration*, s.52.

¹²⁴² 596 A.2d s.860 (Pa. Super. 1991).

¹²⁴³ Hanotiau, *Classwide Arbitration*, s.53.

tahkim yargılaması grup davalarının görülmesine uygun nitelik taşır ve hakemler de muhtemel kötüye kullanımları mahkemeler gibi engelleyebilir.¹²⁴⁴

Grup davaların tahkim yoluyla görülüp görülemeyeceğine ilişkin tartışmanın bizi ilgilendiren kısmı, gruba dâhil olan ve fakat tahkim yargılamasında yer almayan kişilerin hakem kararıyla bağlı olup olmayacağı ve eğer olacaklarsa bunun hukukî yönden geçerli olup olmayacağıdır. Bu konuda ileri sürülen ve bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre tahkim özü itibariyle iradî/ihtiyarî olduğu için, grubun üyelerinin tamamı karşı tarafla ve grubun karşısındaki taraf grubun tamamıyla tahkime gitme iradesine sahip bulunmadıkça, grup davaların tahkim yargılamasında yer alması mümkün görünmemektedir.¹²⁴⁵

Grup davasının tahkim yargılamasında görüleceğine yer vermeyen bir tahkim şartının mevcudiyeti hâlinde; grup davasının, belirli bir grubun temsilcisi olarak dava açan kişi veya kişilerce başlatılması, grubun namevcut üyelerine bireysel olarak bildirimde bulunulamaması hâlinde gazete, dergi, radyo ve televizyon vasıtasıyla duyuru yapılması ve yapılan duyuruda grubun muhtemel üyelerine, grubun üyesi olmak istemeleri hâlinde herhangi bir davranışta bulunmalarına gerek olmadığı ve çekilme formu doldurmadıkları takdirde grup davası sonunda verilen kararlarla bağlı olacaklarının bildirilmesi; medya yoluyla yapılan duyurudan haberi olmadığı için tahkimde yer almama iradesini beyan etme imkânı bulamayan kişileri de hakem kararıyla bağlı kılması itibariyle tahkimin iradî/ihtiyarî niteliğiyle ve istisnâî karakteriyle bağdaşmamaktadır. Buna karşılık, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartında, grup davasının tahkim yargılamasında görüleceğine yer verilmiş olması ihtimalinde, tarafların iradesinin açıkça bu yönde cereyan etmiş bulunması karşısında, grup davasının tahkim yoluyla görülmesinde bir sakınca bulunmadığı ve verilen hakem kararının, tahkim şartının tarafı olmaları kaydıyla, grubun namevcut üyelerini de bağlayacağı kanısındayız.

¹²⁴⁴ Hanotiau, **Classwide Arbitration**, s.53.

¹²⁴⁵ Bennett s.10.

Ayrıca geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinin, tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın resmî yargıda grup davası şeklinde görülmesine engel teşkil etmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira bir tahkim anlaşmasının en temel unsuru, kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından resmî yargı yolunu kapatmış olmasıdır.

SONUÇ

Hangi hallerde tahkime gidileceğinin kanunlarla düzenlenmesi anlamına gelen mecburî tahkim dışında kalan hallerde tahkim ihtiyarîdir. Bir başka ifadeyle, mecburî tahkim dışında kalan uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesi için taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın varlığı zorunludur. Geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaksızın geçerli bir tahkim söz konusu olmaz. Tahkim anlaşması, ihtiyarî tahkimin en temel gereği ve unsuru, yani mihenk taşıdır; zira bir yandan tarafların tahkime gitme iradesinin dışarı vurulma vasıtasıyla, diğer yandan hakemlerin yargılama yetkilerinin kaynağıdır. Bu anlaşma tahkimin temelini teşkil eder ve taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmaksızın uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi mümkün değildir. Bu yetkinin, kaynağını alabileceği başka bir zemin bulunmamaktadır.

Prensip olarak tahkim anlaşmasından doğan haklar nisbî niteliktedir; bu yüzden sadece tahkim anlaşmasına taraf olan kişiler bir tahkim yargılamasına katılmaya zorlanabilir ve hakem heyeti tarafından verilmiş bir kararla bağlı kılınabilir; tahkim anlaşmasına taraf olmayanların tahkim anlaşmasına dayanma imkânı bulunmamaktadır. Tahkim anlaşmaları sadece tarafları bakımından geçerli ve bağlayıcıdır. Zira tahkim akdîdir; yani kaynağını sözleşmeden alır. Bu itibarla iradî, yani ihtiyarîdir. Tahkim anlaşmasının tarafı hâline gelmek için, tahkim anlaşmasında veya tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmede *taraf* olarak zikredilmek şarttır. Prensip olarak tahkim anlaşmaları, aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yargılamasına tâbi kılma yönündeki iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklayan kişileri bağlar. Rıza tahkimin temelidir ve rızasını beyan etmemiş bir kişinin, tahkim şartının tarafı olarak ele alınması mümkün değildir.

Tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasına açık bir irade beyanıyla rıza göstermemiş bulunan üçüncü kişinin, esas sözleşmeye yönelik bir tutum veya davranışının, tahkim anlaşmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanması suretiyle üçüncü kişilere teşmilinde, bahse konu üçüncü kişinin sergilediği tutum ve davranış, ortada açık bir irade beyanı bulunmadığından dolayı, ya zımnî yahut da farazî irade

beyanı olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, tahkim anlaşmalarının zımnî yahut farazî irade beyanıyla akdedilmesinin mümkün olup olmadığı ve bu imkânın, tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinde oynadığı rol ele alınmalıdır. Tahkim anlaşmasına yönelik iradenin açıkça beyan edilmesi gerektiği fikri hâkimdir. Buna karşılık tahkim anlaşmasına yönelik irade beyanının zımnî olabileceğini kabul edenler de mevcuttur. Bizce de, tahkimin temelini teşkil eden rızanın, tereddüde mahâl bırakmaması kaydıyla, zımnî verilmesi mümkündür. Ne var ki birtakım tutum ve davranışların, tahkim şartının kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanı olarak kabul edilebilmesi için, bahse konu tutum ve davranışın *tahkim şartına yönelik* olması gereklidir. Bu bağlamda mahkemede açılan davada, tarafı olunmayan bir tahkim anlaşmasına istinaden tahkim itirazında bulunulmasının; tahkim anlaşmasına veya hakemlerin yetkisine itiraz edilmeksizin hakem tayini veya görev belgesi tanzimi gibi davranışların yahut davacının dava dilekçesinde varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına, davalı tarafından cevap dilekçesinde itirazda bulunulmamasının, geçerli bir tahkim anlaşmasının teşkili için gereken irade beyanı olarak kabulü yerindedir. Buna karşılık tahkim şartı, sonuçlarını usûl hukukunda doğuran bir sözleşme iken esas sözleşme bir maddî hukuk sözleşmesi olduğu ve tahkim anlaşması ile esas sözleşme hukuken birbirinden bağımsız bulunduğu için, tahkim anlaşmasının geçerliliği esas sözleşmenin ifasından etkilenmez ve tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmenin ifa hareketleri nedeniyle geçerli olarak kurulmuş sayılması karşısında tahkim şartının da aynı ifa hareketlerine istinaden geçerli olarak kurulduğunun kabulü mümkün değildir. Öte yandan, tahkimin taşıdığı istisnâî karakterden ötürü, tahkim anlaşmasının, farazî irade beyanıyla, yani tarafların iradelerinin varsayılması suretiyle kurulması mümkün değildir.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan esas; tahkim anlaşmasına açık bir irade beyanıyla rıza göstermemiş bulunan üçüncü kişinin esas sözleşmeye yönelik bir tutum veya davranışının, dürüstlük kuralı ışığında, tahkim anlaşmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanması olduğu için, öncelikle, tahkim anlaşmasına kimlerin taraf olduğunun yahut kimlerin taraf olmadığıнын tayininde uyulması gereken yorum metotlarına riayet edilmesi gerekmektedir. Tahkimin, uluslararası ticarî uyuşmazlıkların meşru çözüm yolu olarak kabul görmesi ve bu

kabulün endüstrileşmiş ülkelerin neredeyse tamamında yerleşmiş olması; uyuşmazlıkların esas çözüm yerinin mahkemeler olması ve tahkimin istisnaî bir yargı yolu karakteri taşıması itibariyle, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın hallini mahkemeler yerine hakemlere bıraktıklarının tereddüde mahâl vermeyecek bir şekilde anlaşılması ve kendisine taraf olan kişileri, anayasal bir prensip olan tabii hâkim güvencesinden mahrum kılan tahkim anlaşmalarının dar yorumlanması gerektiği yönündeki prensibi ortadan kaldırmaz.

Tahkim şartının üçüncü kişiye teşmili meselesini karara bağlama yetkisinin kimde olduğu sorusu önem arz eder. Zira mahkemeler ve hakem heyetleri, meseleye farklı hukuklar ve farklı kurallar uygulayarak farklı sonuçlara varabilir. Hakem kararları, iptal ve tenfiz prosedürlerine tâbi olduğu sürece hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki kararlarının devlet mahkemelerini bağlayacağı söylenemez. Yani hakem heyetinin sahip olduğu *Kompetenz–Kompetenz*, geçici nitelik taşır ve mahkemelerde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi suretiyle tahkimin sabote edilmesini engelleme amacı taşır. Bununla birlikte, bilhassa sektörel ve meslekî tahkimlerde, sektör yaptırımını nedeniyle hakem kararlarının büyük ölçüde rızaen ifa edildiği ve ayrıca hakem kararlarında yer alan prensiplerin zaman içinde bir *uluslararası ticaret hukuku kuralı* niteliği kazanma şansına sahip olduğu da unutulmamalıdır.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin çözümünde nazara alınması gereken en önemli hususlardan biri, tahkim şartı ve esas sözleşme arasındaki ilişkidir. Zira bazı hallerde üçüncü kişi, esasen tahkim şartının ilişkin bulunduğu hakka sahip olmakla, tahkim şartına da tâbi hâle gelmektedir. Uluslararası ticarî tahkimde hâkim olan yaklaşıma göre tahkim anlaşması ile esas sözleşme hukuken birbirinden bağımsızdır. Tahkim anlaşmasının aynı anda hem esas sözleşmeden bağımsız hem de esas sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak görülmesi tutarsızdır. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibi, tahkim anlaşmasının kendine has bir hukukî yapıya sahip olduğunu ve esas sözleşmeye bağlı fer’i bir hak olarak nitelendirilemeyeceğini ortaya koymakta ve tahkim anlaşmasına açık ve ayrı bir biçimde rıza gösterilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, tahkim

anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibi, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde de hâkim rol oynar.

Tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili, üçüncü kişi açısından tahkim anlaşmasının *esas* bakımından geçerli olup olmadığına ilişkin bir meseledir. Ancak esas bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında *şeklen* geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı aranır. Bu itibarla, ilk olarak vücuda getirilişi esnasında yazılı şekil zorunluluğuna uygunluk arz eden bir tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinde, üçüncü kişinin yazılı bir beyanda bulunmuş olması aranmayacaktır.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili meselesinin en önemli yönlerinden biri, teşmile tatbik edilecek hukukun tayinidir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan hukukî müesseseler, *maddî hukuk müesseseleri* ve *usûl hukuku müesseseleri* şeklinde iki ana başlık altında ele alındığı için, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde uygulanacak hukukun tayini de, aynı sistematik çerçevesinde incelenmiştir. Tahkim anlaşmasının, maddî hukuk vasıtalarıyla üçüncü kişilere teşmili meselesinin tahkim yargılaması esnasında ileri sürülmesi hâlinde, belirli kanunlar ihtilâfi kurallarını uygulamalarını emreden bir *lex forileri* yahut uluslararası konvansiyonlara uyma zorunlulukları bulunmayan hakemlerin, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmiş olmaları olasılığı dışında, meselenin çözümünde uygulanacak hukuku tayinde serbest oldukları söylenebilir. Bu serbestinin kapsamına *lex mercatorianın* uygulanması girdiği gibi, serbestçe tayin edilecek bir millî hukukun uygulanması da söz konusu olabilir. Bu konudaki en mâkul yaklaşım, hakemlerin, uyma zorunlulukları bulunmasa da, kararlarının tenfizini temin gayesiyle, New York Konvansiyonu hükümlerinden ayrılmamasıdır. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin mahkemede bir tespit talebi şeklinde ileri sürülmesi iki farklı şekilde vuku bulabilir. Birinci olasılıkta, tahkim anlaşmasının üçüncü kişi konumundaki kişi bakımından bağlayıcı olup olmadığının tespitinin talep edildiği bir tespit davasının açılması söz konusu olabilir. İkinci olasılık ise tahkim anlaşmasına tâbi bir uyuşmazlıkta davanın mahkemede açılması üzerine karşı tarafın tahkim itirazında

bulunması ve bu itiraza karşılık tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi durumunda, geçersizlik iddiasının dayanağını davacının yahut tahkim itirazında bulunan tarafın tahkim anlaşması bakımından üçüncü kişi konumunda bulunmasının teşkil etmesidir. Bu durumda mahkeme tarafından tahkim anlaşmasına yönelik olarak yapılacak incelemenin kapsamı, ilk bakışta (*prima facie*) bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığından ibaret olmalı ve mahkeme, görevsizlik kararı vermeli ve mevcut bir tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını incelememelidir. Zira böyle bir tutum tahkim anlaşmasının geçerliliğinin resmî yargı tarafından belirlenmesi sonucuna götürmesi nedeniyle *kompetenz-kompetenz* prensibiyle bağdaşmaz ve ayrıca tahkimi sabote etmek isteyen kişiler bakımından da adeta bir araç işlevi görür. Tahkim anlaşmasının, maddî hukuk vasıtalarıyla üçüncü kişilere teşmilinin, hakem kararının iptali veya hakem kararının tenfizi davalarında tartışma konusu yapılması hâlinde; tenfiz veya iptal sebepleri bakımından *sınırlı sayı* prensibi yürürlükte olduğundan, tenfiz veya iptal hâkimi, bahse konu iddianın tâbi olacağı hukuku, tenfizin veya iptalin tâbi olduğu hukukî düzenlemedeki hükümler çerçevesinde tespit etmek zorundadır. Bu durumda uygulanma ihtimali bulunan düzenlemelerin tümünde, tahkim anlaşmasının geçerliliği; esas, şekil ve ehliyet olmak üzere üç farklı açıdan ele alınmıştır. Kanaatimizce tahkim anlaşmasında açıkça taraf olarak zikredilmeyen bir kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulup tutulamayacağı sorusu, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tâbi olarak çözümlenmesi gerekir. Tahkim anlaşmasının esas bakımından hükümsüzlüğü, gerek New York ve Cenevre Konvansiyonlarında gerekse MÖHUK'ta ve MTK'da tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tâbi kılınmıştır. Tarafların, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmemiş olmaları hâlinde, hakem kararının verildiği yer hukuku uygulanacaktır (New York m.V/1/a, Cenevre m.IX/1/a, MÖHUK m.62/e, MTK m.4/3). Devlet birimleri yahut teşebbüsleri tarafından akdedilen tahkim anlaşmalarının devlete teşmilinin mümkün olup olmadığı söz konusu olduğunda, buradaki meselenin özü, diğer teşmil vasıtalarından farklı olarak, tahkim anlaşmasını akdeden kişinin, kendi nam ve hesabına tahkim anlaşması akdetme yetkisine sahip bulunup bulunmadığı olduğu için, meselenin ehliyete ilişkin olduğunun kabulüyle, iptal ve tenfiz düzenlemeleri uyarınca gerçek kişilerde ilgilinin millî hukukunun, tüzel kişilerde ve

mal veya kişi topluluklarında statüdeki idare merkezi hukukunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Tahkim anlaşmasına taraf olan şirketlerden birinin iflâsı hâlinde müflisin yerine iflâs idaresinin geçip geçmeyeceği ve eğer geçecekse, tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmayacağı meselesinin iflâsın tâbi olduğu hukuk tarafından tayin edileceği yönündeki iddia ise müflisin *dava takip yetkisine* ilişkin olması itibariyle, tenfiz veya iptal düzenlemelerinde tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından öngörülen ehliyet, şekil ve esas unsurları arasından *ehliyet* kapsamında mütalâa edilebilir. Bu tercih iflâsın tâbi olduğu hukukla aynı neticeyi temin ettiği için, doktrinde ileri sürülen görüşlerle de uyum arz eder. Tahkim anlaşmalarının, usûl hukuku müesseseleri vasıtasıyla üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusuna hangi hukukun uygulanması suretiyle cevap verilmesi gerektiğinin tayininde taraf iradelerine öncelik tanınmıştır. Tahkim usûlünün, esas itibariyle taraflar arasındaki anlaşmaya dayanan bir ihtilâf çözüm metodu olmasından dolayı, hakem heyetinin hangi usûlü takip ederek hakem kararını vereceği, öncelikle taraflarca yetkili kılınmış tahkim kurallarıyla tayin olunur. Taraflar bu kuralları bizzat kaleme alabilecekleri gibi, herhangi bir kurumsal veya *ad hoc* tahkim kurallarına atıfta bulunmuş da olabilirler. Tarafların bir tahkim kurumunu yetkili kılmaları, bu tahkim kurumuna ait tahkim kurallarını da yetkili kıldıkları anlamına gelir. Tahkim usûlü bakımından taraflarca düzenlenmeyen hususlar söz konusu olduğunda ise, kural olarak, *tahkim yeri hukuku* uygulanır.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği hallerin başında, tahkim anlaşmasının temsilci marifetiyle akdedilmesi gösterilmektedir. Temsil yetkisinin açıkça verilmiş olması hâlinde, temsilci marifetiyle akdedilen tahkim anlaşması, doğrudan doğruya *temsil olunanı* bağlayacak ve bu durumda üçüncü kişiye temsil meselesi gündeme gelmeyecektir. Diğer taraftan, tahkim şartının, temsil yetkisinin zımnen verilmiş bulunduğuna istinaden temsil olunanı bağlaması için, temsil yetkisi verildiğinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette ispatı şart olduğundan, böyle bir durumda yine tahkim anlaşması doğrudan doğruya *temsil olunanı* bağlayacak ve üçüncü kişiye teşmil sorunuyla yine karşılaşılmayacaktır. *Görünüşteki temsil yetkisi* ve aynı müesseseyi ifade etmek amacıyla kullanılan benzer kavramlar vasıtasıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edildiği hallerde ise, aslında üçüncü kişiye

teşmili sağlayan husus *dürüstlük kuralı*dır. Kısaca belirtmek gerekirse tahkim anlaşmasının, temsil teorisine istinaden üçüncü kişilere teşmili mümkün değildir.

Adî ortaklık hukukî bir kişiliğe sahip bulunmadığı için, ancak adî ortaklığı teşkil eden gerçek ve tüzel kişilerin tümünün, bizzat veya temsilci marifetiyle katılımı suretiyle bir tahkim anlaşması akdedebilir. Yani adî ortaklığın taraflarından birinin akdettiği bir tahkim anlaşmasının adî ortaklığın diğer taraflarını bağlayabilmesi için, âkit tarafın adî ortaklığı temsile yetkili bulunması ve tahkim anlaşmasını da bu yetkiye istinaden adî ortaklık adına akdetmiş olması gereklidir. Bu durumda zaten tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında, adî ortaklığın taraflarından birinin akdettiği tahkim anlaşmasının adî ortaklığın diğer taraflarını bağlaması mümkün değildir. Böyle bir tahkim anlaşması *etkisiz* hâle gelmeyip adî ortaklığın sadece kendisini akdeden tarafını bağlayacaktır.

Grup şirketler doktrininin uygulanması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin esası şöyledir: *uluslararası nitelikli bir sözleşmeye konulan tahkim şartı, sözleşmenin ifasına ve sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlığa doğrudan karışan taraflara, tahkim şartının yer aldığı sözleşmeye taraf olmasalar dahi, konuları ve davranışları, tahkim şartının ve kapsamının farkında oldukları varsayımını güçlendirmesi koşuluyla uygulanmasını gerektiren kendine has geçerliliğe ve hükümlere sahiptir.* Resmî yargıya nazaran istisnaî bir konum arz eden ihtiyarî tahkimin tek dayanağı tahkim anlaşması olduğu için, meselenin çözümünde odak noktası, tahkim anlaşması yapma niyetinin bulunup bulunmadığı ve bulunması hâlinde ise gerektiği gibi ortaya konulup konulmadığı olmalıdır. Bir diğer ifadeyle tahkim anlaşmasına yönelik iradenin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmamak kaydıyla *zımnen* ortaya konulması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasına yönelik iradenin zımnî olabilmesi için, iradeyi ortaya koyduğu kabul edilen tutum ve davranışların *tahkim anlaşmasına yönelik* olması gereklidir; esas sözleşmeye yönelen tutum ve davranışlar, tahkim şartının geçerliliğini temin etmez. Grup şirketler teorisinin ortaya çıkmasına vesile olan dinamikler, şirket yapısını bu surette kullanma hakkı şirketler hukukunda mevcut olduğu için, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini haklı kılmaya yeterli değildir.

Ortaklık içi tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmili, tahkim anlaşmasına tâbi bulunan bir ortaklık hissesinin üçüncü kişilere devri neticesinde gündeme geldiğinde, tipik bir cüzî halefiyet durumu söz konusu olduğundan, cüzî halefiyetle ilgili kısmında vardığımız sonuçlara atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Meselenin, ortaklık tüzüğüne oyçokluğuyla konulan tahkim şartının, oylamada muhalif oy kullanan ortaklar bakımından geçerli olup olmadığı şeklinde ortaya çıkması hâlinde ise, ortaklık içi tahkim anlaşmaları bakımından tahkimin akdî/ihtiyarî yapısını görmezden gelmenin ve tahkimin iradî niteliğinden ayrılmanın mümkün olmadığı; tahkime gitme iradesine sahip bulunmayan, hele ki ortaklık tüzüğüne konulan tahkim anlaşmasını kabul etmeme yönündeki iradesini, aleyhte oy kullanmak suretiyle açıkça koymuş bir kişinin tahkim şartıyla tâbi tutulma imkânı bulunmadığı kanaatindeyiz.

Küllî halefiyetin, tahkim anlaşmasının halefe intikaline yol açıp açmayacağı hususunda; uyuşmazlıkların asıl çözüm yeri mahkemeler olduğu için, ihtiyarî tahkimin tek dayanağı, tarafların tahkime gitme yönündeki iradeleri ve bu iradelerin meydana getirdiği tahkim anlaşmasıdır ve aslolan, tarafların tahkime gitme iradesinin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulup konulmadığının belirlenmesidir. Buna göre tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve tarafların tahkime gitmeye rıza gösterdiğini tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan zımnî bir irade beyanının bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının mirasçılara geçerli olarak intikali mümkün değildir. Tahkim anlaşmasını akdeden gerçek kişinin ölmesi hâlinde tahkim anlaşması infisah etmiş sayılmalıdır. Zira mirasçılar diğer âkit tarafla yahut diğer âkit taraf mirasçılarla tahkime gitme iradesine sahip bulunmuyor olabilir. Tahkim anlaşması hiç kimseye iradesi hilâfına empoze edilmemelidir. Neticede tahkim anlaşmasının infisahı, meselenin çözümsüz kaldığı anlamına gelmez ve uyuşmazlık, yetkili mahkeme tarafından çözüme kavuşturulur. Tahkim anlaşmasını akdeden şirketin, nev'ini değiştirmesi hâlinde, yeni nev'e çevrilen şirket, eskisinin devamı olduğu için, tahkim şartıyla bağlı olacaktır. Tahkim anlaşmasını akdeden şirketin, tüzel kişiliğinin

ortadan kalkmasına yol açmayacak surette bir şirket evliliği gerçekleştirmesi hâlinde, tahkim anlaşmasıyla bağlı olan tüzel kişilik olduğu için, tahkim anlaşmasının hukukî rejiminde herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Buna karşılık, birleşmenin, bir şirketin tüzel kişiliğinin diğer bir şirketin tüzel kişiliği içerisinde erimesi yahut birleşmeye konu şirketlerin tüzel kişiliklerinden yeni bir tüzel kişinin meydana gelmesi şeklinde cereyan etmesi hâlinde, kalan yahut yeni kurulan şirketin tüzel kişiliği yeni ve farklı bir tüzel kişilik teşkil ettiği için, tahkim anlaşmasıyla bağlı olması söz konusu değildir. Bununla birlikte şirketin akdettiği tahkim anlaşmasıyla şirket sahibinin bağlı olması söz konusu olmadığı için şirketin sahibinin değişmesinin yahut şirketin tasfiye hâlinde bulunmasının hukukî bir etkisi bulunmayacaktır. Müflis, iflâs etmekle, dava veya taraf ehliyetlerini kaybetmemekte, sadece dava takip yetkisi iflâs idaresine intikal etmektedir. İflâs idaresi, *iflâs masası* adı verilen, müflisin haczedilebilen bütün mal ve haklarının kendiliğinden teşkil ettiği topluluğun bir organı olması ve masayı temsilen hareket etmesi itibarıyla zaten çalışmamızda yer verdiğimiz anlamda *üçüncü kişi* değildir ve bu itibarla tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili söz konusu olmaz.

Konişmentoda yer alan tahkim şartının, konişmentonun sonraki hâmilleri bakımından geçerliliği konusunda, konişmentonun tahkim şartına tâbi kılınmasında esas olan yöntemin, çarterparti hükümlerini atıf yoluyla ithal etmek olması karşısında ilk olarak bir tahkim anlaşmasının atıf yoluyla ithal vasıtasıyla kurulmasını ele aldık. Bir tahkim anlaşmasının, *atıf yoluyla ithal* vasıtasıyla kurulup kurulmadığı, esasen, tarafların bir tahkim anlaşması yapmaya niyet edip etmediklerine ilişkindir. Bu niyetin mevcudiyet ve kapsamının yorumu, tahkim anlaşmalarının yorumuna ilişkin prensipler doğrultusunda yapılmalıdır. Bu açıdan, tahkim şartı *istisnâî* niteliğe sahip olduğu ve mahkemelerin yargılama yetkisini bertaraf etmek için iradenin açık ve net biçimde ortaya konulmuş olması gerekli bulunduğu için, tahkim şartının atıf yoluyla ithali için, tahkim şartına özel olarak atıfta bulunan ayrı ve belirli bir metin bulunmalıdır; tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmeye yapılan genel atıf, geçerli bir tahkim anlaşması akdedildiğinin kabulü için yeterli değildir. Tarafların deneyimli tacirler olması veya aralarındaki ilişkinin uzun süredir devam ediyor olması da tahkim anlaşmasına yönelik iradenin açıkça yahut tereddüde mahâl bırakmamak

kaydıyla zımnen ifşa edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu itibarla çarterpartiden doğabilecek uyuşmazlıklara dair tahkim şartı, çarterparti hükümlerini atıf yoluyla konişmentoya ithal etmeye yönelik genel bir atıf çerçevesinde konişmento kapsamına ithal edilmiş olmaz. Tahkim şartının lafzının, genel bir ifade tarzıyla çarterpartiden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları kapsamakta olduğu için, üçüncü kişilerin tahkim şartıyla bağlı olduklarının kabul edilebileceği yönündeki yaklaşıma katılmıyoruz. Kanaatimizce, tahkim anlaşmasının lafzında genel bir ifade tarzının tercih edilmiş olması, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili için yeterli değildir zira ancak tahkim anlaşmasıyla bağlanma iradesini ortaya koyan kişiler tahkim anlaşmasına tâbi olur. Burada asıl mesele, konişmento hâmilinin tahkim şartından haberdar olup olmadığı değil; tahkim şartıyla bağlanmaya yönelik iradesini *açıkça* veya tereddüde yer bırakmayacak surette *zımnen* ortaya koymuş olup olmadığıdır. Bu itibarla, çarterparti hükümlerini konişmento kapsamına ithal eden atıf hükmünde tahkim şartının da açıkça zikredilmesi ihtimalinde, konişmento hâmilinin, konişmentoyu iktisap ederken, onun tahkim şartına tâbi kılınmış olduğunu görmekte ve konişmentoyu bu klozla birlikte iktisap etmekte olduğu gerekçesiyle taşıyan ile konişmento hâmili arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının kurulduğu görüşü yerinde değildir. Konişmento hâmilinin; aynı zamanda kiracı olması veya çarterpartiyi görmüş bulunması yahut önceki faaliyetlerinde aynı sözleşmeyi kullanmış olması veyahut o çarterpartinin uluslararası ticarete yaygın bir biçimde kullanılması da vardığımız sonucu değiştirmez.

Alacağın temlik hakkında; biri temellük edenin, temlik edilen hakla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda borçluya karşı tahkim şartıyla otomatikman bağlı olduğunu; diğeri ise temellük edenin, bağlı olma iradesini açıkça ortaya koymadıkça tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağını öngören iki temel yaklaşım söz konusudur. Kanaatimizce tahkim anlaşmasının temellük edene intikal edip etmeyeceği sorusu, temlike konu hakkın tâbi bulunduğu tahkim anlaşmasının temellük eden bakımından geçerli olup olmadığı sorusuyla aynı anlamı taşımaktadır. O halde esas olan, temellük edenin tahkime gitme iradesinin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulup konulmadığının belirlenmesidir. Buna göre tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut

tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve temellük edenin tahkime gitmeye rıza gösterdiğinin tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan zımnî bir irade beyanının bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının temellük edene geçerli olarak intikali mümkün değildir. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının temellük edene intikali için temlik işlemi tek başına yeterli değildir. Tahkim şartının, esas sözleşmeye ait fer'i bir hak olarak görülmesi bu neticeyi değiştirmez. Keza tahkim şartının, esas sözleşmenin ekonomisine dâhil olarak görülmesi de vardığımız sonucu değiştirmez; zira tahkim anlaşmasına yönelik açık yahut zımnî bir rıza gösterilme zorunluluğu ortadan kalkmış değildir.

Sigortacının halefiyeti bakımından incelediğimiz içtihatlarda, sigortacının, halefiyet prensibi uyarınca, zararını karşıladığı sigortalısının tâbi bulunduğu tahkim şartıyla bağlı olduğu sonucuna varılmaktadır. Ne var ki bu içtihatlarda, sigortacının, zarara sebep olan kişiyle yahut zarara sebep olan kişinin sigortacıyla tahkime gitme iradesine sahip bulunup bulunmadığı; bir başka ifadeyle, tahkime tâbi kılınan tarafların tahkime gitme iradesine sahip bulunup bulunmadığı gözden kaçırılmaktadır. Resmî yargıya nazaran istisnâ bir konum arz eden ihtiyarî tahkimin tek dayanağı, tarafların tahkime gitme yönündeki iradeleri ve bu iradelerin karşılıklı olarak meydana getirdiği tahkim anlaşmasıdır. Tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve tarafların tahkime gitmeye rıza gösterdiğini tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan zımnî bir irade beyanının bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının sigortacıya geçerli olarak intikal etmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda, tahkim anlaşmasının sigortacıya intikali için, sigortalının zararının karşılanmış olması tek başına yeterli değildir.

Tahkim anlaşmasının, *garanti sorumluluğundan* ötürü üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olup olmadığı konusunda her iki istikamette içtihatlar rastlanmaktadır. Bize göre, garanti veya diğer bir yolla teminat veren üçüncü kişiler, tahkim şartını *açık* yahut tereddüde mahâl bırakmayacak nitelikte *zımnî* bir irade beyanıyla kabul etmedikçe tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacaktır. Zira hakem heyetlerinin yargılama yetkileri, tahkim şartına taraf olanlarla sınırlıdır. Garanti eden

ve bu garantinin lehdarı arasındaki bir sözleşmeden ibaret olan garantiler, ilişkin bulunduğu sözleşmeden bağımsızdır. Garantör ile lehdar arasındaki ilişkiler esas sözleşmede yer alan tahkim şartına tâbi olmaz. Aksinin kabulü için, garantörlerin tahkim şartıyla bağlanma iradelerinin, tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Kefâlet taahhüdünde de, esas sözleşmede yer alan tahkim şartına açıkça atıfta bulunulmadıkça, esas sözleşmede yer alan tahkim şartı kefile karşı kullanılamaz.

Üçüncü kişi yararına hükümler ihtiva eden bir sözleşmenin tahkim şartına tâbi kılınmış olması ve bu hükümlerden bir uyuşmazlık doğması hâlinde, üçüncü kişi konumundaki lehdarın tahkim anlaşmasına tâbi olup olmayacağı sorusuna olumlu yanıt verenlerin odak noktası *menfaat*dir. Bu yaklaşıma göre üçüncü kişi lehdarın, tahkim şartı içeren sözleşmeden kaynaklanan *menfaat*leri bilerek elde etmesi, sözleşmenin ve sözleşmede yer alan hükümlerin varlığını bildiği, bunları kabul ettiği ve bu itibarla tahkim şartı da dâhil olmak üzere sözleşmeyi onaylamak suretiyle tahkim şartının tarafı hâline geldiği anlamını taşır. Kanaatimizce, üçüncü kişinin, tahkim şartı ihtiva eden bir sözleşmenin lehdarı olması, tahkim şartının tarafı addedilmesini temin etmez. Sahip olduğu istisnâî karakterden ötürü, tahkim anlaşmasına yönelik rızanın ya açıkça ya da tereddüde mahâl bırakmamak kaydıyla zımnî olarak beyan edilmesi gerekmektedir. Zımnî irade beyanı söz konusu olduğunda, irade beyanı yerine geçtiği kabul edilen tutum ve davranışların tahkim şartına yönelik tutum ve davranışlar olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu itibarla, tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmeden sâdır olan maddî haklardan yararlanılmasının, tahkim şartına ve hakem heyetinin yargılama yetkisine zımnî rıza gösterildiği anlamına gelmesi mümkün değildir. Sözleşmenin taraflarının, lehdara tanıdıkları hakkı tahkim anlaşmasını kabul etmeksizin kullanamayacağı şartına bağlamış olmaları hâlinde, üçüncü kişi lehdar statüsünün kazanılması tahkim şartına rıza gösterilmesine bağlı olacağı için, tahkim şartının üçüncü kişiye teşmilinden bahsedilemeyecektir. Bunun dışında, tahkim anlaşmasının taraflarının, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasından yararlanabileceğini öngörmüş bulunmaları hâlinde, üçüncü kişiye yapılmış bir *icap* söz konusudur ve üçüncü kişi *kabul*

beyanında bulunduğu takdirde geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş olacağından, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinden söz edilemeyecektir.

Yargısal ve doktriner içtihatlar incelendiğinde, dürüstlük kuralı çerçevesinde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin, dürüstlük kuralının birer tezahürü olan *çelişkili davranış yasağı (estoppel)* ve *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması* prensiplerinin uygulanmasıyla vuku bulduğu görülmektedir. Bize göre tek başına *çelişkili davranış yasağı*nın tatbiki vasıtasıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili mümkün değildir. Zira çelişkili davranış yasağının tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline neden olduğu öne sürülen vakılarda, aslında, tahkim anlaşmasına yönelik zımnî irade beyanı bulunduğu kanısındayız. Yani teşmil, tahkime gitmeyi reddeden tarafın daha önceki davranışlarıyla *tahkim anlaşmasına rıza gösterdiğinin ortaya konulması* hâlinde söz konusu olabilir. Bunun ortaya konulabilmesi için ise, bahse konu önceki davranışın *tahkim şartına yönelik olması* şarttır. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişinin, tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmeye istinat etmesi veya bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve menfaatleri elde etmesi yahut yükümlülüklerin altına girmesi, tahkim anlaşmasının teşmili için yeterli değildir. Zira tahkimin istisnâî bir karaktere sahip olmasından ötürü, tahkime gitmeye yönelik iradenin ya açıkça ya da tereddüde mahâl bırakmayacak surette zımnen beyanı gerekmektedir. Bu itibarla, yukarıda yer verilen içtihatlarda, çelişkili davranış yasağı yasağına istinaden tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde kullanılan gerekçeler arasında yalnızca, mahkemede açılan davada tarafı olunmayan tahkim anlaşmasına istinaden tahkim itirazında bulunulmasının; davacının dava dilekçesinde varlığını iddia ettiği tahkim anlaşmasına, davalı tarafından cevap dilekçesinde itirazda bulunulmamasının; tahkim yargılamasında görev belgesinin imzalanması aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği yönünde bir itirazda bulunulmadan bu belgenin imzalanmış olmasının veya davacının hakemini seçip davalıya bildirmesi üzerine onun da tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir itirazda bulunmaksızın hakemini seçip davacıya bildirmesinin; bir yandan *çelişkili davranış yasağına* aykırılık teşkil ettiği, diğer yandan ise bu davranışın tahkim anlaşmasının ifasına yönelik hareketler olmaları itibariyle tahkim anlaşmasına zımnen rıza gösterildiği sonucunu doğuracağı ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye

teşmiline yol açacağı kanısındayız. Elbette ki bu tür vakılarda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili aynı zamanda dürüstlük kuralının da gereğidir. Buna karşılık dürüstlük kuralı, geçersiz bir anlaşmayı geçerli hâle getirmez; sadece anlaşmanın geçersiz olduğu iddiasının ileri sürülmesini engeller. Hâlbuki bahse konu vakılarda tahkim anlaşmasına yönelik zımnî irade beyanı vasıtasıyla geçerli bir tahkim anlaşması kurulacağını savunuyoruz. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması; hile ve hakların suistimali gibi konularla sınırlı kabul edilir. Zira meselenin kalbi *bona fides* prensibidir; iyiniyetle davranma yükümlülüğüne aykırı bir durum hukukî korumayı hak etmez. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulayabilmek için, perdenin önündeki ve arkasındaki gerçek veya tüzel kişiler arasındaki menfaat ve mülkiyet birliğinin, ortada farklı hukukî kişiliklere sahip ayrı kişiler bulunduğu vakıasını unutturacak derecede olması ve ayrı tüzel kişiliği göz ardı etmemenin adaletsiz sonuçlara yol açacağı saptanması gerekmektedir. Ne var ki tahkim esas itibarıyla rızaya dayanır ve tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili, zımnî de olsa, iradî bir temele dayanmak zorundadır. Bu itibarla, perdenin arkasında kalan şirketin, tahkim anlaşmasına yönelik açık yahut zımnî bir iradesinin bulunduğunu ortaya koyan tutum veya davranışlar bulunmadıkça, hile yahut hakların suistimali söz konusu olsa dahi, tahkim şartının perdenin arkasında kalan kişiye teşmili mümkün değildir. Teşmil, üçüncü kişinin davranışını cezalandırma yöntemi olarak vuku bulmamalı ve böyle bir davranış mahkemelere bırakılmalıdır.

Bir devlet birimi yahut teşebbüsü tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının devlete teşmilinin mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevap, ilgili birim yahut teşebbüsün tüzel kişiliğe sahip bulunup bulunmaması kriterine dayanmalıdır. Zira tüzel kişiliğin söz konusu olmaması durumunda birim veya teşebbüs zaten devletin içinde yer almaktadır ve akdettiği tahkim anlaşması doğrudan devleti bağlayacaktır. Buna karşılık tahkim anlaşmasını akdeden birim veya teşebbüsün, tâbi olduğu hukuka göre ayrı tüzel kişiliğe sahip olması hâlinde buna riayet edilmesi gerekmektedir.

Farklı taraflar arasında akdedilen sözleşmeler veya bunlardan doğan yükümlülükler arasında bağlantı bulunmasının veya birden çok sözleşmenin aslında

tek bir sözleşmenin parçalarını teşkil etmesinin yahut birbirini tamamlayıcı nitelik taşımasının; bir sözleşmede yer alan tahkim şartının diğer bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsamı için yeterli bir gerekçe teşkil ettiği yönünde çeşitli görüş ve içtihatlar mevcuttur. Tahkim, iradî/ihtiyarî nitelikte bir yapıya sahip bulunduğu ve hakemler, yargılama yetkilerini, münhasıran tarafların iradelerinden aldıkları için, taraflar arasında bu yönde bir anlaşma bulunmaması durumunda, birbirine uymayan tahkim yahut yetki şartları ihtiva eden farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir tahkim şartı kapsamında tek bir tahkim yargılamasında birleştirilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce sözleşmeler arasında bağlantı bulunması, bir sözleşmede yer alan tahkim şartının diğer bir sözleşmeye teşmili için yeterli bir gerekçe teşkil etmez. Birden fazla sözleşmenin tek bir akdî tertibin parçası veya başka bir ifadeyle birden fazla belgede düzenlenmiş bir sözleşme yahut bir sözleşme zincirinin halkası olması da bu sonucu değiştirmez. Tahkimin akdî/iradî/ihtiyarî niteliğinden ve taşıdığı istisnaî karakterden ötürü tahkim anlaşması, ancak kendisiyle bağlanma iradesini tereddüde mahâl bırakmayacak şekilde ortaya koyan kişileri bağlayabilir. Vardığımız bu sonucun, uluslararası ticarî tahkimin varlık sebebiyle bağdaşmadığı; bir sözleşme zincirinin halkalarını teşkil eden farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir kısmının tahkimde diğer kısmının ise mahkemelerde çözülmesinin, birbiriyle çatışan kararların ortaya çıkmasına neden olacağı ve uluslararası ticaretin çıkarlarını gözetemeyeceği akla gelebilir. Ne var ki buradaki çözüm yolu, tahkimin akdî/iradî/ihtiyarî niteliğine ve taşıdığı istisnaî karaktere aykırı, tahkim müessesesini yozlaştırıcı, zorlama fikirleri sürmek yerine; bu tür sözleşmelere ve bu tür ticarî faaliyetlere girişen uluslararası ticaret camiası aktörlerinin, bunlara uygun mahiyette olan ve çalışmamızda yer verdiğimiz sorunlara mahâl vermeyecek nitelikte uyuşmazlık çözüm yolu klozları tanzim etmesidir.

Tahkim müessesesinin akdî/ihtiyarî doğasından ötürü, tahkim usûlünde hiç kimse iradesine aykırı olarak bir tahkim yargılamasına katılmaya zorlanamayacağı gibi, yine hiç kimse, tarafı olduğu bir tahkim yargılamasına birlikte dâhil olmayı akdî olarak öngörmediği kişilerle bir tahkim yargılaması yürütmeye zorlanamaz. Bu nedenle üçüncü kişilerin tahkim yargısına müdahale etme veya taraf olarak dâhil

edilme imkânı prensip olarak tahkim yargılamasının diğer taraflarının rızasına bağlıdır. İhtiyarî tahkimde hakemlerin yargılama yetkisinin tek kaynağı tahkim anlaşması olduğu için, fer'î müdâhil yahut tahkim davasının ihbarda bulunduğu üçüncü kişi tarafından yahut bunlar aleyhine hak veya mükellefiyet doğuran bir yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi, gerek hakemlerin yetkilerini aşmasından gerekse üçüncü kişinin taraf olduğu bir tahkim anlaşmasının bulunmamasından ötürü mümkün olmayacaktır. Bu açıdan, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılmasına ilişkin kararın yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş olmasının da tenfiz hâkimini bağlamayacağı da vurgulanmalıdır.

Müşterek hukukî ve maddî meselelerin varlığı durumunda; ekonomik oluşu, neticenin tutarlılığı ve uyuşmazlık çözme mekanizmasının daha etkin bir hâle getirilmesi ve hakkaniyetli sonuçlar doğurması gibi gerekçelerle başvuru, tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yoluna, kanaatimizce, ihtiyarî tahkimin tek kaynağının tarafların iradesi ve bu iradenin açığa vurulma vasıtasının tahkim anlaşması olmasından ötürü, tarafların bu yönde iradesi bulunmadığı takdirde müracaat etmekten kaçınılması gerekmektedir. Zira aksi yöndeki tutum, sözleşme serbestisi prensibine müdahale edilmesi ve bu prensibin hâkim olduğu tahkim müessesesinin yozlaştırılması anlamına gelir. İngiliz, İtalyan, Alman ve Fransız hukuklarında ve ICC Tahkim Divânı tatbikatında da, tüm tarafları bağlayan müşterek bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı hallerde tahkim yargılamalarının birleştirilmesinin de mümkün olmadığı fikri hâkimdir. Ortak maddî yahut hukukî meselelerin ortaya çıkması veya ileri sürülen talebe konu hakların aynı muameleden yahut aynı muamele serisinden kaynaklanması bu sonucu değiştirmek için yeterli değildir. Aynı şekilde, çatışan kararların ortaya çıkmasının önlenmesi, ayrı yargılamaların yürütülmesini nedeniyle daha fazla zaman ve para kaybının ortaya çıkmasını engellemek suretiyle usûl ekonomisini yerine getirmesi veya daha hakkaniyetli olması gibi gerekçeler, tahkim anlaşmasına dayanmayan bir tahkim yargılamasının hukukî mesnedi olmak için yeterli güce sahip değildir. Benzer şekilde, tahkim şartının lafzının “*bu sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlıklar*” şeklinde dizayn edilmiş olması, bu şarta rıza göstermeyen kişilerin de bu şarta istinat eden bir tahkim yargılamasında yargılanabilecekleri anlamına geldiğini kabul etmek

mümkün değildir. Zira tahkim anlaşması ancak iradesini bu yönde beyan eden kişileri bağlar.

(A) ile (B) arasında cereyan eden tahkim yargılamasında verilen hakem kararının, (B) ile (C) arasında daha sonra cereyan eden tahkim yargılamasında bağlayıcı etkiye sahip olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Bir başka ifadeyle, hakem kararının sadece tahkim anlaşmasına ve tahkim yargılamasına taraf olanlar bakımından etki doğurması prensibi geçerliliğini korumaktadır. Hakem kararı, bu kararın hükümlerine tâbi olmaya açıkça rıza gösteren kişiler saklı kalmak üzere, üçüncü kişiler lehine veya aleyhine hak veya yükümlülük tesis edemez. Hakem kararları, sadece tahkim anlaşmasının tarafları bakımından kesin ve bağlayıcıdır. Zira aralarındaki uyuşmazlığı tahkime sevk etmekle, hakem kararıyla bağlanmayı da taahhüt etmiş olan kişiler sadece *taraflardır*.

Grup davalar bakımından, gruba dâhil olan fakat tahkim yargılamasında yer almayan kişilerin hakem kararıyla bağlı olup olmayacağı konusunda, tahkimin özü itibariyle iradî/ihtiyarî olması karşısında, grup davaların tahkim yargılamasında görülmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira grubun davada mevcut olmayan üyelerinin tamamı karşı tarafla yahut grubun karşısındaki taraf grubun tamamıyla tahkime gitme iradesine sahip bulunmuyor olabilir. Grup davasının tahkim yargılamasında görülmesini öngörmeyen bir tahkim şartının mevcudiyeti hâlinde; grup davasının, belirli bir grubun temsilcisi olarak dava açan kişi veya kişilerce başlatılması, grubun namevcut üyelerine bireysel olarak bildirimde bulunulamaması hâlinde gazete, dergi, radyo ve televizyon vasıtasıyla duyuru yapılması ve yapılan duyuruda grubun muhtemel üyelerine, grubun üyesi olmak istemeleri hâlinde herhangi bir davranışta bulunmalarına gerek olmadığı ve çekilme formu doldurmadıkları takdirde grup davası sonunda verilen kararla bağlı olacaklarının bildirilmesi; medya yoluyla yapılan duyurudan haberi olmadığı için tahkimde yer almama iradesini beyan etme imkânı bulamayan kişileri de hakem kararıyla bağlı kılması itibariyle tahkimin iradî/ihtiyarî niteliğiyle ve istisnaî karakteriyle bağdaşmamaktadır. Buna karşılık taraflar arasındaki sözleşmede yer alan tahkim şartında, grup davasının tahkim yargılamasında görüleceğine yer verilmiş olması

ihtimalinde, tarafların iradesinin açıkça bu yönde cereyan etmiş bulunması karşısında, grup davasının tahkim yoluyla görülmesinde bir sakınca bulunmadığı ve verilen hakem kararının, grubun, tahkim şartına taraf olan namevcut üyelerini de bağlayacağı kanısındayız. Ayrıca geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinin, tahkim anlaşmasına tâbi kılınmış bir uyuşmazlığın resmî yargıda grup davası şeklinde görülmesine engel teşkil etmesi gerekir. Zira bir tahkim anlaşmasının en temel unsuru, kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından resmî yargı yolunu kapatmış olmasıdır.

Özetle; uyuşmazlıkların asıl çözüm yeri mahkemelerdir ve bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü için bir tahkim anlaşmasının varlığı şarttır. Resmî yargıya nazaran istisnâ bir konum arz eden ihtiyarî tahkimin tek dayanağı, tarafların tahkime gitme yönündeki iradeleri ve bu iradelerin karşılıklı olarak meydana getirdiği tahkim anlaşmasıdır. Böyle bir iradenin ve bu yönde bir anlaşmanın bulunmaması durumunda yürütülen tahkim yargılamasının ve verilen hakem kararının mesnedi kalmaz. Tahkime gitme yönündeki iradenin *açıkça* veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulması gerekmektedir. Yani aslolan, tarafların tahkime gitme iradesinin açık veya tereddüde mahâl bırakmayacak surette *zımnen* ortaya konulup konulmadığının belirlenmesidir. Buna göre tahkim anlaşmasının kabulüne yönelik açık bir irade beyanının yahut tahkim anlaşmasına yönelik tutum ve davranışlarla ortaya konulan ve tarafların tahkime gitmeye rıza gösterdiğini tereddüde mahâl bırakmayacak surette ortaya koyan *zımnî* bir irade beyanının bulunmaması durumunda tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye geçerli olarak intikal etmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle üçüncü kişiye teşmil edilen bir tahkim anlaşmasına istinaden yürütülen tahkim yargılamasının ve verilen hakem kararının hukukî mesnedi mevcut olmadığı için, bahse konu hakem kararı ya iptale konu olmalı yahut da tenfizi talep edilmişse bu talep reddolunmalıdır. Bazı ülkelerde rastlanan, tahkim anlaşmasının yasal istisnalarının da ancak o ülke hukuku bakımından hüküm ifade edeceği ve geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını inceleyen tenfiz hâkimini bağlamayacağını altı çizilmelidir.

Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesi talebinin altında genellikle daha likidite bir davalı bulma amacının yattığı ve tahkim anlaşmasına tâbi olmamanın sorumlu bulunmama anlamına gelmeyeceği nazara alındığında, üçüncü kişinin, sorumluluğunu gerektirecek bir tutum veya davranış sergilemesinden yahut böyle bir konumda bulunmasından dolayı sorumlu olup olmayacağı tahkim yargılaması marifetiyle tayin edilmek zorunda olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Bu tür durumlarda ilgili üçüncü kişinin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı mahkemelerce tayin edilmelidir. Aksi yöndeki yaklaşım, tahkim müessesesinin yozlaşmasına neden olacaktır.

Tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilere teşmilinden doğan sorunların asgarîye indirilmesi için önerilen yöntemlerin başında, ikiden çok taraf ihtiva eden karmaşık sözleşmesel ilişkilere taraf olanların, aralarındaki bu ilişkiden doğabilecek uyuşmazlıkları tahkime havale etmek istedikleri takdirde tahkim yargılamalarının birleştirilebileceğini yahut üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilebileceğini öngören tahkim anlaşmaları kaleme almaları gelmektedir. Bunun yanında, bu tür uyuşmazlıklarla karşılaşılma olasılığının bulunduğu sektörlerle yönelik sektörel ve meslekî tahkim merkezlerinin tahkim yargılamalarının birleştirilebileceğini yahut üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına dâhil edilebileceğini öngören kurallar öngörmeleri tavsiye edilmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI Ziya: **Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, Ankara, 1994. [Tenfiz]
- AKINCI Ziya: **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:73, İzmir, 1996. [İnşaat Sözleşmeleri]
- AKINCI Ziya: “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk / Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.II, İstanbul, 2003, s.981. [Ünal TEKİNALP’E Armağan]
- AKINCI Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Ankara, 2007. [Milletlerarası Tahkim]
- AKYOL Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, 1995.
- AKYOL Şener: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, İstanbul, 1995.
- ALANGOYA Yavuz: **Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, 1973.
- AYDINCIK Şirin, “Alacağın Temlikinde Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Alacağı Temellük Eden Bakımından Geçerliliği Sorunu”, **Hukukî Perspektifler Dergisi**, S:8, Eylül 2006, s.164 vd.
- ALLEN Charles,
CHAN Melody,
CHIN Malcolm: “Hong Kong”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.91.

- ALVAREZ Guillermo Aguilar: “Article II(2) of the New York Convention and the Courts”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.67 vd.
- AMBROSE Clare: “Where Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause?” **Journal of Business Law**, 2001, s.415 vd.
- ANDREWS Georgina: “The Veil of Incorporation – Fiction or Façade?” **Business Law Review**, January 2004, s.4 vd.
- ANGLANI Angelo: “Italia”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.115 vd.
- ANTIONE Olivier: “Judicial Review of of Arbitral Awards”, **Dispute Resolution Journal**, Vol:54, August 1999, s.23 vd.
- ANTUNES José Engrácia: “The Liability of Polycorporate Enterprises”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol:13, 1999, s.197 vd.
- BAGOT Michael H.,
HENDERSON Dana A.: “Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration”, **The Maritime Lawyer**, Vol:26, Summer 2002, s.413 vd.
- BAKER Ian: “New Zealand”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.151.
- BAKST David S.: “Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: The Case for the Proposal Civil Liability Directive”, **Boston College International and**

- Comparative Law Review**, Vol:19, No:2, 1996, s.323 vd.
- BARNETT Peter R.: **Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments – The Preclusive Effects of Foreign Judgments in Private International Law**, Oxford University Press, 2001.
- BELOHLAVEK Alexander: “Czech Republic”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.61.
- BENNETT Steven C.: “The Developing American Approach to Arbitrability”, **Dispute Resolution Journal**, February / April 2003, s.8 vd.
- BERGER Klaus Peter: **Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit**, Walter de Gruyter 1992. **[Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit]**
- BERGER Klaus Peter: “The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act”, **Arbitration International**, Vol:17, No:4, 2001, s.389 vd. **[Arbitration Agreement]**
- BERMUDES Sergio,
CAVALCANTI F. Robalinho: “Brazil: An Arbitration–friendly Jurisdiction”, **Arbitration Review of the Americas 2007**, s.27.
- BERNARDINI Piero: “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.197 vd.

- BERNINI Giorgio: “Organisation of the Arbitral Proceedings – Overview of the Issues”, **ICC Institute of International Business Law and Practice, Multi-party Arbitration: Views from International Arbitration Specialists**, 1991, ICC Publication No:480/1, s.163. [**Multi-Party Arbitration**]
- BERNINI Giorgio: “Arbitration in Multi-Party Business Disputes”, **YBCA**, Vol:5, 1980, s.291 vd.
- BERNINI Giorgio: “National Reports: Italy”, **YBCA**, Vol:6, 1981, s.24 vd. [**National Report**]
- BHASIN Lalit: “India”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.100.
- BISHOP R. Doak,
DIMITROFF Sashe D.,
MILES Craig S.: “Strategic Options Available When Catastrophe Strikes the Major International Energy Project”, **Texas International Law Journal**, Summer 2001, Vol:36, s.635 vd.
- BLESSING Marc: “The Arbitration Agreement - Its Multifold Critical Aspects,”, **ASA Special Series No.8**, 1994, s.7–22. [**The Arbitration Agreement**]
- BLESSING Marc: “Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories”, **ASA Special Series No.8**, 1994, s.151 vd.
- BLESSING Marc: **International Arbitration in Switzerland – An Introduction to and a Commentary on Articles 176 – 194 of the Swiss Private International Law Statute**, Ed: Stephen V. Berti, Kluwer Law International, 2000, s.171 vd. [**International Arbitration in Switzerland**]

- BLESSING Marc: **Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives**, Swiss Commercial Law Series No:10, 1999. [**Introduction to Arbitration**]
- BLESSING Marc: “The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.168 vd. [**Arbitration Clause**]
- BOISSESON Matthieu De,
CLAY Thomas: “Recent Developments in Arbitration in Civil Law Countries”, **International Arbitration Law Review**, Vol:1, No:4, 1998, s.150 vd.
- BOUCHEZ Leo J.: “The Prospects of International Arbitration: Disputes Between States and Enterprises”, **Journal of International Arbitration**, Vol:8, No:1, June 1991, s.81 vd.
- BOYD Steward C.,
BURROWS Andrew S.,
FOXTON David: **Scrutton on Charterparties and Bills of Lading**, 20th Edition, Sweet & Maxwell, London, 1996.
- BOZER Ali: **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Ankara, 2002.
- BÖCKSTIEGEL Karl Heinz: “Abschluß von Schiedsverträgen durch konkludentes Handeln oder Stillschweigen”, **Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag**, Cologne, 1981, s.1 vd.
- BÖCKSTIEGEL Karl Heinz: **Arbitration and State Enterprises**, Kluwer, Deventer 1984. [**State Enterprises**]
- BRANSON Cecil O. D.: “The Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada”,

- Arbitration International**, Vol:16, No:1, 2000, s.19 vd.
- BRAVAR Alexander: “Deniz Hukuku İhtilâfları Hakkında Tahkime İlişkin Bazı Meseleler”, Çeviren: Şebnem Akipek, Mertol Can, **BATİDER**, S:19, No:2, 1997, s.111 vd.
- BROWN John,
GERTNER Eric,
BAZOV Gleb: “Canada”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.39–40.
- BURCKHARDT Thomas: “Wirkungen von Schiedsklauseln in Konnossementen und Charterverträgen nach schweizerischem Recht”, **Festschrift für Walter Müller**, 1993, s.219 vd.
- BUSSE Daniel: “Die Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen”, **SchiedsVZ**, 2005, Heft:3, s.118 vd.
- CAHIER Philippe: “The Strengths and Weaknesses of International Arbitration Involving a State as a Party”, **Contemporary Problems in International Arbitration**, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, 1986, s. 241 vd.
- CALVILLO Enrique Gonzáles,
VARGAS Gonzalo,
RUANO Sofia Gómez: “Mexico”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.138.
- CHAMLONGRASDR Dhisadee: “Tension in Domestic and International Law on Capacity to Enter into Arbitration Agreements: A Survey on Legal Restrictions”, **European Business Law Review**, Vol:16, Issue:2, 2005, s.275 vd.

- CHANG Wang Sheng: “Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the People’s Republic of China”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.461 vd.
- CHIU Julie C.: “Consolidation of Arbitral Proceedings and International Commercial Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, Vol:7, No:2, June 1990, s.53 vd.
- CHOW Peter: “Enforcement of International Arbitration Agreements – A Case Study”, **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:4, 2004, s.97 vd.
- CHUKWUMERIJE Okezie: **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, 1994.
- COOKE Julian,
KIMBALL John D.,
YOUNG Timothy,
MARTOWSKI David,
TAYLOR Andrew,
LAMBERT Leroy:
Voyage Charters, 2nd Edition, 2001.
- CRAIG W. Lawrence,
PARK William,
PAULSSON Jan:
International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd Edition, 2000.
- ÇELİKEL Aysel,
ERDEM B. Bahadır:
Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, İstanbul, 2007.
- DAVE Dushyant: “Non-Party Participation – The Extent to Which Non-Contracting Parties Can be Encouraged or Compelled to Join the Proceedings”, **International Arbitration Law Review**, Vol:6, No:3, 2003, s.78 vd.

- DAVENPORT Andrew A.: “Consolidation of Separate Arbitration Proceedings: The Effect of the United States Arbitration Act on the District Court’s Power under Federal Rules of Civil Procedure 42(a) and 81(a)(3)”, **Mercer Law Review**, Vol:42, 1991, s.1675 vd.
- DAYINLARLI Kemal: **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki**, 2.Bası, Ankara, 2000.
- DEARMAN Jeff: “Resolving Arbitration’s Nonsignatory Issue: A Critical Analysis of the Application of Equitable Estoppel in Alabama Courts”, **Cumb. Law Review**, Vol:29, s.645 vd. (1999).
- DI PIETRO Domenico: “Incorporation of Arbitration Clauses By Reference”, **Journal of International Arbitration**, Vol:21, No:5, 2004, s.439 vd.
- DIAMOND Anthony: “The Third Man: The 1999 Act Sets Back Seperability”, **Arbitration International**, Vol:7, No:2, 2001, s.211 vd.
- DILEO Anthony M.: “The Enforceability of Arbitration Agreements By and Against Nonsignatories”, **Journal of American Arbitration**, 2003(2), s.31 vd.
- DIMOLITSA Antonias: “Separability and Kompetenz–Kompetenz”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.217 vd.
- DOMKE Martin: **Domke on Commercial Arbitration**, Database Updated August 2004, §13.1.
- DOSSOU Robert M.: “The Effect of the Arbitration Clause: The African Perspective”, **ICCA Congress Series**

- No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.268 vd.
- DUBISSON Michel: “Arbitration in Subcontracts for International Projects”, **Journal of International Arbitration**, Vol:1, No:3, 1984, s.197 vd.
- DUGUÉ Christophe: “Dispute Resolution in International Project Finance Transactions”, **Fordham International Law Journal**, Vol.24, 2001, s.1064 vd.
- EBKE Werner F.: “Die Konzernierung im US–amerikanischen Recht”, **Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich**, Baden-Baden 1991, s.279 vd.
- ECKHOFF E. F.: “National Reports: Norway”, **YBCA**, Vol:5, 1980, s.97 vd.
- EISEN Charles Lee: “Compelling Non–Signatories To Arbitrate”, **Dispute Resolution Journal**, May/July 2001, s.40 vd.
- EKŞİ Nuray: “Kanunlar İhtilâfi Alanında ‘Incorporation’”, **MHB, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL’E Armağan**, 1999–2000, S.1–2, s.290. **[Incorporation]**
- EKŞİ Nuray: **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında ‘Incorporation’ Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul, 2004. **[Tahkim Anlaşmaları]**
- ELVERIS Idil: “Binding Third Parties with Arbitration Clauses in the Charter Parties: A Comparison of Turkish and American Cases”, **The Maritime Lawyer**, Vol:22, Summer 1998, s.625 vd.

- EPPING Manja: **Die Schiedsvereinbarung im internationaler Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrecht**, Münchner Universitäts-schriften 145, München 1999.
- ERTEKİN Erol,
KARATAŞ İzzet: **Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Ankara, 1997.
- ESİN İsmail,
LOKMANHEKİM S. Tunç: **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, 2003.
- ESTREICHER Samuel,
PUMA Michael J.: “Arbitration and Class Actions After Bazzle”, **Dispute Resolution Journal**, August / October 2003, s.12 vd.
- FOUCHARD Philippe,
GAILLARD Emmanuel,
GOLDMAN Berthold: **International Commercial Arbitration**, Ed: Emmanuel Gaillard & John Savage, The Hague: / Kluwer Law International, 1999.
- FOUSTOUCOS Anghélos C.: “National Reports: Greece”, **YBCA**, Vol:5, 1980, s.57 vd.
- GEIMER Reinhold: “Schiedsgerichtbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht)”, **Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz**, Ed: Peter Schlosser, Giesecking Verlag, Bielefeld 1994.
- GÉLINAS Paul A.: “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.47 vd.
- GIARDINA Andrea: “Court Decisions in Italy Interpreting and Implementing the New York Convention”, **Journal of International Arbitration**, Vol:7, No:2, June 1990, s.77 vd.

- GIRSBERGER Daniel,
HAUSMANINGER Christian: “Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate”, **Arbitration International**, Vol:8, No:2, 1992, s.121 vd.
- GODWIN William: “Application to Secure Award Under s.70(7) of the Arbitration Act”, **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:3, 2004, N.38.
- GOTANDA John Yukio: An Efficient Method for Determining Jurisdiction in International Arbitrations, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol:40, 2001–2002, s.11 vd.
- GREENBERG Simon,
SECOMB Matthew: “Terms of Reference and Negative Jurisdictional Decisions: A Lesson from Australia”, **Arbitration International**, Vol:18, No:2, 2002, s.125 vd.
- GREIG Robert T.,
KAPLAN Neil: “National Reports: Hong Kong”, **YBCA**, Vol:11, 1986, s.5 vd.
- GUSY Martin Frederik: “The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention – Remarks on the Order of OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99)”, **Journal of International Arbitration**, Vol:19, No:4, 2002, s.363 vd.
- HABEGGER Philipp: “Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form”, **ASA Bulletin**, Vol:22, No:2, 2004, s.398 vd.
- HABERSACK Mathias: “Die Personengesellschaft und ihre Mitglieder in der Schiedsgerichtspraxis”, **SchiedsVZ**, 2003, Heft:6, s.241 vd.
- HADDEN Tom: “Die Regelung der Konzerne in Grossbritannien: Sonderbehandlung im Rahmen

des allgemeinen Gesellschaftsrechts”, **Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich**, Baden-Baden 1991, s.329 vd.

HANOTIAU Bernard: “A New Development in Complex Multiparty – Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration”, **Arbitration International**, Vol:20, No:1, 2001, s.39 vd. [**Classwide Arbitration**]

HANOTIAU Bernard: “Arbitration and Bank Guarantees – An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes”, **Journal of International Arbitration**, Vol:16, No:2, 1999, s.15 vd. [**Arbitration and Bank Guarantees**]

HANOTIAU Bernard: “Complex – Multicontract – Multiparty Arbitrations”, **Arbitration International**, 1998, Vol:14, No:4, s.369 vd. [**Complex Arbitrations**]

HANOTIAU Bernard: “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues”, **Journal of International Arbitration**, Vol:18, No:3, 2001, s.251 vd. [**Multiple Contracts–Parties–Issues**]

HARTUNG Monika,
PETRUCZENKO Katarzyna: “Poland”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.172.

HASCHER Dominique: “Consolidation of Arbitrations by American Courts: Fostering or Hampering International Commercial Arbitration?” **Journal of Interna-**

- tional Arbitration**, Vol:1, No:2, 1984, s.127 vd.
- HERBST Christian,
WALBERT Michael: “Austria”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.24.
- HERMANN Gerold: “The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts”, **ICCA Congress Series No:6**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1993, s.41 vd.
- HOBÉR Kaj: “Arbitration Reform in Sweden”, **Arbitration International**, Vol:17, No:4, 2001, s.351 vd.
- HOELLERING Michael F.: “Consolidated Arbitration: Will It Result in Increased Efficiency or an Affront to Party Autonomy?” **Dispute Resolution Journal**, Vol:52, January 1997, s.41 vd. [**Consolidated Arbitration**]
- HOELLERING Michael F.: “International Arbitration Agreements: A Look Behind the Scenes”, **Dispute Resolution Journal**, Vol:53, November 1998, s.64 vd. [**Arbitration Agreements**]
- HOLSTEIN-CHILDRESS Victoria: “The Enforceability of Arbitral Clauses Contained in Marine Insurance Contracts Against Nonsignatory Direct Action Claimants”, **Tulane Maritime Law Journal**, Winter 2002, s.205 vd.
- HOSKING James M.: “Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent”, **Arbitration International**, Vol:20, No:3, s.289 vd. [**Non-Signatories**]

- HOSKING James M.: “The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel in International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent”, **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, Vol:4, 2004, s.469 vd. [**Third Party**]
- HUBER Peter,
BACH Ivo: “Kompetenz–Kompetenz des Schiedsgerichts”, **SchiedsVZ**, 2005/2, s.95 vd.
- HUBER Stephen: “The Arbitration Jurisprudence of the Fifth Circuit”, **Texas Tech Law Review**, Vol:35, Spring 2004, s.497 vd.
- HWANG Michael,
CHAN Andrew: “Enforcement and Setting Aside of International Arbitral Awards – The Perspective of Common Law Countries”, **ICCA Congress Series No:10**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 2001, s.145 vd.
- JALILI Mahir: “Kompetenz–Kompetenz: Recent US and UK Developments”, **Journal of International Arbitration**, Vol:13, No:4, 1996, s.169 vd.
- JARVIN Sigvard: “Aus der Praxis des ICC-Schiedsgerichtshofes”, **Recht und Praxis der Schiedsgerichtbarkeit der internationalen Handelskammer**, Schriftenreihe des Deutschen Institut für Schiedsgerichts-wesen, Band 6, Ed: K. H. Böckstiegel, 1986. [**Praxis des ICC**]
- JARVIN Sigvard: “The Group of Companies Doctrine”, **The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects**, **ASA Special Series 8**, Ed: Marc Blessing, Zürich 1994, s.181 vd. [**Group of Companies**]

- KALPSÜZ Turgut: “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, BATİDER, Ankara, 1996, s.337 vd. [**Tahkimin Genel Esasları**]
- KALPSÜZ Turgut: “Tahkim Anlaşması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP’E Armağan**, C.II, İstanbul 2003, s.1027 vd. [**Tahkim Anlaşması**]
- KARAMANIAN Susan L.: “The Road to the Tribunal and Beyond: International Commercial Arbitration and United States Courts”, **George Washington International Law Review**, Vol:34, 2002, s.17 vd.
- KARRER Pierre A.: “Multi-party and complex Arbitration under the Zurich Rules”, **Aspekte des Wirtschaftsrecht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994**, Zürich 1994, s.261 vd.
- KESER BERBER Leyla: **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, İstanbul 1999.
- KHADJAVI-GONTARD, HAUSMANN: “Haftungsdurchgriff auf ausländische Staaten”, **RIW**, Vol:29, 1983, s.1 vd.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: **Borçlar Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, 1985.
- KOMAROV Alexander S.: “Enforcement Experience in the Russian Federation”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.583 vd.
- KRAVITZ Mark R., KLAU Daniel J.: “Developments in the Second Circuit: 2000–2001”, **Connecticut Law Review**, Vol:34,

- Spring 2002, s.833 vd.
- KUROCHKIN Dmitry,
BARTH Marcel: “Russia”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.179.
- KURU Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.VI, İstanbul, 2001.
- KURU Baki,
ARSLAN Ramazan,
YILMAZ Ejder: **İcra ve İflâs Hukuku**, Ankara, 2005.
- KUSAKABE Shinji,
OKOCHI Ryo,
KOKE Lena: “Japan”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.124.
- LALIVE Pierre: “Arbitration with Foreign States or State–Controlled Entities: Some Practical Questions”, **Contemporary Problems in International Arbitration**, Ed: J.D.M. Lew, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, 1986, s.289 vd.
- LALIVE Pierre: “The First World Bank Arbitration, Some Legal Problems”, **British Yearbook of International Law**, 1980, s.123 vd.
- LAMM Carolyn B.,
AQUA Jocelyn A.: “Defining the Party – Who is a Proper Party in an International Arbitration before the American International Arbitration Association and Other International Institutions”, **George Washington International Law Review**, Vol:34, No:3, 2002–2003, s.711 vd.

- LAMM Carolyn B.,
HELLBECK Eckhard R.,
KOVINA Anna L.:
“United States: No Joinder of Non-Signatory Government to Arbitration Agreement with Wholly Owned Oil Company”, **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:5, 2004, N.55 vd.
- LAMM Carolyn B.,
HELLBECK Eckhard R.:
“The Enforcement of Foreign Arbitral Awards under The New York Convention: Recent Developments”, **International Arbitration Law Review**, Vol:5, No:5, 2002, s.137 vd. [New York Convention]
- LAMM Carolyn B.,
HELLBECK Eckhard R.:
“United States: Arbitration Clause Extends to Non – Signatories by Estoppel”, **International Arbitration Law Review**, Vol:3, No:3, 2000, N.31 vd. [Estoppel]
- LANDAU Toby:
“The Written Form Requirement for Arbitration Agreements: When ‘Written’ Means ‘Oral’”, **ICCA Congress Series No:11**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 2003, s.19 vd.
- LASCHET Franz:
“Die Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit”, **Festschrift für Arthur Bülow zum 80. Geburtstag**, Ed: K.H. Böckstiegel / O. Glossner, Cologne, 1981, s.85 vd.
- LAYTON Robert,
“Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America”, **Journal of International Arbitration**, Vol:10, No:2, June 1993, s.123 vd.
- LEADLEY John,
WILLIAMS Liz:
“Peterson Farms: There is no Group of Companies Doctrine in English Law”, **Inter-**

- national Arbitration Law Review**, Vol:7, No:4, 2004, s.111 vd.
- LEBOULANGER Philippe: “Multi-Contract Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, Vol:13, No:4, 1996, s.43 vd.
- LEON Barry,
TERRY John,
TALBOT Lisa: “Report from Canada”, **Arbitration Review of the Americas 2007**, s.29.
- LEVY Laurent,
STUCKI Blaise: “Switzerland: The Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non – Signatories”, **International Arbitration Law Review**, Vol:8, No:1, 2005, N.5 vd.
- LEW Julian D.M.: “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.114 vd.
- LINDACHER Walter H.: “Schiedsklauseln und allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr”, **Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag**, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1989, s.167 vd.
- LÖRCHER Gino,
LÖRCHER Heike,
LÖRCHER Torsten: **Das Schiedsverfahren –national / international–** nach deutschem Recht, 2. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2001.
- MARÍN Germán: “Colombia”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.47.
- MARSH P. V. D.: **Comparative Contract Law England, France, Germany**, 1994.

- MAYER Pierre: “The Limits of Severability of the Arbitration Clause”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.261 vd.
- MBAYE Kéba: “Arbitration Agreements: Conditions Governing Their Efficacy”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.94 vd.
- MCCORMACK Howrad M.: “Recent U.S. Legal Decisions on Arbitration Law”, **Journal of International Arbitration**, Vol:11, No:4, December 1994, s.73 vd.
- MCDONELL Neil E.: “Obtaining Arbitral Awards under the Inter-American Convention”, **Dispute Resolution Journal**, Vol:50, January 1995, s.19 vd.
- MCKINNIS Scott M.: “Enforcing Arbitration with a Nonsignatory: Equitable Estoppel and Defensive Piercing of the Corporate Veil”, **Journal of Dispute Resolution**, 1995, s.197 vd.
- MELIS Werner: “Praktische und prozedurale Probleme mit Mehrparteischiedsgerichten bei komplexen Langzeitverträgen”, **Der komplexe Langzeitvertrag**, Ed: Fritz Nicklisch, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, s.569 vd.
- MELNYK Tanya: “The Extent to Which Non Contracting Parties Can Be Encouraged or Compelled to Take Part in Arbitration Proceedings – The English (Arbitration Act 1996) Perspective”, **International Arbitration Law Review**, Vol:6, No:2, 2003, s.59 vd.
- MERKIN Robert: **Arbitration Law**, London-Singapore, 2004.

- MICHELL Paul: “Arbitral & Judicial Decision: Party Autonomy and Implied Choice in International Commercial Arbitration”, **The American Review of International Arbitration**, Vol:14, 2003, s.571 vd.
- MKONO Nimrod E.,
KAPINGA Wilbert B.,
DAELE Karel: “Tanzania”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.212.
- MURRAY Daniel E.: “A Poutpourri of Recent Federal Arbitration Cases Involving Domestic and International Arbitration”, **Brigham Young University Journal of Public Law**, Vol:13, 1999, s.293 vd.
- MUSTILL Lord: “The New Lex Mercatoria: The First Twenty – Five Years”, **Liber Amoricum fort ha Rt Hon. Lord Wilberforce**, Clarendon Press, Oxford, 1987, s.149 vd.
- MÜLLER Christoph: **International Arbitration – A Guide to the Complete Swiss Case Law (Unreported and Reported)**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich–Basel–Genf, 2004.
- NAÓN Horacio A. Grigera: “The Settlement of Investment Disputes Between States and Private Parties – An Overview from the Perspective of the ICC”, **The Journal of World Investment**, July 2000, Vol:1, No:1, s.59 vd.
- NICKLISH Fritz: “Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit und Streitbeilegung bei Grossprojekten”, **Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag**, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH,

- Heidelberg, 1994, s.221 vd. [**Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit**]
- NICKLISH Fritz: “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects”, **Journal of International Arbitration**, Vol:11, No:4, December 1994, s.57 vd. [**Multi-Party Arbitration**]
- NOMER Ergin: **Devletler Hususî Hukuku**, 15. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul, 2007.
- NOMER Ergin: “Yargıtay Kararlarında Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu”, **Oğuz İMREGÜN’E Armağan**, İstanbul, 1998, s.722.
- NOMER Ergin,
EKŞİ Nuray,
ÖZTEKİN Günseli: **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, İstanbul, 2003.
- NOTE: “Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law”, **Harvard Law Review**, Vol:95, 1982, s.853 vd.
- O’CONNOR John G.: “Maritime Arbitration without Consent: Vouching, Consolidation and Self-Execution – Will the New York Convention Practice Migrate to Canada?”, **Journal of International Arbitration**, Vol:10, No:2, June 1993, s.161 vd.
- OĞUL Ahmet: **GSM İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Uygulamaları, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005.
- OĞUZMAN Kemal,
ÖZ Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2000.

- OĞUZMAN Kemal,
Nami BARLAS
ÖZBAY İbrahim:
- PARK William W.:
- PAULSSON Jan:
- PEKCANITEZ Hakan:
- PEKCANITEZ Hakan,
ATALAY Oğuz,
ÖZEKES Muhammet:
- PELÁEZ-PIER Fernando,
SÁNCHEZ-HOET Yulena:
- PIERCE Kenneth R.:
- Medenî Hukuk**, 9. Bası, İstanbul, 2002, s.128.
- “1998 Alman Tahkim Hukuku Reformu ve Bu Reforma İlişkin Özellikler”, **Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal TEKİNALP’E Armağan**, C.II, İstanbul 2003, s.1055 vd.
- “Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators”, **The American Review of International Arbitration**, Vol:8, 1997, s.133 vd.
- “May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration?” **Arbitration International**, 1986, s.90 vd.
- Medenî Usul Hukukunda Fer’i Müdahale**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No:30, Ankara, 1992. **[Fer’i Müdahale]**
- Medenî Usûl Hukuku**, 6.Bası, 2007.
- “Venezuela”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.245.
- “Down the Rabbit Hole: Who Decides What’s Arbitrable?”, **Journal of International Arbitration**, Vol:21, No:3, 2004, s.289 vd.

- PLATTE Martin: “When Should an Arbitrator Join Cases?” **Arbitration International**, Vol:18, No:1, 2002, s.67 vd.
- PRENTICE Daniel D.: “Some Aspects of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol:13, 1999, s.305 vd.
- PUNWAR Philip: “United Arab Emirates”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.232.
- RABE Dieter,
PRÜSSMANN Heinz: **Seehandelsrecht**, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000.
- RAESCHKE-KESSLER Hilmar: “Some Developments on Arbitrability and Related Issues”, **ICCA Congress Series No:10**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 2001, s.44 vd.
- RAMSAY Ian M.: “Allocating Liability in Corporate Groups: An Australian Perspective”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol:13, 1999, s.329 vd.
- RAU Alan Scott: “Everything You Really Need to Know about ‘Seperability’ in Seventeen Simple Propositions”, **The American Review of International Arbitration**, Vol:14, 2003, s.1 vd. [Seperability]
- RAU Alan Scott: “The Arbitrability Question Itself”, **The American Review of International Arbitration**, Vol:10, 1999, s.287 vd. [Arbitrability]
- REDFERN Alan,
HUNTER Martin: **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4th Edition, Sweet &

Maxwell, London, 2004.

- REDFERN Alan: “The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator”, **Journal of International Arbitration**, Vol:3, No:1, 1986 s.19 vd.
- REED Lucy F.: “Experience of Practical Problems of Enforcement”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.557 vd.
- REINER Andreas: “The Form the Agent’s Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention and the Courts”, **ICCA Congress Series No:9**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1999, s.82 vd.
- REISMAN Michael W.,
CRAIG W. Lawrence,
PARK William,
PAULSSON Jan: **International Commercial Arbitration**, New York, 1997.
- REITHMANN Christopher,
HAUSMANN Rainer: **Internationales Vertragsrecht – Das internationale Privatrecht der Schuldverträge**, 5.Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 1996.
- RICHTER Ralf: “Validity of Arbitration Clauses (Hamburg Rules)”, **ICCA Congress Series No:1**, Ed: Pieter Sanders, Kluwer Law International 1982, s.337 vd.
- ROSENBERG George: “State as a Party to Arbitration”, **Arbitration International**, Vol:20, No:4, 2004, s.387 vd.
- ROTH Günther R.: “Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen”, **Beiträge zum internationalen Verfahrens-**

recht und zur Schiedsgerichtsbarkeit – Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, Aschendorff Verlag Münster, 1987, s.318 vd.

- RUBINO–SAMMARTANO M.: **International Arbitration Law**, Kluwer, 1990.
- RUNESSON Eric M.,
ARVMYREN Simon: **“Sweden”, Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.199.
- SAMUEL Adam: **Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989. **[Jurisdictional Problems]**
- SAMUEL Adam: **“Seperability in English Law – Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Seperate and Collateral to a Contract in Which it is Contained?” Journal of International Arbitration**, Vol:3, No:3, 1986 s.95 vd. **[Seperability]**
- SANDERS Pieter: **“Commentary”, YBCA**, Vol:2, 1977, s.254 vd.
- SANDERS Pieter: **“Consolidated Commentary Volumes III and IV, YBCA**, Vol: 4, 1979, s.231 vd.
- SANDERS Pieter: **“Consolidated Commentary Volumes V and VI”, YBCA**, Vol:6, 1981, s.202 vd.
- SANDROCK Otto: **“Welches Kollisionsrecht hat ein Internationales Schiedsgericht anzuwenden?” RIW**, 1992, s.785.

- SANDROCK Otto: “‘Intra’ and ‘Extra-Entity’ Agreements to Arbitrate and their Extension to Non-Signatories under German Law”, **Journal of International Arbitration**, Vol:19, No:5, 2002, s.423 vd. [**Non-Signatories under German Law**]
- SANDROCK Otto: “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, **Festschrift Pierre Lalive**, Basel, Frankfurt am Main, 1993, s.625 vd. [**Groups of Companies**]
- SANDROCK Otto: “Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr”, **SchiedsVZ**, 2005/1, s.1 vd. [**Formvorschrift**]
- SANDROCK Otto: “Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories”, **The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects, ASA Special Series 8**, Ed: Marc Blessing, Zürich 1994, s:165 vd. [**Non-Signatories**]
- SAWRIE David F.: “Equitable Estoppel and the Outer Boundaries of Federal Arbitration Law: The Alabama Supreme Court's Retrenchment of an Expansive Federal Policy Favoring Arbitration,” **Vanderbilt Law Review**, Vol:51, 1987, s.721 vd.
- SCHERER Matthais: “Switzerland: Arbitration Agreement Binding on Non-Signatories or Non-Parties”, **International Arbitration Law Review**, Vol:8, No:2, 2005, N.24 vd.

- SCHLOSSER Peter: **Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit**, 2. Auflage, 1989.
- SCHLÖSSER Karin A.: “Arbitration Clauses in Maritime Contracts and Their Binding Effect on Groups of Companies”, **Journal of International Arbitration**, Vol:11, No:4, December 1994, s.127 vd.
- SCHMIDT Karsten: “Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht als prozessuale Legitimationsprobleme – Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht”, **Betriebs Berater**, 2001, s.1857.
- SCHÜTZE Rolf A.,
TSCHERNING Dieter,
WAIS Walter: **Handbuch des Schiedsverfahrens–Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit**, 2.Auflage, Walter de Gruyter Berlin-New York, 1990.
- SCHWAB Karl Heinz,
WALTER Gerhard: **Schiedsgerichtsbarkeit**, 7. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2005.
- SCHWAB Karl Heinz: “Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft”, **Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1989, s.285 vd.
- SCHWARTZ Eric: “Multi-party Arbitration and the ICC – in the Wake of Dutco”, **Journal of International Arbitration**, Vol:10, No:3, September 1993, s.5 vd.
- SCHWARTZ Matthew D.: “Multiparty Disputes and Consolidated Arbitrations: An Oxymoron or the Solution to a Continuing Dilemma?”, **W. Res. Journal International Law**, Vol:22, 1990, s.341 vd.

- SCOWCROFT Jerome C.: “Arbitration – Vouching-In and Third Party Claims”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol:19, 1988, s.605 vd.
- SEMLER Franz-Jörg: “German Arbitration Law – The 1998 Reform and Recent Case Law”, **Journal of International Arbitration**, Vol:18, No:5, 2001, s.579 vd.
- SEROZAN Rona: **Tüzel Kişiler**, 2. Bası, İstanbul, 1994.
- SEVEN Vural,
GÖKSOY Y. Can: “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi)”, **İBD**, C:80, S:2006/6, s.2455 vd.
- SHACKLETON Stewart R.: “Case Comment: Canada”, **International Arbitration Law Review**, Vol:3, No:1, 2000, N.9 vd. [Case Comment]
- SHACKLETON Stewart R.: “Global Warming: Milder Still in England: Part 2”, **International Arbitration Law Review**, Vol:2, No:4, 1999, s.117 vd. [Global Warming]
- SILVA-ROMERO Eduardo: “ICC Arbitration and State Contracts”, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Vol:13, No:1, Spring 2002 s.34 vd.
- SLIPACHUK Tatyana: “Ukraine”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.224.
- STIPANOWICH Thomas J.: “Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions”, **Iowa Law Review**, Vol:72, 1986 – 1987, s.473 vd.
- SVERNLOV Carl: “What Isn’t, Ain’t: The Current Status of the Doctrine of Seperability”, **Journal of**

- International Arbitration**, Vol:8, No:4, December 1991, s.37 vd.
- SZURSKI Tadeusz,
CREMADES Bernarde M.: “Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal”, **ICCA Congress Series No:2**, Ed: Pieter Sanders, Kluwer Law International 1984, s.53 vd.
- ŞANLI Cemal: “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, (2002)2 **MHB, Ergin NOMER’e Armağan**, s.773. [Nomer’e Armağan]
- ŞANLI Cemal: **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1986. [Esasa Uygulanacak Hukuk]
- ŞANLI Cemal: **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul 2005. [Uluslararası Ticarî Akitler]
- TAN Joy: “Singapore”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.185 vd.
- TANIGUCHI Yasuhei: “Arbitration and Applicable Law in Japan”, **ICCA Congress Series No:7**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1996, s.530 vd.
- TAYLOR Bree: “Implications for The Corporate Veil Principle: *Gross v. Rackind*”, **Business Law Review**, January 2005, s.2 vd.

- TEKİNALP Gülören: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 9. Bası, İstanbul, 2006.
- TEKİNALP Gülören,
TEKİNALP Ünal: “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul 1995, s.387 vd.
- TEKİNALP Ünal: “Turkish Concepts and Approaches in Corporate Group Law”, **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, Verlag C.H. Beck, München, 2007, 849 vd.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi,
AKMAN Sermet,
BURCUOĞLU Halûk,
ALTOP Atillâ: **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, 1993.
- THOMAS William,
PILKINGTON Nanette: “France: Setting Aside – Lack of Arbitration Agreement”, **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:1, 2004, N.8 vd.
- THOMPSON Robert B.: “Piercing the Veil within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors”, **Connecticut Journal of International Law**, Vol:13, 1999, s.379 vd.
- TODD Paul: “Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading”, **Journal of Business Law**, July 1997, s.331 vd.
- TOWNSEND John: “Nonsignatories and Arbitration: Agency, Alter Ego and Other Identity Issues”, **ADR Currents**, Vol.3, No.3, September 1998, s.19 vd.
- TRAPPE Johannes: “The Arbitration Clause in a Bill of Lading”, **Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly**, 1999, s.337 vd.
- TWEEDDALE Andrew, **Arbitration of Commercial Disputes**, Oxford

- TWEEDDALE Karen: University Press, 2005.
- ULOTH J. Douglas,
RIAL J. Hamilton: “Equitable Estoppel as a Basis for Compelling Nonsignatories to Arbitrate – A Bridge Too Far?” **The Review of Litigation**, Summer 2002, s.593 vd.
- ULUOCAK Nihal: “Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temlikli ile İntikali – Fransız İçtihadı”, **MHB, Aysel ÇELİKEL’e Armağan**, Yıl 1999–2000, S.1–2, s.991 vd.
- UWA Etigwe,
OGUNSHOTE Oladele,
ADEREMI Adeyinka,
UNAEGBUNAM Chinasa: “Nigeria”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.158–159.
- UZ Clayton: “Australia”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.15.
- ÜLGENER Fehmi: “Konişmento ve Navlun Sözleşmesindeki Tahkim/Yetki Klozlarının Uygulanması İle İlgili Sorunlar”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl:4, S:1–2, Mart–Haziran 1999, s.59 vd. [**Tahkim Klozlarının Uygulanması**]
- ÜLGENER Fehmi: **Çarter Sözleşmeleri**, İstanbul, 2000. [**Çarter Sözleşmeleri**]
- ÜNAN Samim: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1.2.1995 Gün ve E.1994/11–765 K.1995/39 Sayılı Kararı Hakkında Değerlendirme”, **Deniz Hukuku Dergisi**, 1997/2–3, s.137 vd.
- ÜSTÜNDAĞ Saim: **Medenî Yargılama Hukuku**, C.I–II, 7. Bası, İstanbul, 2000.

- VAN DEN BERG Albert Jan: “National Reports: The Netherlands”, **YBCA**, Vol:12, 1987, s.3 vd. [**Netherlands**]
- VAN DEN BERG Albert Jan: “New York Convention of 1958 Commentary Cases Reported in Volume IX (1984)”, **YBCA**, Vol:9, 1984, s.329 vd.
- VAN DEN BERG Albert Jan: “New York Convention of 1958 Commentary Cases Reported in Volume XII (1987)”, **YBCA**, Vol:12, 1987, s.409 vd. [**Commentary 1987**]
- VAN DEN BERG Albert Jan: “New York Convention of 1958 Commentary Cases Reported in Volumes XIII (1988) – XIV (1989)”, **YBCA**, Vol:14, 1989, s.528 vd. [**Commentary 1988–1989**]
- VAN DEN BERG Albert Jan: **The New York Arbitration Convention**, Kluwer, 1981.
- VAN HOUTTE Vera: “Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience”, **Arbitration International**, Vol:16, No:1, 2000, s.1 vd. [**Consent to Arbitration**]
- VAN HOUTTE Vera: **The Law of International Trade**, Sweet & Maxwell, London, 1995. [**International Trade**]
- VAN TONGEREN Bart: “Netherlands”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.144.
- VÁRADY Tibor S.,
BARCELO III John J.,
VON MEHREN Arthur T.: **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective**, 2nd Edition, 2003.
- VEEDER V.V.: “Towards a Possible Solution: Limitation, Interest and Assignment in London and Paris”, **ICCA Congress Series No:7**, Ed: Albert Jan

- van den Berg, Kluwer Law International 1996, s.268 vd.
- VISCHER Frank,
HUBER Lucius,
OSER David:
Internationales Vertragsrecht, Stämpfli Verlag AG Bern, 2000.
- VON HOFFMANN Bernd: “Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Internationale Handelskammer”, **Beiträge zum inter-nationalen Verfahrensrecht und zur Schieds-gerichtsbarkeit – Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag**, Aschendorff Verlag, Münster, 1987, s.112 vd.
- WALD Arnaldo,
FONSECA Rodrigo Garcia da: “Brazil”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.31.
- WALLACE Richard E.: “Consolidated Arbitration in the United States – Recent Authority Requires Consent of the Parties”, **Journal of International Arbitration**, Vol:10, No:4, 1993, s.5 vd.
- WALTCHER Daniel R.: “Classwide Arbitration and 10b-5 Claims in the Wake of *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*”, **Cornell Law Review**, Vol:74, 1989, s.380 vd.
- WEBER Dolf,
VON SCHLABRENDORFF F.: “Die Erstreckung von Schiedsabreden aus Geschäften von Personengesellschaften auf ihre Gesellschafter”, **Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag**, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1994, s.477 vd.
- WENGER Werner: “Article 178 – Arbitration Agreement”, **International Arbitration in Switzerland –**

An Introduction to and a Commentary on Articles 176–194 of the Swiss Private International Law Statute, Ed: Stephen V. Berti, Kluwer Law International, 2000, s. 327 vd.

WERBICKI Raymond J.: “Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?”, **Dispute Resolution Journal**, November 2002 / January 2003, s.62 vd.

WERNER Jacques: “Jurisdiction of Arbitrators in Case of Assignment of an Arbitration Clause: On a Recent Decision by the Swiss Supreme Court”, **Journal of International Arbitration**, Vol:8, No:2, June 1991, s.13.

WESTERMANN Harry: “Die BGB–Gesellschaft als Partei eines Schiedsverfahrens oder eines Schiedsvertrages”, **Festschrift für Fritz Baur**, (1981) s.723–740.

WETTER Gillis J.: “Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty before International Arbitral Tribunals”, **Journal of International Arbitration**, Vol:2, No:1, March 1985, s.7 vd.

WIDMAN Stuart M.: “What’s Certain is the Lack of Certainty About Who Decides the Existence of the Arbitration Agreement”, **Dispute Resolution Journal**, May/July 2004, s.54 vd.

WOOLHOUSE Sarita Patil: “Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law”, **Arbitration International**, Vol:20, No:4, s.435 vd. [**Group of Companies**]

WOOLHOUSE Sarita Patil: “The Effect of an Arbitration Award on Subsequent Arbitration Between Different Parties – An English Law Perspective”,

- WÜHLER Norbert: **International Arbitration Law Review**, Vol:7, No:5, 2004, s.150 vd. [Effect of an Award]
“Application of General Principles of Law”, **ICCA Congress Series No:7**, Ed: Albert Jan van den Berg, Kluwer Law International 1996, s.553 vd.
- YANLI Veliye: **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, 2000.
- YEĞENGİL Rasih: **Tahkim**, İstanbul, 1974.
- YILMAZ İlhan: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, İstanbul, 2004.
- YOON Byung-Chol,
PARK Eun-Young: “Korea”, **Arbitration in 33 Jurisdictions Worldwide**, Ed: Gerhard Wegen, Stephan Wilske, 2007, s.130.
- YOSHIDA Ikko: “Interpretation of Separability of an Arbitration Agreement and its Practical Effects on Rules of Conflict of Laws in Arbitration in Russia”, **Arbitration International**, Vol:19, No:1, 2003, s. 95 vd.
- ZUCKERMAN Susan C.: “Equitable Estoppel Binds Nonsignatory,” **Dispute Resolution Journal**, November 2000 / January 2001, s.93. [Estoppel]
- ZUCKERMAN Susan C.: “Nonsignatories”, **Dispute Resolution Journal**, August / October 2002, s.91. [Nonsignatories]